

## SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI VE KUSURUN TESPİTİNE İLİŞKİN BİR ÖNERİ<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Alper UYUMAZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Birçok hukuk dalında olduğu gibi sorumluluk hukukunda da kusur kavramı önemli bir yere sahiptir. Gerçekten, kusursuz sorumluluğa ilişkin istisnalar bir yana bırakılırsa kusur olmaksızın sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak ifade edilebilir. Bu çalışmada, sorumluluk hukuku açısından önemi dikkate alınarak kusur kavramı tüm yönleri ile incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle, son yıllarda Türk-İsviçre öğreti ve uygulamasında kabul gören objektifleştirilmiş kusur teorisinin eleştirilmeye başlanması ile sübjektif kusur teorisine yaklaşan bir teorisinin benimsenmesi önerilmektedir. Aslında hem sübjektif teori hem de objektifleştirilmiş kusur teorisini bazı yönlerden eleştiriye açıktır. Somut olay adaletini sağlamak için olması gereken hukuk açısından haksız fiil için objektif kusur teorisinin sözleşmesel sorumluluk bakımından sübjektif kusur teorisinin uygulanması daha isabetli görünmektedir. Zira, kusura dayanan sorumluluğun en önemli şartı fiilin işlenmesinde zarar verenin kusurlu olmasıdır. İstisnalar bir kenara bırakılırsa ister sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından ister haksız fiilden doğan sorumluluk bakımından kusur olmaksızın sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir.

### Anahtar Kelimeler

Kusur, Kusurun Belirlenmesi, Objektif Kusur Teorisi, Sübjektif Kusur Teorisi, Sorumluluk.

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.04.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2023.

Atıf Şekli: Alper Uyumaz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546.

DOI: 10.52273/sduhfd..1277798.

(\*\*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya, Türkiye.

E-posta: alperuyumaz@gmail.com; alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8479-4642>.



# THE NOTION OF FAULT IN THE LIABILITY LAW AND A SUGGESTION FOR THE DETERMINATION OF FAULT

## Abstract

As in many branches of law, the notion of fault has a vital place in Liability law. Indeed, there would be no liability without fault aside from the exceptions to strict liability. In this respect, fault can be expressed as the founding element of responsibility. In this study, the concept of the fault has been tried to be examined with all its aspects, taking into account its importance in terms of Liability law. In particular, it is suggested to adopt a theory that approaches the subjective fault theory with the criticism of the objectified fault theory, which has been accepted in Turkish-Swiss doctrine and practice in recent years. Both the subjective fault theory and the objectified fault theory are open to criticism in some ways. It seems more appropriate to apply the objective fault theory for tortious acts and the subjective fault theory for contractual liability in terms of law, which must be to ensure concrete event justice. Because the most important condition of liability based on fault is that the person who caused the damage is at fault for committing the act. Leaving aside the exceptions, it is not possible to talk about liability without fault, either in terms of contractual liability or liability arising from tort.

## Keywords

Fault, Determining of Fault, Objective Fault Theory, Subjective Fault Theory, Liability.

## GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin ilk hükmü olan 49'uncu maddesi, *kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*, şeklindedir. Bu hüküm, haksız fiil bakımından, zarar verenin sorumluluğunu öngören en temel hukuk kuralıdır. TBK m. 49'da haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumluluğun unsurlardan biri olarak düzenlenen kusur, sadece haksız fiil sorumluluğunun değil sözleşmesel sorumluluğun da kurucu unsurudur (TBK m. 112). Öte yandan, Türk kanunkoyucusu, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'nda da kusurun tanımına ve kusuru belirleyici bir ölçüte yer vermemeyi uygun görmüştür. Bu tercih son derece yerindedir. Zira, kusurun, ana hatları benzer olsa da ülkeden ülkeye farklı şekilde tanımlandığı ve farklı yöntemlerle derecelendirildiği, hatta aynı ülkede bile belirli zaman dilimlerinde kusur konusunda farklı tanım, tespit yöntemi ve derecelendirmelerin söz konusu olabileceği tüm tartışmalardan uzaktır.

Aslında, kusur, toplumun ahlâk anlayışı ile de yakından ilgili bir kavram olup toplumsal gelişme ve değişimler kusura yüklenen anlamı da değiştirmektedir. Bu sebeple, kanunkoyucu bir tanıma ve ölçüte yer vermek suretiyle kusur kavramının sınırlarını çizmek istememiştir. Kanunkoyucunun bu tutumu sonucunda, kusurun tanımı, varlığı ve derecesinin tespiti hususları öğreti ve uygulama tarafından çözümlenmesi gereken sorunlar arasına girmiştir. Fakat ne mehz İsviçre ne de Türk öğreti ve uygulamasında kusur konusunda fikir birliği yoktur. Öğretide, objektifleştirilmiş kusur teorisi çoğunluk tarafından kabul görmekte ise de azımsanamayacak bir çoğunluk sübjektif kusur teorisini savunmaktadır. Yargı uygulaması da az sayıda aksi yöndeki örneğe rağmen objektifleştirilmiş kusur teorisini benimsemiş görünmektedir.

Öğreti ve uygulamadaki bu duruma rağmen hem haksız fiilde hem de sözleşmesel sorumlulukta sorumluluğun doğumu, kapsamının belirlenmesi ve sorumlular arasında paylaşılması konusunda kusuru belirlemek bakımından, şu anda kabul edilen ölçütlerden yalnızca birinin tercih edilmesi ve kullanılması yeterli değildir. Zira, aşağıda da ifade edileceği üzere sübjektif kusur teorisi zarar verenin iradesine dayanmakta iken objektif kusur teorisi zarar verenin davranışını esas almaktadır. Bu bakımdan, kusuru ispat yükünün zarar görende olduğu haksız fiil sorumluluğunda, sübjektif kusur teorisinin uygulanması uygun düşmez. Zira, kusuru ispat yükü kendisinde olan zarar gören karşı tarafın iradesini bilemeyeceği için zarar görenin korumak ve kusuru belirlemek bakımından objektif bir davranış normuna ihtiyaç vardır. Bu sebeple, haksız fiil sorumlulu-

ğunda öğretide çoğunluğun da savunduğu gibi objektifleştirilmiş kusur teorisini esas almak daha tutarlı olabilir. Öte yandan, sözleşmesel sorumluluk bakımından kusursuzluğunu ispat yükünün zarar verende olması, iradeyi esas alan sübjektif kusur teorisini tercih etmeyi daha tutarlı kılmaktadır. Aşağıda, *Teorilerin Değerlendirilmesi* başlığında bu husus kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Şüphesiz, son derece karmaşık bir kavram olan kusuru tanımlamak ve belli bir somut ölçüte bağlayıp buna göre ölçmek mümkün değildir. Ancak, kusur kavramını olabildiği ölçüde netleştirmeden bu hususta ilerleme kaydetmek mümkün değildir. Bu sebeple, bu çalışmada, sorumluluk hukukunun kurucu unsuru olan kusur kavramının tüm yönleri ile irdelenmesine ve özellikle kusurun tespiti bakımından benimsenen ölçütler konusunda değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu değerlendirme, mümkün olduğu ölçüde konu hakkında önem arz eden eski ve yeni kaynaklar incelenerek, uygulamadaki durumu görmek bakımından Yargıtay içtihatları analiz edilerek yapılmaya çalışılmıştır. Kusur ile ilgili mevzuat hükümleri hukukî yorum tekniklerine uygun olarak değerlendirilmek suretiyle yorumlanmaya çalışılmıştır. Özellikle, kusur teorileri üzerinde durularak ve olması gereken hukuk açısından kusurun özü olan taraf iradesi de nazara alınarak ancak modern hayatın getirdiği ihtiyaçlar da göz ardı edilmeden somut olay adaletini sağlamaya en uygun olan teorinin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Bu tercihin nasıl yapılacağı teorilerin değerlendirilmesi kısmında ifade edilmeye çalışılmıştır.

## I. GENEL OLARAK KUSUR KAVRAMI

### A. Kavram

Başta medenî hukuk olmak üzere ceza hukuku, idare Hukuku gibi özel hukuk dışındaki hukuk dallarında da kusur kavramı sorumluluğun kurucu unsurunu teşkil etmektedir<sup>1</sup>. Özellikle, hukukî sorumluluk açısından kusuru olmayan

<sup>1</sup> Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 24. bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 643; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku*, Ankara, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 265; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı*, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 377; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 339; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/ 1, 2, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 68; O. Sabri Güven, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri I", *Yargıtay Dergisi*, 1981, C. 7, S. 4, ss. 572-588, s. 573; Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFAD*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 29-61, s. 31; Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi*, 1. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 51; Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem Kusuru*, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 58.

birini meydana gelmiş olan zarardan sorumlu tutmak, ancak kanunda belirlenmiş istisnaî durumlarda mümkündür<sup>2</sup>.

TBK m. 49/ 1, kusur sorumluluğunda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak, bu maddede kanunkoyucu kusur kavramını tanımlamayı uygun görmemiştir. Kusurun tanımı, öğretisi ve uygulamaya bırakılmıştır. Öğretideki hâkim görüşe göre, kusur, en yalın hâliyle hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>. Diğer bir ifadeyle kusur, zarar verenin, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamasıdır<sup>4</sup>. Birinci durumda kasıtlı davranış, ikinci durumda ise ihmali davranış suretiyle kusur varlığını göstermektedir. Örneğin, yolda hasmını gören birinin silah çekerek vurması durumunda kusuru, kast olarak ortaya çıkarken; trafik lambalarına dikkat etmeden kırmızı ışıkta geçerek bir yayaya çarpan araç sürücüsünün kusuru ise ihmal şeklinde ortaya çıkar.

Ağırlık dereceleri farklı olmakla beraber her iki davranış da hukuk düzeni tarafından kınanan ve kusurlu sayılan birer davranıştır<sup>5</sup>. Bu sebeple, kusurlu

<sup>2</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 68.

<sup>3</sup> Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 439; M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 54; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 17. bs., Beta Basım, İstanbul, 2020, s. 178; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 171; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. bs., Turhan Kitapevi, Ankara 2019, s. 407; Andreas Fuhrer- Markus Muller Chen-Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 364; İhsan Erdoğan, "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1990, C. 3, S. 1, ss. 109-124, s. 117; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. bs., Sayram Basım, Konya, 2022, s. 246-247; Özge Tuçe Gökcalp, "Özel Hukukta Kusur Halleri", *Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Güncel Araştırmalar - I*, Ed.: Erdil Durukan, Burak Alkan, Sema Sağlık, Gece Publishing, Ankara, 2022, ss. 151-166, s. 152-153; Yusuf Şen, "İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", *Ekev Akademi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 68, ss. 383-413, s. 399; Kerem Cem Sanlı, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, 1. bs., Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 218; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 67; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 641; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 574; Korkmaz, s. 59-60.

<sup>4</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 54; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 439; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 641. Aslında hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın zararlı sonuçlarına yaptırım öngörmek; herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli özeni göstermeye sevk eder. Bkz, Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 1.bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 7; Günhan Gönül Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", *AÜHFĐ*, 2020, C. 69 S. 3, ss. 1437-1473, s. 1450.

<sup>5</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 55.

olan her davranış hukuka aykırı bir davranış olarak vücut bulur. Yani, kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir<sup>6</sup>. Bu bakımdan, hukuk düzeni hukuka aykırı davranışları kınar ve hukuka uygun davranan kişiyi olumlu karşılarken esasında toplumsal düzenin belirli bir uyum içerisinde götürülmesini amaçlamaktadır. Bu davranışlar sosyal çevrede birlikte yaşayan insanların birbirlerine zarar vermeden düzen içinde yaşamaları için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek bir davranış modelidir. Hukuk düzeni, toplumdaki herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını bekler<sup>7</sup>. Hukuk düzeni, kusura dayalı sorumluluk bakımından benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden benzer davranışları sergilemesini ister. Beklenen bu davranış biçimine uymayanlar, belirli bir davranış kalıbından sapmalar kınanır. Kısacası, hukuk düzeni tarafından bu davranış kalıbından ayrılan davranışlar kusurlu olarak nitelendirilir<sup>8</sup>.

Günlük hayatta kusur kavramı ile karıştırılan bazı kavramlar da vardır. Örneğin, kusur ile hata kavramı günlük hayatta eş anlamlı olarak kullanılmakta olduklarından sıklıkla birbirlerine karıştırılmaktadırlar. Oysa bu iki kavram birbirinden tamamen farklı olup hata, Türk Borçlar Kanunu'na göre yanılma, bir irade bozukluğu hâlidir ve teknik bir terim olarak sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade unsuru ile ilgilidir. Kusur ise, bu bakımdan sözleşmenin kurulması ile ilgili değil, sorumluluk ile ilgili bir kavramdır. Bu açıdan hem haksız fiilde hem de sözleşmeye aykırılık hâllerinde doğan zararlardan sorumluluk için, kişinin hatası değil kusuru aranmaktadır<sup>9</sup>.

Benzer şekilde, kusur ve hukuka aykırılık kavramları da birbirine karıştırılmamalıdır. Türk Borçlar Kanunu, bu iki kavramı, haksız fiilin iki ayrı unsuru olarak kabul etmek suretiyle bu karışıklığı ortadan kaldırmıştır<sup>10</sup>. Hukuka aykırılık

<sup>6</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 641. Ayrıca bkz, Hasan İba, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri", *NEÜHFD*, 2022, C. 5, S. 2, ss. 762-787.

<sup>7</sup> Hukuk düzeni, hukuka aykırı davranışı sadece tazminat ile cezalandırmakla kalmaz, kişinin kendine ve başkalarına saygılı olması esasına dayanan, sosyal bir topluluk içinde insan onurunun geliştirilmesi olarak tanımlanabilecek ahlâkî bir gayeyi gerçekleştirmeyi de amaçlar. Örneğin haksız fiilin yaptırımı sadece tazminat değildir. Haksız fiilin insan onurunu korumak bakımından da büyük bir etkisi vardır. Bkz, Val Corbett, "The Promotion of Human Dignity: A Theory of Tort Law", *Irish Jurist*, New Series, 2017, Vol. 58, pp. 121-152, p. 122, 132.

<sup>8</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 641; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 67; Habip Oğuz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", *TAAD*, 2016, C. 7, S. 28, ss. 273-286, s. 276.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 407; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 577.

<sup>10</sup> Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 339; Eren, Borçlar Hukuku, s. 641.

bir fiilin bir hukuk normuna aykırılığına işaret ederken; kusur, bu hukuk normuna aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle zarar verenin davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder<sup>11</sup>. Esasında kusur sübjektif yönü ağır basan bir kavramdır. Oysa, hukuka aykırılık tamamen objektiftir<sup>12</sup>.

## B. Kusur Teorileri

Türk Borçlar Kanunu'nda bir tercihte bulunulmuş olmamakla birlikte, öğretilerde, kusur kavramı açıklamaya çalışan iki temel kusur teorisi bulunmaktadır. Bunlar sübjektif ve objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorileridir. Bu çalışmada yer verilen kusurun tanımına ve kusura ilişkin tespitler, Türk hukukunda objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisi öğretisi ve uygulamada kabul görmekte olduğundan bu teoriden hareketle yapılmıştır. Ancak, kusur kavramını daha iyi izah edebilmek, sorumluluk hukukunda kusur kavramı doğru anlayabilmek için öncelikle bu teorileri ele almak gerekmektedir. Aşağıda, bu teorilerin incelenmesinden sonra Türk hukukunda kabul gören objektifleştirilmiş kusur teorisinin her zaman ve tek başına esas alınmayacağı ifade edilmiş, olması gereken hukuk açısından hangi teorisinin hangi durumlarda kabul edilmesinin gerektiği de izah edilmeye çalışılmıştır.

### 1. Sübjektif Kusur Teorisi

Sübjektif kusur teorisine göre, insan özgür bir varlıktır. Bu sebeple, özgürce verdiği kararlardan ve davranışlarından sorumlu olmalıdır. Ancak, insanın kişinin özgürce karar verebilmesi, özgür iradesi ile aldığı karar ve davranışlarından sorumlu olabilmesi için her şeyden önce ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Öte yandan, özgür irade ürünü olan bir fiilden kişiyi sorumlu tutabilmek için yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmak yeterli değildir. Ayrıca, fiilin kişiye somut olarak yüklenebilmesi de gerekmektedir<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 55; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 81. Ayrıca bkz, Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *MÜHFAD*, 2019, C. 23, S. 1, ss. 465-503.

<sup>12</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 438; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 339; Henri Deschenaux-Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 49; Kurtulan, s. 470. Türk-İsviçre Hukukunda kabul edilen objektif hukuka aykırılık teorisi, eleştirisi ve yeni bir öneri olarak ileri sürülen *üçüncü hukuka aykırılık teorisi* hakkında bkz, Kurtulan s. 477-480.

<sup>13</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 143; Gönül Koşar, Kusur, s. 72.

Sübjektif kusur teorisine göre, kusur, zarar verende bulunan bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir<sup>14</sup>. Bu teori, zarar verenin psikolojik ruh hâline ve moral durumuna değer vermektedir. Bir davranışın zarar verene kusur olarak yükletilebilmesi için onun fiilî işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartları, kişisel yetenekleri, yetiştirme, eğitim-öğrenim düzeyi, fizikî gücü, meslekî becerileri göz önünde tutulmalıdır<sup>15</sup>. Yani, zarar verici davranış onun iradî ve fikrî yapısıyla ilgilidir. Bir davranış, zarar verene kusur olarak yükletilirken onun kişisel nitelik ve yeteneklerinden soyutlanamaz. Kusur, bireydeki davranış hatasıdır ve bu davranış hatası, kınanabilir bir tutumdur.

Zarara sebep olan kişi, davranışın zararlı sonuçlarını önceden görüp bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken gerekli iradî çabayı sarf edip bunu gerçekleştirmediği için kusurlu kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Bir örnek tip belirlemek suretiyle onun model davranışına uygun hareket etmesi gerektiğinin bilincinde olmayan birini, bu davranışa uygun hareket etmediği için kusurlu görmek kabul edilemez. Zira, örnek davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olan kişiler için belirleyici ölçüt olabilir. Somut olaydaki gerçek zarar vereni yok sayarak hangi kritere göre belirlenirse belirlensin varsayımsal olarak soyut bir modele göre öngörülen özen ölçüsü kusur sorumluluğunun özünden vazgeçilmesi anlamına gelir<sup>17</sup>.

Hukuk düzeni, kusurlu davranıştan kaçınabilme yeteneğine ve yeterliliğine sahip kişilerin somut durumda bunu yapmamalarını kınamaktadır. Öyleyse, kusurun isnadı somut bir kritere dayanmalıdır. Bir sebeple, bu bahsedilen yeterliliğe<sup>18</sup> sahip olmayan kişiler, model tip belirlenerek kusurun tespit edilmesi durumunda haksızlığa uğramış olurlar.

<sup>14</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 595; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Gönül Koşar, Kusur, s. 72; Oğuz, s. 277; Gökalp, s. 155; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Zafer Saka, "Kusur Kavramı", *Adalet Dergisi*, 1973, S. 6, s. 442; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 313.

<sup>15</sup> Erman Benli, "İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", *MÜHFHAD*, C. 26, S. 1, 2020, ss. 300-316, s. 305.

<sup>16</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 642; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 313; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Korkmaz, s. 84, 85.

<sup>17</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 73; Korkmaz, s. 87.

<sup>18</sup> Bu yeterliliğin belirlenmesinde *kişiselleştirilmiş özen ölçüsü* kullanılabilir. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, geniş anlamda sübjektif bir ölçüdür. Bu ölçünün hareket noktası, zarar verenin bizzat kendisi ve davranışlarıdır. Her somut olayda, zarar verenin kendine özgü özen standardı belirlenir. Bu bağlamda, zarar verenin risk yaratma eğilimi ve bunu azaltma becerisi dikkate alınır. Örneğin, son iki yılda otomobilinin periyodik bakımlarını yaptırmayan bir sürücü, riskli bir sürücüdür. Bir hekimin, geçmişteki ameliyatlarında ne sıklıkla hekim hatasına se-



Bu teori ışığında kusur, zarar verenin bireysel özelliklerine, kişisel yeteneklerine, meslekî tecrübe ve becerilerine göre somut olayda bir yönüyle davranışın zararlı sonuçlarını önceden görebilmeyi; diğer yönüyle bundan kaçınabilmeyi gerektirmektedir<sup>19</sup>. Kısaca, sübjektif kusur teorisi gereğince kusur, zarar verenin bireysel özellikleri, kişisel yetenekleri ve meslekî becerilerine göre mümkün olan özeni göstererek somut olayda davranışının zararlı sonuçlarını öngörüp bundan kaçınabileceken kaçınmamış olması sebebi ile zararlı sonuca sebebiyet vermesidir<sup>20</sup>.

## 2. Objektif (Objektifleştirilmiş) Kusur Teorisi

Objektif kusur teorisinin savunucuları da tıpkı sübjektif kusuru teorisinin savunucuları gibi davranışın ancak özgür bir iradenin varlığı hâlinde söz konusu olabileceğini ileri sürerler. Teoriye göre, kişiler, yalnızca iradelerinin ürünü olan davranışlarından sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kusur ehliyetleri yoktur<sup>21</sup>.

Bu teoriye göre ise, kusurun tespitinde örnek alınacak objektif ölçülerde model bir tip belirlenir. Bu model, zarar verenin üyesi olduğu sosyal grup içerisinde onunla aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan figürüdür. Bu model insan davranışı örnek davranış olarak ele alınmakta ve bununla zarar verenin davranışı kıyaslanarak karşılaştırma sonucunda kusur tespitine gidilmektedir<sup>22</sup>. Teoriye göre kusur, benzer durum ve şartlar altında bulunan makul, dürüst ve güvenilir bir insandan beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan davranış biçimidir<sup>23</sup>.

---

bebiyet verdiği dair veri, o hekimin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün tespitinde kullanılacak bir veridir. Sigorta şirketlerinin prim miktarını belirlemek ve risk hesaplamak için başvurduğu aktüerya ve risk yönetimi bilimleri, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün hesaplanmasında önemli bir başvuru kaynaklarıdır. Bkz, Benli, s. 307.

<sup>19</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 595.

<sup>20</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 144; Gönül Koşar, Kusur, s. 76.

<sup>21</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 174; Gönül Koşar, Kusur, s. 79.

<sup>22</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 642; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265; Gönül Koşar, Kusur, s. 79; Korkmaz, s. 76; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 09/10/1980 tarihli ve E. 1980/9386, K. 1980/11399 sayılı kararı (Karahasan, s. 337-338); Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin, 17/05/1993 tarihli ve E. 1993/3224, K. 1993/3814 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

<sup>23</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 643; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 314; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 177; Gönül Koşar, Kusur, s. 79; Oğuz, s. 277-278; Gökalp, s. 155; Benli, s. 304. Roma hukukunda, kusurun tespitinde, iki ölçüt bulunmaktaydı. Bunlardan birincisi, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise borçlunun kendi işlerini idare eder-

Eğer, zarar verenin davranışı, bu örnek davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir<sup>24</sup>. O hâlde, bu teoriye göre zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizikî gücü, meslekî becerileri yerine benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan makul bir insan esas alınarak somut olaydaki zarar verenin değil de bu örnek tipin yetenek, meslekî beceri ve fizikî özellikleri esas alınmalıdır.

Bu teorinin ortaya atılmasının çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan ilki, insanların irade, yetenek, zekâ gibi çeşitli özelliklerinin tam olarak tespit edilmesinin mümkün olmamasıdır. İkinci olarak, objektifleştirilmiş kusur, insanların toplu ve birbirine bağlı hâlde yaşamalarının bir sonucudur<sup>25</sup>. Ayrıca, kusur ilkesinin mutlak uygulanması zararın tazmini bakımından tatmin edici olmaktan uzak sonuçlar verebilir ve zarar göreni pek çok durumda zararla başa başa bırakabilir<sup>26</sup>.

Gerçekten, toplumsal yaşamın gereklilikleri ve insanların kendilerini güvende hissetme ihtiyaçları toplumda yaşayan herkesin belirli bir olgunlukta olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, hukuk düzeni, toplumu oluşturan her bireyden ilke olarak bu aranan düzeyde davranmalarını beklemektedir. Kişiler kendilerinden beklenen bu düzeyde davranmadıklarında, onların davranışı objektif ortalama davranışın altında kalacağından kusur gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple, belli bir toplumda yaşayan kişi, o toplumdaki objektif tipin davranışını bileceğine göre, zararlı sonucu önceden görülebilmelidir. Kusur, bu önceden görülebilme unsuru sebebi ile bundan kaçınma yeterliliğini ifade etmektedir<sup>27</sup>. Bu beceriye sahip olmayan ya da bunu bilinçli olarak yapmayan kişiler kusurlu kabul edilecektir.

---

ken göstermiş olduğu dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) idi. *Diligentia bonus pater familias* ile namuslu, dürüst ve dikkatli bir kişi olarak kendi işlerini yürüten, makul bir Roma vatandaşı kastedilmektedir. Günlük olağan işlerde vasat bir Roma vatandaşı ölçüt olarak alınırken bir meslek içerisindeki yetkinliği tespit etmek için de ilgili meslekte, ortalama yetkinliğe sahip olan kişi örnek alınmaktaydı. Bkz, Abdurrahman Savaş, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, C. 80, S. 2, s. 537-582, s. 25; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247, dn. 467; Gönül Koşar, Kusur, s. 80. Sorumluluğun şartları, kusur kavramı, kusurun türleri ve dereceleri, birlikte kusur, haksız fiil ehliyeti, kusursuz sorumluluk hâlleri, zarar kavramı ve türleri gibi pek çok kavramın birtakım değişikliklerle günümüze kadar gelen Roma hukuku kaynaklı kavramlar olduğunu yönünde bkz, Fulya İlçin Gönenc, "Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi", *MÜHFAD.*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 13-28.

<sup>24</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 643.

<sup>25</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 178.

<sup>26</sup> Korkmaz, s. 75.

<sup>27</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 643.

Zarar verenin sübjektif birtakım özelliklerinin belirli bir ölçüde objektifleştirilerek dikkate alındığı objektifleştirilmiş kusur teorisi, Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüştür<sup>28</sup>.

### 3. Teorilerin Değerlendirilmesi

İleri sürülen iki teori arasında bir tercihte bulunabilmek için ya da öğretilerde var olan görüşlere alternatif bir öneri ileri sürebilmek için öncelikle bu teorilere yöneltilen eleştirileri ayrı ayrı ele almak ve bunları değerlendirmek gerekir. Öncelikle öğretilerde baskın olan objektif kusur teorisi ele alınırsa, kusurun objektifleştirilmesi açısından belki de en büyük sorun, ortalama davranışın ve model tipin nasıl belirleneceğidir. Şüphesiz, bu tespitin ilgili coğrafyada yaşayan insanların değer yargısına uygun şekilde yapılması gerekir. Her somut olayın gerektirdiği özenli davranışın nasıl belirleneceği hususunda yol gösterici ölçütler bulunmamakta<sup>29</sup> ise de bu konuda değerler hiyerarşisinin doğru biçimde kurulması şarttır. Her şeyden önce, bu tespitin yapılmasında, evrensel geçerliliği olan hukukun temel ilkeleri nazara alınmalıdır. Örneğin, objektifleştirmede esas alınacak değerler arasında, temel insan hakları, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, özgürlükleri en önce gelmelidir<sup>30</sup>.

Bir eleştiriye göre, objektifleştirilmiş kusur teorisinin açıklarından biri, model davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kişinin, model davranışa uygun hareket edememesinin nasıl hukuken kınanacak bir durum olduğudur. Model tipin davranış biçiminden ayrılan davranış, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusurlu kabul edilmelidir. TBK m. 49/1 ve 112, kusuru, sorumluluk hukukun bakımından kurucu unsur olarak kabul ettiğine göre kusuru objektifleştirmek kanunun sistematığına uygun düşmemektedir<sup>31</sup>. Ayrıca, Türk hukukunda ayırt etme gücü bulunmayanların haksız fiillerin-

<sup>28</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 172, 175; Gönül Koşar, Kusur, s. 78; Sanlı, s. 219; Korkmaz, s. 83. İş kazasında kusur bakımından işverenin kusurunun objektifleştirilmiş kusur olduğu yönünde bkz, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02/03/2021 tarihli ve E. 2020/7886 K. 2021/2444 sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 08.09.2020 tarihli ve E. 2017/3125 K. 2020/2665 sayılı kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 08/10/2019 tarihli ve E. 2019/1049 K. 2019/5929 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023). Yargıtay'ın bazı kararlarında davalının sübjektif kusurundan bahsettiği de görülmektedir. Bkz, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 28/06/2006 tarihli ve E. 2006/6051 K. 2006/7724 sayılı kararı; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 15/02/2012 tarihli ve E. 2012/1016 K. 2012/2058 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

<sup>29</sup> Sanlı, s. 231.

<sup>30</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 82.

<sup>31</sup> Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178-179; Gönül Koşar, Kusur, s. 82'de yer alan yazarlar.

den sorumlu olmayacağını kabul edilmiş olması ile sözleşme yapma ve borç altına girme ehliyetlerinin olmaması, borçlar hukuku anlamında kusurun objektifleştirilmesinin kabul edilmediği anlamına gelir. Kusurun objektifleştirilmesi iradi bir kavram olan kusur kavramı ile de örtüşmez<sup>32</sup>.

Objektifleştirilmiş kusur teorisi, model tip için aranan bilgi ve niteliklere sahip kişilerin göstermek zorunda oldukları özenin ölçüsü bakımından değerlidir. Bu teoriye göre, bir kişi, ancak kendisi ile benzer durumda olan biri gibi ortak bilgi ve tecrübeleri taşıyan bir başka kişiden farklı davranmak suretiyle gereken objektif özeni göstermediğinde kusurlu sayılabilir. Ancak, herkesten istenilen özenin ölçüsü aynı değildir, olamaz da. Bu sebeple, kusurun tespitinde soyut bir ölçüye başvurmak kusur kavramının özüne uygun düşmez<sup>33</sup>. Özen ölçüsünün bu şekilde objektif bir ölçüt ile belirlenmesi, kişisel özellikleri bakımından belirlenen ortalama ve makul insandan daha aşağı düzeyde olan kişiler açısından dezavantajlıdır. Zira, bu kişiler sahip oldukları özelliklere göre gereken özeni gösterecekleri dahi kusurlu sayılabileceklerdir. Tüm çabayı sarf etseydi de özen göstermesi mümkün olmayan birini, varsayımsal olarak belirlenen bir ölçüt ile gereken özeni göstermediği için sorumlu tutmak, adil olmadığı kadar kusura dayalı haksız fiil hukuku teorisi açısından da tutarsızdır<sup>34</sup>.

Objektifleştirilmiş kusur teorisi esas alındığında, zarar verenin kişisel özellikleri ortalama kabul edilen model tipin üzerinde ise bu sefer model tip de bu üstün özelliklere göre belirlenecektir. Örneğin, sıradan bir genel cerrahın yaptığı operasyon bakımından onun kusuru, ortalama bir cerrah esas alınarak belirlenecekken; ülkede sayılı genel cerrahlardan olan ve pek çok iyi cerrahı yetiştirmiş akademisyen bir cerrah için model tip, ortalama cerrah kabul edilemez. Zira, onun için model tip kendisi gibi kendisi kadar fizikî ve fikrî beceriye sahip bir cerrahdır. Bu durumda, tıp fakültesini vasat bir öğrenci olarak bitiren ve uzmanlığını zar zor tamamlayan bir cerrah için objektifleştirilmiş kusur teorisi çerçevesinde model tip ortalama bir genel cerrah iken; cerrahların hocası konumunda olan hekim için model tip, böyle biri ülkede olmadığı için yine kendisidir<sup>35</sup>. Bu tespit, aslında objektifleştirilmiş kusur teorisinin bir noktada subjektif

<sup>32</sup> Oğuzman-Öz, C. 2, s. 60; Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 190.

<sup>33</sup> Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, 1. bs., Kazancı Hukuk Yayınevi, Ankara, 2007, s. 29-30; Gönül Koşar, *Kusur*, s. 82; Sanlı, s. 229.

<sup>34</sup> Sanlı, s. 228.

<sup>35</sup> Gönül Koşar, *Kusur*, s. 83 ve dn. 396.

kusur teorisine döndüğünü ve bu teorinin somut olay adaletini sağlamak için her zaman yeterli olamayacağını düşündürmektedir. Kusur ilkesine, onun temel mantık ve felsefesine sadık kalınırsa, sübjektif kusur teorisinin kabul edilmesi gerekir. Aslında, olması gereken sübjektif teorisinin kabul edilmesi ise de pratikte ortaya çıkan birtakım sakıncalar özellikle toplumsal yaşamın gereklilikleri öğretiyi kusuru objektifleştirmeye itmiştir<sup>36</sup>.

Sübjektif kusur teorisine yönelik eleştirilere gelince, toplu hâlde yaşamının doğal bir sonucu olarak insanlar birbirlerine zarar vermemek üzere ortalama bir davranış tarzı benimsemelidirler. Toplumsal yaşamda güven düşüncesi, kişisel yeteneklere bakılmaksızın herkesten davranışlarında belli bir ölçüde özenli olmasını beklemeyi haklı kılmaktadır. İnsanlar, diğerlerine ahlâkî, fikrî ve fizikî nitelikler ile cismanî becerileri, meslekî ve teknik yeteneklerinin ortalama bir toplamını garanti etmek zorundadır<sup>37</sup>. Ayrıca, hukuk düzeni, bir ülkedeki tüm vatandaşların farklı özelliklerini ayrı ayrı dikkate alarak davranış kuralı ön-göremez. Model bir davranış kuralının uygun şekilde belirlenmesi sayesinde insanların uymak zorunda olduklarını bilecekleri standart bir ölçü kabul edilecektir. Bu ölçü, toplum içinde yaşamakta olan bireylerin büyük çoğunluğu için geçerli bir ölçü olmalı, bu ölçünün tespiti ile tedbir ve özen kurallarının belirlenmesinde tüm insanların ortak yetersizlikleri dikkate alınmalıdır. Bu şekilde belirlenen kuralların ihlali durumunda kusurun varlığından söz etmek son derece kolay olacaktır<sup>38</sup>.

Sübjektif kusur teorisine yönelik bir başka eleştiriye göre, kusurun tespitinde sübjektif ölçünün kullanılması imkânsızdır. Mahkemeler de dâhil olmak üzere hiç kimse, bir başka kişi ya da kişinin fiilleri hakkında ahlâkî bir değer yargısı belirleme ve buna aykırı davranışı kusurlu görme yetkisine sahip değildir. Ayrıca sübjektif kusur, keyfi değerlendirme ve dolayısıyla hukuk güvenliğini ve eşitlik ilkesini zedeleme riski barındırır<sup>39</sup>. Sübjektif kusur teorisinin kabul edilmesi durumunda, belirli bir davranış normundan habersiz biri tarafından zarara uğratılan zarar gören, bu konuda yeterli olan biri tarafından zarara uğratılan birine kıyasla hiçbir gerekçesi olmadığı hâlde iyi bir durumda olacaktır.

<sup>36</sup> Korkmaz, s. 89. Benli, bu durumu *objektif özen ölçüsünün esnekleştirilmesi* olarak ifade etmektedir. Bkz, Benli, s. 308.

<sup>37</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 152; Gönül Koşar, Kusur, s. 76.

<sup>38</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 76-77.

<sup>39</sup> Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 167; Gönül Koşar, Kusur, s. 77.

Yalnızca uğranılan zararın tazmini amacını güden haksız fiil sorumluluğunda böyle farklı bir sonuç kabul edilemez<sup>40</sup>.

Görüldüğü gibi, iki teorinin de kendine göre haklı ve tutarlı yönleri olduğu kadar zayıf yönleri de vardır. Kusuru, bu teorilerden yalnızca birine hasretmek, her somut olayda kusur tespitini bu teoriden yalnızca biri ile belirlemeye çalışmak onun bir tarafını eksik bırakmaya, yersiz tahlillerle yanlış teşhislere neden olabilir. Kusurun tespitinde kanunkoyucunun kurguladığı sistemi esas alarak her iki teoriden somut olaya uygun olanın kullanılması en doğru olandır. Yani, kanunkoyucunun, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk bakımından kusurun ispatını farklı şekilde düzenlenmiş olmasının bilinçli bir tercih olduğunu savunarak, haksız fiilde kusurun tespiti bakımından objektif kusur teorisini, sözleşmesel sorumlulukta ise sübjektif kusur teorisini uygulamak gerekecektir. Zira, haksız fiilde taraflar arasında daha önceden bir sözleşme ilişkisi olmadığı için zarar gören, zarar vereni değerlendirme ve bilinçli bir tercihle seçme imkânına sahip değildir. Bu sebeple, onun haklı olarak toplumsal ilişkiler çerçevesinde nerede ve ne zaman karşılaşacağını bilmediği birinin sübjektif iradesini ve durumunu öngörmesi, buna göre zararı ispatlamaya çalışması kabul edilebilir değildir. Zarar görenin karşısındaki insandan ortalama bir davranış biçiminde bulunmasını beklemesi ve bundan sapan davranışlar sebebi ile onu sorumlu tutabilmesi, davranışın model davranıştan sapmasını ölçüt olarak kullanarak kusuru ispat edebilmesi mümkün olur. Yani, zarar gören aleyhine kusuru ispat etmek zorunda kalması sebebi ile yaratılan dezavantajlı durum, beklenen model davranış kalıbının esas alınması suretiyle, bir diğer ifade ile objektif kusur teorisine sayesinde giderilebilir. Öte yandan, sözleşmesel sorumlulukta, haksız fiilin aksine sözleşme yapacağı kişiyi seçebilecek olan zarar gören, bir de ispat yükünün zarar verende olması sebebiyle zaten avantajlı durumdadır. Bu ihtimalde, sübjektif teoriyi uygulamak suretiyle ispat yükü kendisinde olan zarar verenin kendi iradesinden yola çıkarak neye dayanarak kusurlu olmadığını iddia ve ispat etmesi daha kolay olacaktır. Öyleyse, haksız fiil bakımından zarar görene, zarar verenin iradesinden hareketle kusuru ispat külfeti yüklenemeyeceği gibi sözleşmesel sorumlulukta da zarar verenin, kendi iradesindeki yetersizliği ortalama tipi esas alarak açıklamasını beklemek uygun düşmez.

Çok sevdiği bir yakını kaybeden bir cerrahın bir süredir stresten kaçmak için alkol alması ve alkollü olarak girdiği operasyonda hastaya zarar vermesinde

---

<sup>40</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 77.

cerrahın yakınıni yeni kaybetmesi kusurunu azaltmamalı, hatta alkollü olması ağır ihmal belki dolaylı kast kabul edilmelidir. Ancak, personel yetersizliği sebebi ile yakınıni kaybetmesine rağmen çalışmaya ara veremeyen bir cerrahın bu durumu ile günde bir insandan beklenmeyecek şekilde uzun saatler çalışması ve bu sebeplerle hastasına zarar vermiş olması kusurun tespitinde nazara alınmalıdır. Somut olay adaleti bakımından, bu ikinci örnekteki cerrahın içinde bulunduğu sübjektif durum, kusura belli ölçüde daha az hükmedilmesini sağlamalıdır<sup>41</sup>. En azından sübjektif teori esas alınarak ona, kendi iradesinden yola çıkarak bunu ispat etme imkânı verilmelidir. Aynı örnek üzerinden konu, haksız fiil sorumluluğu bakımından değerlendirilirse, aynı cerrahın çok çalıştığı ve mesaiye kaldığı bir gece evine aracı ile dönerken dikkatsizliği ve yorgunluğu sebebi ile yaya geçidinde çarptığı yaya bakımından kusurun tespitinde objektif teori esas alınmalıdır. Zira, zarar gören yayanın yaya geçidini kullandığı için birinin kendisine çarpmayacağını umması ve buna göre davranması modern toplumsal hayatın bir gereğidir. Kaldı ki, yaya kendisine çarpan cerrahın iradesine göre belirlenecek bir kusur tespit yöntemi ile onun kusurunu ispat edemez. Zarar gören yayanın, kendisine çarpan kişinin herkesçe bilindiği varsayılan trafik kurallarına aykırı olarak kendisine yaya geçidinde çarpıldığını ispatlaması yeterli sayılmalıdır.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 41/1'e göre, kasten veya ihmalem hukuka aykırı şekilde birine zarar veren, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun mehası olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda da kusura ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Kanunda, kusurun ölçütü hususunda bir tercih yapılmamakla birlikte İsviçre'de de öğreti ve uygulamada objektifleştirilmiş kusur teorisi hâkim görüştür<sup>42</sup>.

Konu mehas Kanundaki güncel gelişmeler bakımından değerlendirilirse, henüz yasalaşmamış olsa da İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler (OR 2020)

<sup>41</sup> Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü ile bu sonuca varmak çok daha kolaydır. Bunun gibi, uyuyamama sorunu olan bir cerrah, böyle bir sorunu olmayan cerraha göre, ağır psikiyatrik ilaçlar kullanan bir polis, kullanmayan bir polise göre daha risklidir, bu sebeple bu kişilerin kusurlarının tespiti bakımından özen ölçüsü farklıdır. Büyükşehirdeki bir özel hastane için öngörülen tıbbî özen ölçüsü, küçük bir ildeki özel hastane ile aynı olamaz. Zira, küçük ildeki özel hastane, büyükşehirdeki özel hastanenin aldığı tedbirin maliyetlerini karşılayamaz. Büyükşehirdeki özel hastane, çok daha gelişmiş tıbbî cihazlar alabilirken, ildeki özel hastanede bu cihazların temini maddî sebeplerle diğer kadar kolay temin edemez. Dolayısıyla, ildeki özel hastanenin tıbbî özen ölçüsü büyükşehirdeki özel hastaneye nazaran daha düşük olmalıdır. Bkz, Benli, s. 311-313.

<sup>42</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 72.

Tasarısı'na da değinmek gerekir. OR 2020 Tasarısı'nın TBK m. 49'a karşılık gelen hükmü madde 46'dır. Hükme göre, *Bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın genel davranış yükümlülüğünün ihlali sebebi ile bir zarara neden olan kişi, bu zararı tazmin etmekte yükümlüdür.* Hükümde önem arz eden husus, genel davranış yükümlülüğünün ihlali ifadesidir. Bu ifade, yazılı bir hukuk kuralının ihlali ya da zarar veren ile aynı şartlar altında bulunan makul bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemesi anlamına gelir. Bu bakımdan genel davranış yükümlülüğünün ihlali, objektif ve somut olarak öngörülebilir bir zararın meydana gelmemesi için gerekli ve makul önlemlerin alınmamasıdır<sup>43</sup>. OR 2020 Tasarısı'nda, haksız fiil bakımından hukuka aykırılık ve kusur unsurları birleştirilmiş görünmektedir. Bu durum, İsviçre öğretisinin kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ayrı ayrı yer veren Romanist hukuk geleneğinden (ABGB §1295, BGB §823) ayrılmak arzusunda olduğunu, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarını bileştiren Fransız Medenî Kanunu'ndaki ilkeyi benimsemek istediğini düşündürmektedir<sup>44</sup>.

OR 2020 Tasarısı'nın kabul ettiği sistem uyarınca, özen yükümlülüğünün ihlali, genel davranış yükümlülüğünün ihlalinin tespitinde, bir diğer deyişle hukuka aykırılık unsuru bakımından araştırılacak, kusur sadece sübjektif unsuru ile, bir diğer deyişle, ayırt etme gücü ile sınırlı olarak değerlendirilecektir<sup>45</sup>. Tasarıda, kusur miktarının tazminat belirlenmesinde dikkate alınacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Tasarının 54'üncü maddesine göre, hâkim tazminatın biçimini ve kapsamını, somut olayın tüm şartlarını nazara alarak belirler. Bu hükme göre, hâkim, tazminatın belirlenmesinde, genel davranış yükümlülüğünün ağırlığı da dâhil olmak üzere somut olayın tüm koşullarını dikkate almak zorundadır<sup>46</sup>.

### C. Kusurun Objektif ve Sübjektif Yönü

Sorumluluk Hukuku açısından kusurun tespitinde kullanılan iki teoriden farklı olarak, kusurun objektif ve sübjektif yönü olmak üzere iki yönünün olduğu kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Kusurun objektif yönü, zarar verenin davranışının aynı şartlar altında örnek kişiden beklenen davranış tipinden sapmasına, zararı önceden bilip bunu engellemek için çaba sarf edilmemesini ifade eder. Yani, kusu-

<sup>43</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 53-54.

<sup>44</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 54.

<sup>45</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 54.

<sup>46</sup> Gönül Koşar, Kusur, s. 55.

<sup>47</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 644; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365.



ru objektif yönü, model davranışta sapan kasıtlı ya da ihmali davranıştır<sup>48</sup>. Burada, zarar verenin üyesi olduğu sosyal çevrede bulunan makul, dürüst ve orta zekâ seviyesine sahip bir insanın davranış biçimi örnek davranış olarak benimsenir<sup>49</sup>. Bir diğer ifade ile zararın objektif yönü, zarar verenin, eylemini önceden planlaması ve zararlı sonucu öngörerek bunu önlemek için göstereceği özenle ilgilidir. Bu özenin ihlali, kast veya ihmali olarak ifade edilmektedir.

Kusurun sübjektif yönü ise, zarar verenin sorumlu olabilme ehliyeti ile ilgilidir. Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran eylemin zarar verene yüklenmesi için zarar veren ile eylemi arasında sübjektif bir bağ kurulması gerekir. İşte buna sorumluluk ehliyeti denir<sup>50</sup>. Sorumluluk ehliyeti, zarar verenin ayırt etme gücü ile ilgili olduğundan ayırt etme gücü olmayan kişinin davranışı kusurlu kabul edilmez. Bu ilke, Türk Medenî Kanunu'nda açıkça kabul edilmiştir. Gerçekten, TMK m. 15/1 hükmü gereğince, istisnalar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin eylemleri hukukî sonuç doğurmaz.

Kusurun bu iki yönü sayesinde zarar verenin mevcut bir zarardan kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından saptaması yanında ayırt etme gücüne sahip olması da gereklidir<sup>51</sup>. Objektifleştirilmiş olarak nitelenen kusur anlayışında, ayırt etme gücünün varlığının somut yöntemle araştırılması gerekir. Eğer bu yapılmazsa, objektifleştirilmiş kusur değil de tamamen objektif kusur söz konusu olur<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Gönül Koşar, Kusur, s. 156; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Oğuz, s. 279.

<sup>49</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Gönül Koşar, Kusur, s. 156.

<sup>50</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Oğuz, s. 279-280; Gönül Koşar, Kusur, s. 148; Korkmaz, s. 93. Beklenen davranış normu ve bu norma aykırılığın saptanmasında objektif ölçütlere dayanılmakta ise de ayırt etme gücünün varlığı ve derecesinin belirlenmesinde sübjektif ölçütlere dayanılması gerekir. Bkz, Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 4, ss. 1-17, s. 4.

<sup>51</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 314. Objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilirse insanlar arasındaki zihni, manevi ve ruhi farklılıklar kusurun belirlenmesinde etkili olmaz. Kusur, herkes için aynı ağırlıkta olacak, kişilerin bireysel özelliklerine göre değişkenlik göstermeyecektir. Ancak, bu tespitin istisnaları da söz konusu olmalıdır. Öğretideki bir fikre göre, ayırt etme gücünü derecelendirmek suretiyle kusuru da derecelendirmek mümkündür. Böylece, kusurun sonuçları, yani sorumluluğun ve tazminat yükünün de derecelendirilmesi söz konusu olabilir. Bkz, Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 4.

<sup>52</sup> Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 4.

#### D. Sorumluluk Hukukunda Kusurun Yeri

Kusura dayanan sorumluluğun en önemli şartı fiilin işlenmesinde zarar verenin kusurlu olmasıdır. İstisnalar bir kenara bırakılırsa ister sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından ister haksız fiilden doğan sorumluluk bakımından<sup>53</sup> kusur olmaksızın sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir (TBK m. 49, m. 112)<sup>54</sup>.

Kusur, illiyet bağı ve hukuka aykırılık kavramlarından bağımsız bir kavram olarak sorumluluk hukukundaki yerini almıştır<sup>55</sup>. Fransız Hukuku'nun aksine Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında kusur kavramı özellikle hukuka aykırılık kavramından belirgin şekilde ayrılmaktadır<sup>56</sup>. Oysa Fransız Hukukunda kusur kavramı bağımsız bir niteliğe sahip olmak yerine hukuka aykırılık kavramı ile iç içe yer alır ve onun objektif unsurunu oluşturur<sup>57</sup>.

Kusurun sorumluluk hukukunda sorumluluğu kurucu etkisinden başka diğer bir etkisi de kusur oranına göre tazminat miktarının belirlenmesinde gözlemlenir. Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayabilen bir özelliğe de sahiptir<sup>58</sup>. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk olarak bilinen sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir<sup>59</sup>. Ancak, somut olayda kusurun varlığı,

<sup>53</sup> Kusursuz sorumluluk kavramı, teknik gelişmeler karşısında kusurlu sorumluluk kavramının yetersiz kalması ve ispatının zorlaşması nedeniyle hakkaniyet, hâkimiyet altında bulundurma ve tehlikelilik gibi olgulara dayalı olarak ortaya atılmış bir telafi mekanizmasıdır. Bu tür bir sorumluluk için kusur aranmamakta, olayla zarar arasındaki illiyet bağı sorumluluğu doğurmaya yetmektedir. Bkz, Mustafa Kılıçoğlu "Haksız Fiillerde İlliyet Bağı", *Yargıtay Dergisi*, 2004, C. 30, S. 1-2, ss. 27-44; Yavuz, s. 35 vd.

<sup>54</sup> Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 577; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 532.

<sup>55</sup> İlliyet bağı hakkında bkz, Kübra Yıldız, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *SÜHFD*, 2022, C. 30, S. 3, ss. 1115-1158.

<sup>56</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 20 vd., s. 31 vd. Ayrıca bkz, Yıldız, s. 1136, 1154. Alman Hukuku açısından, sorumluluğun kurulması aşamasında hukuka aykırılık ve kusurun yanı sıra normun koruma amacı da zararın isnadının vazgeçilmez bir koşuludur. Bkz, Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi", *AÜHFD*, 2010, C. 59, S. 3, ss. 345-448, s. 425.

<sup>57</sup> Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 438; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644.

<sup>58</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 69; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 364; Oğuz, s. 278; O. Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", *MÜHFAD*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 63-83, s. 68.

<sup>59</sup> Bu tür sorumluluk için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında mutlak suretle illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı koptuğu anda sorumluluk ortadan kalkar.

zarar gören ve zarar veren kişiler açısından bazı etkiler doğurur. Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda kusur sorumluluğun şartı olarak aranmasa da bu hâllerde dahi zarar verenin kusurunun bulunması, onun sorumluluktan kurtulmasını engelleyecektir<sup>60</sup>. Kusurlu zarar veren sorumlu olacak, mücbir sebebin, üçüncü şahsın veya zarar görenin kusurunun onun sorumluluğuna etkisi ortadan kalkacaktır. Zira, zarar verenin kusuru illiyet bağının, mücbir sebep, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusuru sebebi ile kesilmesini engeller. Ayrıca, birden çok sorumlu varsa bunların birbirlerine rücu etmelerinde kusurun etkisi gündeme gelecektir<sup>61</sup>.

Zarar verenin kusuru, ek (munzam) kusur olarak nitelendirilir ve varsa zarar görenin kusurunu ek kusur oranında azaltır<sup>62</sup>. Zararlı sonuç, sebep sorumluluğunda zarar verenin ve zarar görenin kusurlu davranışları<sup>63</sup> sebebiyle meydana gelmişse, ek kusur oranında zarar görenin kişisel kusuru ortadan kaldıracığından ek kusur, zarar verenin tazminatta indirim talebini engellenecek ve zarar gören daha yüksek bir tazminata hak kazanacaktır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, kusursuz olsaydı bile sorumlu olacak zarar veren, üstüne bir de kusurlu ise onun sorumluluğunu ağırlaştırmak hakkaniyete de uygun düşer<sup>64</sup>.

Ek kusurun yukarıda bahsi geçen tazminatı artıran fonksiyonu, umulmayan hâl ve zarar görenin bünyevi istidadı gibi diğer indirim sebepleri yönünden de söz konusu olacaktır. Kısacası, ek kusur, kusursuz sorumluluk hâllerinde de tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınması gereken önemli bir sorumluluk unsuru olarak sorumluluk hukukunda yerini almıştır<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

<sup>61</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 54; Eren, Borçlar Hukuku, s. 644; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 69; Oğuz, s. 282.

<sup>62</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 119; Eren, Borçlar Hukuku, s. 644; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 364; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 326; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 578; Oğuz, s. 283.

<sup>63</sup> Yargıtay'a göre, zarar görenin ortak (müterafik) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır. Bkz, Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 08/09/2020 tarihli ve E. 2017/3125 K. 2020/2665 tarihli kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 20/9/2022 tarihli ve E. 2022/1035 K. 2022/6756 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26/04/2022 tarihli ve E. 2019/127 K. 2022/615 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

<sup>64</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

<sup>65</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

Bir zarardan birden fazla kişi sebep sorumluluğu çerçevesinde sorumlu iseler, zarar, zarar veren bu kimseler arasında onların kusuru oranında dağıtılacaktır. Kusuru olmadığı hâlde müteselsil sorumluluk sebebiyle zararı daha önce tazmin etmek zorunda kalmış olan kimse ödediği tazminat miktarını kusurlu olandan isteme hakkına sahip olacaktır (TBK m. 61-62)<sup>66</sup>. Burada kusur, dış ilişkide etkili değilse de iç ilişkide zarardan sorumlu tutulanlar arasında etkisini göstererek sebep sorumluluğu sebebi ile tazminat ödemekten kurtulamayan kusursuz sorumluları, kusurlu sorumlular karşısında koruma amacına hizmet etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, kusurlu davranışın özellik arz ettiği iki müessese vardır. Bunlardan ilki, haksız fiil yani TBK m. 49 ve devamı hükümleridir. İkincisi ise borçların ifa edilememesi, yani TBK m. 112 ve devamı hükümleridir. Kusurun bu iki müessese için oynadığı rol, farklı uygulama kurallarını beraberinde getirmiştir<sup>67</sup>.

Kusurun bu iki kurum arasında doğurduğu farklı uygulamalardan ilki, kusuru ispatı bakımından ortaya çıkar. Gerçekten, haksız fiil sorumluluğu bakımından kusuru ispat yükü, zarar verenin hukuka aykırı ve kusurlu fiili sebebi ile zarara uğradığını iddia eden zarar görene düşer (TBK m. 50). Sözleşmesel sorumlulukta ise zarar gören açısından kusurun ispatına lüzum yoktur. Zira, borçlu kusuru olmadığını ispatlamadıkça bundan doğacak zararı tazmin etmek zorundadır (TBK m. 112). Görüldüğü gibi, burada ispat külfeti zarar görenden, zarar verene nakledilmektedir<sup>68</sup>.

Kurumlar arası ikinci farklılık, kusurun derecesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Zarar veren, haksız fiilde kusurunun derecesi ne olursa olsun sorumlu tutulabilecekken, sözleşmesel sorumlulukta taraflar, hafif kusur hâlinde sorumlu olmayacaklarını sözleşmeye sorumsuzluk kaydı olarak ekleyebilirler (TBK m. 115). Tarafların yapacakları anlaşma ile borçlunun sorumluluğunu daraltabildikleri bu anlaşmaya *sorumsuzluk anlaşması* denir<sup>69</sup>. Bu anlaşma ile taraflar sözleşmede sorumluluğun ağır ihmal ve kasta özgü olmasını sağlayabilirler (TBK m.

<sup>66</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 579.

<sup>67</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 579.

<sup>68</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

<sup>69</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Galip Sermet Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 7 vd.; Ali Erten, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Kitapları, Ankara, 1977, s. 38; Nilgün Başalp, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 17.

115/1). Oysa haksız fiilde böyle bir durum söz konusu olamaz<sup>70</sup>. Zira, taraflar arasındaki borç, bir sözleşme ilişkisine dayanmaz.

Zamanaşımı bakımından da iki kurum arasındaki fark vardır. Haksız fiilde zamaşaşımının kural olarak iki ve on yıl olduğu<sup>71</sup>; sözleşmesel sorumlulukta ise bu sürenin ilke olarak on yıl olarak düzenlendiği söylenebilir<sup>72</sup>. Gerçekten, TBK m. 72 hükmüne göre, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamaşaşımına uğrar. Oysa, TBK m. 146 gereğince, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamaşaşımına tâbidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ve yardımcı kişinin eylemlerinden doğan sorumluluk bakımından haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluk arasında da farklar bulunmaktadır. Adam çalıştırmanın, çalıştırdığı kişinin işin icrası sırasında, başkasına verdiği zarardan adam çalıştırıcı kusursuz sorumlu olacaktır. Ancak, bu zarar bir haksız fiil teşkil ediyorsa adam çalıştırıcı gereken hassasiyeti ve dikkati sarf ettiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>73</sup>. Oysa, sözleşmesel sorumlulukta zarar, sözleşme konusu edimin ifasının gereği gibi yapılamamış olmasından ileri gelmekteyse yardımcı kullanan kişi, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır (TBK m. 116)<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

<sup>71</sup> Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşaşımı öngördüğu cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamaşaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamaşaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir (TBK m. 72/1, c. 2 ve 72/2).

<sup>72</sup> TBK m. 147'ye göre, "Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamaşaşımı uygulanır: 1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler. 2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri. 3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar. 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar. 5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar. 6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar".

<sup>73</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

<sup>74</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

## II. KUSURUN DERECEİ VE ÇEŞİTLERİ

### A. Kusurun Derecesi

Zarar verenin davranışının ne zaman kınanması gereken bir davranış olduğu, yani zarar verenin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak amacıyla iradesini yeterli derecede kullanıp kullanmadığı çoğu zaman kesin ölçülerle belirlenemez. İnsan davranışının temelde ne ölçüde özgür irade ürünü ve ne ölçüde şartların zorunlu sonucu olduğu konusu felsefî bir sorundur. Felsefe ve psikoloji bilimleri açısından tartışılan bu konuda hukukun adaleti gerçekleştirme amacı en uygun olan ortalama ve adil bir çözümün kabulü aranmalıdır<sup>75</sup>.

Sorumluluk hukukunda kusurun derecelendirilmesi, her davranış biçimi bakımından farklılık göstermektedir. Kişinin sergilediği davranışın her somut olay açısından kusurlu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davranışın niteliğine göre değişkenlik arz eder. Örneğin, silah çekerek birini yaralayanın, operasyon esnasında yanlış teknik kullanarak hastasına zarar veren hekimin, zimmetine para geçiren memurun, alkollü araç kullanarak birini yaralayan araç sürücüsünün davranışlarının aynı nitelikte ve aynı kusurluluk derecesinde olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırı olduğu kadar akla ve mantığa da ters düşer<sup>76</sup>. Şüphesiz, bu örneklerdeki her davranış bakımından failerin kusurluluk derecesi farklıdır ve her davranışın sorumluluk hukuku bakımından farklı şekildedir (tazminat) ile karşılaşacağı ifade edilebilir.

Sorumluluk hukukunda kusurluluğun derecesi, sorumluluğun doğması açısından önem taşımaz. Zarar veren ister kasten ister ihmali olarak bir zarara sebebiyet versin, tazminat borcuyla yükümlüdür. Bu bakımdan, en hafif ihmali bile sorumluluğa yol açabilir. Bunun istisnası, TBK m. 49/2 hükmüdür. Hüküm gereğince bir başkasına genel ahlâka aykırı olarak verilen zarardan, zarar verenin sorumlu tutulabilmesi, bu zararın kasıtlı olarak verilmiş olmasına bağlıdır. Bunun gibi, sözleşme sorumluluğunda da bazı hâllerde kanun sorumluluk için kasıtlı veya ağır kusurlu hareket etmeyi aramaktadır<sup>77</sup>. Örneğin, bağışlamada bağışlayan, ancak kasit ve ağır kusuru varsa sorumlu olacaktır (TBK m. 294/1).

<sup>75</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 55-56.

<sup>76</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 408.

<sup>77</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 535; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 585.

## B. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk Hukukunda kusurun, kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi vardır. Ancak bu ayırım diğer hukuk dallarında, örneğin Ceza hukukunda olduğu kadar sorumluluk hukukunda önemli bir fonksiyona sahip değildir. Ceza hukukundan farklı olarak<sup>78</sup> sorumluluk hukukunda kusurun ağırlığı sadece ödenecek tazminatın hesaplanmasında etkili olacaktır (TBK m. 51/1). Yoksa zarar veren zarar görene karşı her türlü kusurundan sorumludur<sup>79</sup>.

### 1. Kast

#### a. Kavram

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafindan bilinerek istenmesine kast denir<sup>80</sup>. Başka bir deyişle kast, hukuk kuralına bilerek aykırı hareket etme isteğidir. Zarar veren, uymakla yükümlü olduğu model insan davranışından bilinçli olarak ayrılmaktadır. Yani zarar veren sözleşme ya da kanunun kendisine yasakladığı bir şeyi istemekte, başkasının hakkını veya kanun hükmünü ihlal niyetini taşımakta ise kasten hareket etmiş sayılmaktadır<sup>81</sup>.

Kastta zarar verenin iradesi hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. Burada hukuk sisteminin koruduğu bir değer istenerek ihlal edilmektedir. Kast, model insan tipinin sergileyeceği davranış tipinden sapan davranış olarak ifade edilebilirse de zarar veren, yüksek bilgi ve yeteneğe sahip toplumca elit kesime mensup biri olarak benimsenmişse artık onun için kıstas ortalama davranış biçimi olarak kabul edilmeyecektir. Bunun aksinin kabulü toplumda belirli özellikleri taşıyan kimselere ayrıcalık tanınması anlamına gelir<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Bkz, Mehmet Cemil Ozansü, "Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.

<sup>79</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265-266; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 119; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 339; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 643; Deschenaux-Tercier, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, s. 54; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 584-585; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 124; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 314; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 408.

<sup>80</sup> Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 74; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 178; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 444; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, s. 248; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 409; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 315; Gökalp, s. 156; Sanlı, s. 221; Korkmaz, s. 63; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08/07/1966 tarihli ve E. 1966/8467, K. 1966/ 7421 sayılı kararı (İstanbul Barosu Dergisi, 1967, S. 34, s. 156).

<sup>81</sup> Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441.

<sup>82</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647.

Yukarıdaki tanımlamadan hareketle kastın iki unsurdan oluştuğu söylenebilir. Bunlardan ilki, zarar verenin hukuka aykırı sonucu önceden tasavvur etmesi, yani tasarlamasıdır. İkinci unsur ise zarar verenin bu sonucu gerçekten istemesi, diğer anlamıyla iradesinin bu yönde olmasıdır<sup>83</sup>. Böylece zarar veren, kasten bir fiili işlerken hem davranışı hem de hukuka aykırı sonucu istemektedir. Hatta onun hukuka aykırı sonucu arzu etmesi şart değildir. Bunun, zarar veren tarafından tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması dahi yeterlidir<sup>84</sup>. Yani, zarar verenin istediği zararlar dışında başkaca zararlar da doğmuşsa bu zararlar açısından onun kastı yine söz konusudur. Zira, zarar veren, arzu etmediğini ileri sürse dahi kasıtlı davranışının doğurabileceğini öngördüğü, öngörmesi gereken diğer tüm zararlardan sorumludur.

### **b. Çeşitleri**

Kast sonucunda hukuka aykırı sonucu isteme iki şekilde ortaya çıkmaktadır ve bunlar kastın çeşitlerini oluşturmaktadır. Doğrudan doğruya kastta (vasitasız kast), zarar veren hukuka aykırı sonucu tasavvur etmiş, hem de onu gerçekten istemiştir<sup>85</sup>. Örneğin, silahını çekip hasmını vuran bir kişinin kastı doğrudan doğruya kasttır.

Kastın diğer çeşidi olan dolaylı (ihmali) kastta ise, zarar veren meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber onu göze almakta, kabul etmektedir<sup>86</sup>. Örneğin, kalabalık bir caddeye son süratle giren bir sürücünün, müşterilerinin zehirleneceğini tahmin eden ama yine de bozuk yemekleri vermeye devam eden restoran sahibinin davranışları dolaylı kasta örnektir. Aynı şekilde, operasyona alkollü şekilde giren hekimin durumu da dolaylı kasta ör-

<sup>83</sup> Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 585.

<sup>84</sup> Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586. Cinsel yolla bulaşan bir hastalık taşıdığını birlikte olduğu kişiden gizlemenin kasten kişilik bütünlüğüne zarar verme olduğu yönünde bkz, Kenneth W. Simons, "A Restatement (Third) of Intentional Torts?", *Arizona Law Review*, 2006, Vol. 48, pp. 1061-1102, p. 1073.

<sup>85</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 266; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 340; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 648; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 76; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 409; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 446; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 315-316; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 125-126.

<sup>86</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 266; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 340; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 648; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 76; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 446; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 316; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586. Ayrıca bkz, Simons, p. 1063.



nek verilebilir<sup>87</sup>. Zira, zarar veren, sonucu gerçekten istemiş olmasa dahi böyle bir tedbirsizlikten o sonucun meydana geleceğini ihtimal dairesinde düşünmüş, öngörmüş olacağından zarar verenin sorumluluğuna kast nedeniyle gidilecektir<sup>88</sup>.

Kastın varlığı için hukuka aykırı sonucun istenmesi yeterlidir, ayrıca illiyet bağına bağlı bütün sonuçların, tazmini gereken tüm zararların önceden istenmesi gerekmez. Bunun istisnası, TBK m. 49/2 hükmünde yer almaktadır. Burada kanun, sadece ahlâka aykırı sonucu bilmeyi yeterli görmemekte, aynı zamanda da zarara uğratma arzusunu aramaktadır. Eğer davranış sırf bir zararlı sonuca ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmişse bu durumda salt zarar verme kastının<sup>89</sup> olduğu kabul edilmektedir. Salt zarar verme kastında, fiilin gerçekleştirilmesindeki asıl amaç bir başkasına zarar vermektir. Hükmün mehzası olan *Absicht*<sup>90</sup> ifadesinin yer aldığı İsviçre Borçlar Kanunu m. 41'deki bu ifadenin kanunkoyucu tarafından bilinçli olarak seçildiği, TBK m. 49/2'nin uygulanması için doğrudan kastın yeterli olmadığı, salt zarar verme kastının da aranacağını ifade edilmelidir<sup>91</sup>.

Sorumluluk doğması bakımından doğrudan doğruya kast ile dolaylı kast arasında bu yukarıda bahsedilen istisnai hüküm (TBK m. 49/2) dışında bir fark

<sup>87</sup> Simons, p. 1075.

<sup>88</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 587; Eren, Borçlar Hukuku, s. 648. Amerikan hukukunda, kişiyi darp, araziye ve mülke tecavüz, bir taşınıra zarar verme veya şeklini değiştirme kasten işlenmiş haksız fiillere örnektir. Bkz, Simons, p. 1063-1064.

<sup>89</sup> *Salt zarar verme kastı* olarak da ifade edilen kavram, Almanca *Absicht* teriminden çevrilmiştir. Bkz, Gönül Koşar, s. 179. *Absicht* ifadesi Türkçe'ye *salt zarar verme kastı* dışında *özel kast* olarak da çevrilebilir. *Absicht* terimi'nin Türkçe karşılığı olarak öğretilde *yalın kast* ve *art niyetli kasıt* ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz, Meliha Sermin Paksoy, Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 133; Kadir Berk, Kapancı, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 II), 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 29.

<sup>90</sup> BGB §826'da zararın kasten verilmesi gerektiğini ifade etmek için İsviçre Borçlar Kanunu 41/2'de kullanılan *Absicht* ifadesi yerine *Vorsatz* ifadesi kullanılmıştır. Öğretilde, bu iki hukuk sistemi arasında yer alan ifade farklılığının bilinçli bir tercihe dayanıp dayanmadığı tartışmalıdır. BGB §826'da kaynağını alan 41/2 hükmünün yazımında, aksi görüşte olan azınlıktaki yazarlara rağmen çoğunlukta olan yazarlar tarafından bunun bilinçli bir tercih olmadığı belirtilmektedir. Bkz., Pinar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 371-372.

<sup>91</sup> Bu düşünceye katılmayan Paksoy'a göre, İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/2'nin amacı, 41/1'deki hukuka aykırılık unsurunun zoraki bir şekilde çok geniş yorumlanmasını engellemektir. Amaç, ilk fıkra çerçevesinde tazmin edilemeyen zararlar için alternatif bir sorumluluk kaynağı oluşturmaktır. Amaç bu olduğu için, ilgili fıkradaki kasıt unsurunun art niyetli kasıt ile sınırlanmaması gerekir. Aksi takdirde kanunkoyucunun m. 41/2 ile tazminini mümkün kılmak istediği belirli salt malvarlığı zararları kanunkoyucunun iradesinin aksine kapsam dışında kalacaktır. Bkz, Paksoy, s. 132. Aynı yönde bkz, Çağlayan Aksoy, s. 372; Gönül Koşar, s. 179-180.

yoktur. Kastın iki türünde de zarar veren ağır kusurlu sayılarak doğan zarardan tamamen sorumlu olur<sup>92</sup>.

Sonuç olarak denilebilir ki, kastın varlığını kabul için, zarar verenin hukuka aykırı bir sonucu önceden görmesi ve doğrudan doğruya kast için sonucu istemesi, dolaylı kast için sonucu istememekle beraber göze alması gerekli ve yeterlidir.

## 2. İhmal

### a. Kavram

Hukuka aykırı sonucu istememekle beraber böyle bir sonucun ortaya çıkması için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemiş olmasına ihmal denir. Diğer bir ifadeyle ihmal, ortaya çıkacak zararlar sonuçlanacak durumu önlemek için hukuk düzenince yüklenmiş ödevde aykırı hareket etmek, gerekli tedbirleri almamaktır<sup>93</sup>. Zarar veren ihmalde hukuka aykırı sonucu istememekle beraber sezileri yardımıyla öngörebilmektedir. Bu anlamda, ihmal aynı şartlara sahip bireylerin, eşit statüdeki kişilerin iş hayatının gerçekleri karşısında gösterdikleri özenin gösterilememesi anlamında bir özen eksikliğidir. İhmalin temeli, bu bakımdan hukuk düzeninin koymuş olduğu özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmektir<sup>94</sup>.

İhmal, olumlu bir davranıştan kaynaklanabilir ve bu anlamda bir eylemin sonucu olarak doğabilir. Ancak olumsuz bir durum olan bir şeyi yapmama hâli de ihmale neden olabilecektir. Örneğin, hekimin hastasını, hastanın kişisel durumuna özgü tedbirleri almadan ameliyat etmesi ve hastanın bu sebeple geç iyileşmesi durumunda olumlu bir davranış sebebi ile ihmal söz konusudur<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 126; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317.

<sup>93</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 57; Eren, Borçlar Hukuku, s. 649; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 77; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 409; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 172; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Saka, Kusur Kavramı, s. 446; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317; Gökalp, s. 157; Sanlı, s. 223; Korkmaz, s. 69; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 24/09/1984 tarihli ve E. 1984/6927, K. 1984/6856 sayılı kararı (Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 335); Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 126; O. Sabri Güven, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri II", *Yargıtay Dergisi*, 1982, C. 8, S. 4, s. 154.

<sup>94</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 649; İnan, Borçlar Hukuku, s. 270; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 443; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 154.

<sup>95</sup> İrlanda'da akne tedavisi için verilen bir ilacın yan etkisi sebebi ile genç bir çocuk intihar etmiştir. Yine on sekiz yaşındaki genç bir anne, hekimin rıza dışı ve gereksiz (simfizyotomi) müdahalesi sonucu zarar görmüştür. İrlanda Yüksek Mahkemesi, hekimin ihmali ile ilgili olarak

Hekimin ameliyat ettiği hastasını kontrole çağırması sebebi ile hastanın geç iyileşmesinde ise yapmama sebebi ile ihmâl söz konusudur<sup>96</sup>.

İhmalin ölçüsü objektiftir. Ceza hukuku öğretisinin aksine sorumluluk hukukunda ihmâl objektif ölçüler nazarıyla ele alınır ve kişinin sübjektif durumu, kişisel yetenekleri ilke olarak göz önünde tutulmaz. Objektifleştirilmiş kusur teorisi çerçevesinde orta seviyede, akli başında, makul hareket edebilen bir kişinin, somut olayda durumun özellik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği özene, harca-yacağı çabaya göre ihmâl değerlendirilmelidir. Bu yüzden, somut bir olayda ihmalin var olup olmadığını değerlendirecek olan hâkim, önüne gelen uyumsuzluğu çözerken zarar verenin fizikî, fikrî, ahlâkî güç ve eğilimlerini, teknik ve meslekî becerilerini göz önünde tutmak zorundadır<sup>97</sup>. Bu tahlil sonucu hâkim, zarar verenin, makul örnek modelin yetenek ve becerileri gibi olmayan, ondan sapan her davranışı ihmâl olarak değerlendirecektir. Her ne kadar bu sonuç, zarar veren için ağır bir sorumluluk gibi gözükse de toplum hayatı, toplumsal güvenlik açısından bireylere bir takım objektif yeterlilik şartlarının getirilmesi gereklilik arz etmektedir. Böylece, toplumsal hayatın gerekleri, her bireyi makul bir kişi gibi davranmaya, ahlâkî, fikrî ve ruhî yeteneklere, bedenî becerilere sahip olmaya, yaptıkları meslekte ilgili ilmî ve teknik becerileri edinmeye zorlayarak bireylerin bu vasıfları edinmelerini sağlayacaktır<sup>98</sup>.

Önceki Borçlar Kanunu'nun<sup>99</sup> 41'inci maddesinde geçen ihmâl teriminin yanında "teseyyüp ve tedbirsizlik" terimlerine de yer verilmişti. Teseyyüp, özen göstermeme, kayıtsız kalma nedeniyle ihmâle işaret ederken; tedbirsizlik ise bir

---

kararında, Anayasa'nın her insana korunması ve savunulması gereken haklar tanıdığı, bu haklar arasında insan onuru, vücut bütünlüğü ve özerklik yani kişinin kendi sağlığını etkileyen bilinçli kararlar verme hakkının bulunduğunu, bu hakları koruma görevinin her sağlık çalışanı yüklediğini, mahkemenin tespiti ihmâle dayanmakta ise de bu olaylarda güvene ihanetin söz konusu olduğunu belirtmiş, bunun sayılan insan haklarının en vahim şekilde ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bkz, Corbett, p. 132-133.

<sup>96</sup> Sıklıkla karşılaşılan ve *hayalet cerrah* olarak ifade edilen durumda, hekim hastayı kendisinin ameliyat edeceğini söyleyerek hastadan olur olmakta, ancak operasyonu hastanın bilgisi dışında bir başka hekim yapmaktadır. Amerikan hukukunda bu eylem bakımından kusurun türü kast olarak görülmektedir. Bkz, Simons, p. 1073. Türk hukuku açısından da rıza dışı müdahalenin söz konusu olduğu böyle bir durumda, her iki hekimi de aynı şekilde kusurlu ve müteselsil sorumlu kabul etmek uygun olur.

<sup>97</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 649-650; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 53; Oğuzman-Öz, s. 58; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10/06/1975 tarihli ve E. 1975/3284, K. 1975/7394 sayılı kararı (Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 154).

<sup>98</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 09/10/1980 tarihli ve E. 1980/9386, K. 1980/11399 sayılı kararı (Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 337-338).

<sup>99</sup> RG, 29.04.1926, S. 359.

tedbiri almada ihmalkâr davranmayı ifade etmektedir<sup>100</sup>. Türk Borçlar Kanunu ise bu maddeyi karşılayan 49'uncu maddesinde sadece *kusur* terimine yer vermiştir. Kanunkoyucunun kusur terimini tercih etmesi, kast ve ihmali de içine alan daha üst bir kavram ile kusurun tüm türlerini kastettiği anlamına gelir.

Aslında ihmal kavramı, kusurun objektifleştirilmesia sonucu daha derin bir içeriğe kavuşmuştur. Bu yaklaşım kusur sorumluluğunu belirli bir ölçüde kusursuz sorumluluğuna yaklaştırmış, tazminat ve sorumluluk hukukunun sübjektif ve ahlâkî unsurunu arka plana atmıştır<sup>101</sup>. Ancak, her ne kadar kusurun objektifleştirilmesi model tip gibi davranma zorunluluğu getiriyorsa da ihmalin tespitinde esas alınan ölçü, değişmez, kesin ve mutlak bir ölçü değildir. Burada, somut olayın şartları, zarar verenin yaşı, cinsiyeti, eğitimi, mesleği<sup>102</sup>, sosyal çevresi objektif ölçütle birlikte değerlendirilecektir<sup>103</sup>. Bu yüzden, zarar verenin davranışı ile kıyaslanacak örnek kişinin davranışının tamamen soyutlanıp genel lenmesi söz konusu değildir<sup>104</sup>.

Gösterilecek özenin derecesinin tespitinde söz konusu işin, meslek ve faaliyetin zorluğu, arz ettiği tehlikelilik de göz önünde tutulmalıdır. Kimyasal madde üretim tesisi ya da nükleer enerji üretim tesisinde gösterilecek özen yükümlülüğü ile tekstil sektöründeki özen yükümlülüğü arasında önemli bir farkın olduğu değerlendirmede nazara alınmalıdır. Şüphesiz, tehlikeliliğin derecesi hâliyle risk arttıkça özen borcu da artacaktır<sup>105</sup>.

Kasıtta olduğu gibi ihmalin tespitinde de zarar verenin, bilgi ve yetenekleri objektif ölçüte göre belirlenen model tipten daha üst düzeyde ise bu durum, kusurun tespitinde model tipe olan bağıllığı zayıflatacak ve zarar verenin özen

<sup>100</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 441.

<sup>101</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365.

<sup>102</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10/06/2014 tarihli ve E. 2014/9957, K. 2014/9254 sayılı kararı. Kararda, noterin kamu hizmeti ifa ettiği, sorumluluğunun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranışın değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranışın esas alınacağı, zira toplum içinde bazı iş ve meslekleri icra edenlere daha ağır bir sorumluluk yüklendiği ifade edilmiştir (Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367). Aynı şekilde, avukatın yargı uygulamasında söz konusu olan son içtihatları bilmediğini ileri sürmesi de onun objektifleştirilmiş özen borcunu ve kusurunu ortadan kaldırmayacaktır. Bkz, Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 366-367.

<sup>103</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Deschenaux-Tercier, s. 53-54; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156-157; Saka, Kusur Kavramı, s. 449-450.

<sup>104</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 650.

<sup>105</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 651; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 159.

borcunun derecesini artıracaktır. Bir diğer ifade ile böyle bir durumda, model tipin özen yükümlülüğü, dolayısıyla davranışı ihmalin derecesinin belirlenmesinde tek başına esas alınamaz<sup>106</sup>. Örneğin, oldukça iyi eğitim almış alanında uzman, ülkedeki sayılı mühendislerden birinin kusurunun tespitinde ortalama bir mühendisin davranış kalıbını esas almak mümkün olmayacaktır.

Sorumluluk hukukunda kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler ile teknik kurallar ve öngörülen tedbirlerin büyük bir önemi vardır. Zira, bu hükümler aracılığıyla kanunkoyucu burada izaha çalışılan objektifleştirilmiş özen borcunun sınırlarını somutlaştırmak amacındadır<sup>107</sup>. Bu hüküm ve tedbirler bir nevi özen borcunun kodifikasyonu olarak kabul edilebilirler<sup>108</sup>.

### **b. Çeşitleri**

İhmal ağırlık derecesine ve sübjektif olarak zarar verenin iradesine verilen değere göre farklı sınıflandırmalara tâbi tutulabilir. Ancak, kusur sorumluluğunda kusurun her derecesinin zarar verenin sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli olduğunu unutmamak gereklidir (TBK m. 49/1, m. 114/1)<sup>109</sup>.

İhmal ağırlık derecesine göre, hafif ihmal ve ağır ihmal olarak ikiye ayrılır. Bu ayrıma esas olan kusurun niteliğinden çok niceliğidir. Burada yalnızca bir kusur değerlendirmesi söz konusudur<sup>110</sup>.

Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan, aynı statüdeki, makul, güvenilir ve dürüst her insanın alması gerekli en basit tedbirin alınmamış olması olarak izah

<sup>106</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 651; Saka, Kusur Kavramı, s. 450-451.

<sup>107</sup> Buna örnek olarak trafik kuralları gösterilebilir. Yaya geçidi olan bir yerde yayalara öncelik vermeyen veya okul bölgesinde hızını azaltmayan bir sürücünün ihmalkâr davrandığı tartışmasızdır ve artık onun kusurlu olup olmadığı değil kusurunun derecesi tartışılmalıdır. Bunun gibi, iş güvenliği amacıyla alınması gereken tedbirler de özen borcuna örnek kuraldandır.

<sup>108</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 652; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 73; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 160.

<sup>109</sup> Ancak, haksız fiil sorumluluğunda ve sözleşmesel sorumlulukta bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Haksız fiil açısından TBK m. 49/2'de kanun özel olarak kasıtlı olmayı (salt zarar verme kastını) aramakta iken; sözleşmeden doğan borçlar açısından TBK m. 294 gibi, m. 220, m. 225, m. 115/1 ve 115/2 hükümleri de bu kuralın istisnalarını teşkil etmektedir.

<sup>110</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; İnan, Borçlar Hukuku, s. 268-269; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 318; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

edilebilir<sup>111</sup>. Bir hekim veya hemşirenin penisilin testi yapmadan hastaya iğne yapması ve hastanın şoka girmesine sebep olması<sup>112</sup>, sürücünün frenlerinin bozuk olduğunu bildiği arabayı kullanarak kazaya sebebiyet vermesi<sup>113</sup>, bir sirkteki aslanların kafes kapısının açık bırakılması ve seyircilerin yaralanmasına sebep olunması<sup>114</sup> ağır ihmale örnek gösterilebilir.

Hafif ihmal ise, ancak dikkatli kişilerden beklenen özenin gösterilmemesidir<sup>115</sup>. Ev sahibinin aşağı bakmadan pencereden aşağı bir şeyler atması<sup>116</sup>, çok başarılı bir ameliyata rağmen doktorun atması gereken dikişleri eksik bırakması<sup>117</sup> hafif ihmale örnek gösterilebilir.

Öğreti<sup>118</sup> ve yargı içtihatlarında<sup>119</sup> ağır ve hafif ihmal dışında bir de orta ihmalden söz edilmektedir. Orta ihmal, kişinin ortalama dikkat ve özeni göster-

<sup>111</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 83-84; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 341; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 318; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Korkmaz, s. 71; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

<sup>112</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58.

<sup>113</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 269; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173.

<sup>114</sup> Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 341; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161.

<sup>115</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 368; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 83; İnan, Borçlar Hukuku, s. 269; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 319; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128; Korkmaz, s. 71-72.

<sup>116</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58.

<sup>117</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410.

<sup>118</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 368.

<sup>119</sup> BGE 100 II 332. Karara konu olayda, dokuz yaşındaki iki çocuk girdikleri ahırda kibritle oynarken yangına sebebiyet vermişler, çıkan yangında ahır ve çevredeki mülklerin büyük bir kısmı zarar görmüştür. Kanton mahkemesi çocukların kusurunu ağır ihmal olarak değerlendirse de Federal Mahkeme kusurun orta ihmal düzeyinde kaldığına karar vermiştir. Anlaşıldığı kadarıyla Federal Mahkemeye göre, çocukların dokuz yaşında olmaları ve ayırt etme gücüne bir yetişkin kadar sahip olmamaları, eylemdeki kusuru, ağır ihmalden orta ihmal seviyesine indirmiştir. Bkz, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-100-II-332> (02.04.2023). Gerçekten, İsviçre'de, çocukların kusuru, ayırt etme gücüne sahip olsalar bile bu güce tam olarak sahip yetişkinlerin kusuruna oranla daha ılımlı değerlendirilmekte ve aynı eylemi gerçekleştirmiş bir yetişkine göre daha bir hafif görülmektedir. Bkz, Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 2.

memesidir. Burada zarar veren ağır ihmaldeki kadar kusurlu değildir, zira gerekli ve en basit tedbirleri bile ihmal etmiş değildir. Ancak, hafif ihmalde kabul edilen ölçüden daha fazla kusurludur. İhmal düzeyinde olan kusurun miktarının daha iyi tespit edilebilmesi bakımından orta ihmalin bir ihmal çeşidi olarak kabul edilmesi isabetlidir<sup>120</sup>. Zira, kimi zaman zarar verenin eylemi ne ağır ne de hafif ihmal düzeyindedir. İşte bu gibi durumlarda, orta ihmalin kabulü ile hak-kaniyete daha uygun bir kusur derecelendirilmesi yapılmış olur.

İhmal, başka bir açıdan zarar verenin hukuka aykırılığı tasavvur edip edememesine göre bilinçli (şuurlu) ihmal ve bilinçsiz (şuursuz) ihmal olarak da ayırırma tâbi tutulabilir. Ancak, bu ayırım uygulamada pratik bir değere sahip olmayan teorik bir ayırımdan ibarettir<sup>121</sup>. Bilinçli ihmalde, zarar veren gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırı sonucu yaratabileceğini bilmekte ama bu sonucu oluşmayacağı ümidiyle hareket etmekte, gereken tedbiri almamaktadır<sup>122</sup>. Bilinçli ihmal ve dolaylı kast birbirlerine benzetmekle beraber aralarında önemli bir fark vardır. Bu fark, bilinçli ihmalde zarar verenin sonucu istememesi ve zararı önleyebileceği ümidiyle davranması iken, dolaylı kastta dolaylı da olsa zarar veren hukuka aykırı sonucu göze almaktadır<sup>123</sup>.

Bilinçsiz ihmalde ise, zarar veren, fiilinin hukuka aykırı olduğunu ve hukuka aykırı sonuçlara sebebiyet vereceğini dikkatsizliği yüzünden hiç bilememekte, öngörememektedir<sup>124</sup>. Örneğin, hekim ameliyat sırasında hastanın karnında bir tampon unutmuşsa bilinçsiz ihmalin olduğu söylenebilir.

Bilinçli ve bilinçsiz ihmalin farkı, hukuka aykırılığın önceden tasavvur edilmesinden kaynaklanmaktadır<sup>125</sup>. Önceden hukuka aykırı sonuç tasavvur edilmiş

<sup>120</sup> Gönül Koşar, s. 203; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367.

<sup>121</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 653-654; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 84-85.

<sup>122</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; İnan, Borçlar Hukuku, s. 268; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, s. 53; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Korkmaz, s. 70; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 155; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 319.

<sup>123</sup> Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, s. 53; Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 85; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127.

<sup>124</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Saka, Kusur Kavramı, s. 449; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127; Korkmaz, s. 70.

<sup>125</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 268; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 84-85; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156; Saka, Kusur Kavramı, s. 449.

ve fakat yeterli tedbir alınmamışsa bilinçli ihmal; hukuka aykırılık önceden tasavvur edilmemiş ama bu tasavvur yokluğu kişinin dikkatsizliğinden ileri gelmişse bilinçsiz ihmal söz konusu olur<sup>126</sup>.

### III. KUSUR EHLİYETİ

#### A. Genel Olarak

İradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi veya hukuka aykırı bir sonucun önlenmesi konusunda gerekli iradenin sarf edilmemesi hâllerinde doğan zarardan sorumlu tutulabilme ehliyetine; başka bir deyişle, hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetine kusur ehliyeti denir<sup>127</sup>. Kusur, hukukla çelişen bir iradenin sonucu ise kişiyi kusurlu davranışlardan sorumlu tutabilmek için kişinin bir irade yeterliliğine sahip olması gereklidir. Kusurlu eylem ve davranışlarda bulunabilme yeterliliği anlamına gelen kusur ehliyeti, medenî hukuk anlamında fiil ehliyetinin bir türüdür<sup>128</sup>.

Bedenî ve fikrî bir olgunluğu ifade eden kusur ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetinin bir türü olup sadece ayırt etme gücünün varlığına ihtiyaç duyar<sup>129</sup>. Genel itibarıyla gerçek kişiler için geçerli olan bu durum tüzel kişiler için ayrıca incelenmelidir.

Kusur ehliyeti prensip olarak hukukî işlem ehliyetinden farklıdır ve tek şart olarak ayırt etme gücüne ihtiyaç duyduğundan istisnalar haricinde (TBK m. 65/1) kusur ehliyeti olmayan ayırt etme gücünden yoksun kişiler, davranışları sebebi ile sorumluluk altına girmeyecektir. Zira, kişinin bedenî ve fikrî olgunluğa erişemediği ve ayırt etme gücünden yoksun olduğu bir durumda kusurundan söz edilemez<sup>130</sup>. Gerçekten, TMK m. 15/1'e göre, ayırt etme gücüne sahip ol-

<sup>126</sup> Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

<sup>127</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 163.

<sup>128</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 439; İnan, Borçlar Hukuku, s. 270; Saka, Kusur Kavramı, s. 452; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 412.

<sup>129</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 61; İnan, Borçlar Hukuku, s. s. 270; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 439; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 70; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 118.

<sup>130</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 271; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 413; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 8.



mayanların davranışı hukukî sonuç doğurmaz<sup>131</sup>. Bu bakımdan, bir kişinin kusurlu sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, onun davranışının hukuk düzeninin uyulmasını beklediği davranış kalıbından sapmış olması ve ayrıca onun ayırt etme gücüne sahip olması şarttır<sup>132</sup>.

Kusur değişik derecelerde var olabilir, fakat ayırt etme gücü derecelendirilemez. Zira, ayırt etme gücü sadece haksız fiilden doğan sorumluluğun değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan sorumluluğun vazgeçilmez bir şartıdır. Bu yüzden, tıpkı hukukî işlem alanında olduğu gibi, haksız fiil alanında da kusurun gerek varlığı gerek derecesi, haksız fiil ehliyeti ve haksız fiil sorumluluğunun varlığı tespit edildikten sonra incelenebilir. Bu aşamada davranışta bulunanın şahsî, zihnî, manevî ve ruhî durumu örneğin yaşının küçüklüğü, çok yaşlı olması, bunalımda olması vb. göz önüne alınarak, bu gibi özellikleri kusurunun derecesinin belirlenmesinde hafifletici etken olarak dikkate alınabilir<sup>133</sup>.

Kusur ehliyeti, gerçek kişilerin kusur ehliyeti ve tüzel kişilerin kusur ehliyeti olarak iki başlık altında incelenebilir.

## B. Gerçek Kişilerin Kusur Ehliyeti

Gerçek kişiler açısından kusur ehliyetinin varlığı için ayırt etme gücü aranır. Yani bir kişinin kusurlu sayılabilmesi için makul suretle hareket edebilme yeteneği, iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırt edebilme becerisi olmalıdır (TMK m. 15). Ayırt etme gücünün, kusur ehliyetinin tek şartı olması, haksız fiil ehliyeti olarak da belirtilebilecek olan kusur ehliyetini, hukukî işlem ehliyetinden ayırmaktadır. Bununla beraber, ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler, eylemleri ile verdikleri zararlardan hakkaniyet gerektirmedikçe (TBK m. 65) sorumlu olmayacaklardır<sup>134</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücü olmayan bir kişi kural olarak ne sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden ne de haksız fiilden doğan zararlardan sorumludur. Ancak, bu kuralın istisnaları da vardır. Bu ana kuralın

<sup>131</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 271; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645.

<sup>132</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 646.

<sup>133</sup> Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 5. Ayrıca bkz, BGE 124 III 182, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-124-III-182> (02.04.2023).

<sup>134</sup> Bu sonuç, TMK m. 16/ 2 hükmünün "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar" şeklindeki ifadesinin karşıt anlamından çıkarılabilir. Hakkaniyet sorumluluğu hakkında bkz, Serdar Nart, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)*, 1. bs., Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

dayanak noktası, kişinin sorumluluğunu, eylemlerine hâkim olmasına ve bunların sonuçlarını değerlendirip kavrama yeteneğine bağlamak mantığına dayanır. Bu yüzden, kanunkoyucu, biyolojik olarak ya da kendi rızası dışında ayırt etme gücünün ortadan kaldıran bir durumun varlığında, kişi yaptıklarını bilme, anlama ve sezme yeteneğinden yoksun olacağından, onu sorumlu tutmamayı hakkaniyetin gereği olarak görmüştür<sup>135</sup>. Kanunkoyucu bu kuralı koyarken ayırt etme gücü olmayan kişinin ancak kanunun öngördüğü özel hâllerde sorumlu kılınabileceği de düzenlemek suretiyle birtakım haksızlıkların önüne geçmeyi de ihmal etmemiştir (TMK m. 15 ve TBK m. 65). Bunun gibi, kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından zarar verenin sorumlu olması için kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesi yeterli olur. Bir diğer ifade ile kusursuz sorumluluk hâllerinde, zarar veren ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da zarardan sorumlu olur. Bu yüzden, kusursuz sorumluluk hâllerinde kusur ve dolayısıyla kusur ehliyeti sorumluluğun doğması bakımından söz konusu olmaz<sup>136</sup>.

Kanunda, kusur sorumluluğunun belirleyici kuralı olan ayırt etme gücü olumsuz bir ifade kullanılmak suretiyle tanımlanmıştır. Gerçekten, TMK m. 13 hükmünde kanunkoyucu, ayırt etme gücünü, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun bir şekilde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin sahip olduğu bir yetenek olarak ifade etmeyi uygun bulmuştur.

Bu tanımlamadan hareketle ayırt etme gücü nisbî bir kavram olduğundan her somut olayda birbirinden ayrı değerlendirilmelidir<sup>137</sup>. Bu bağlamda, bir olayda zarar verenin ayırt etme gücünün varlığı açıkça kabul edilirken bir başka olayda bundan bahsetmek mümkün olmayabilir.

Bu tespit bir kenara bırakılarak fiil ehliyeti bakımından kişi grupları, tam fiil ehliyetine sahip kişilerin kusur ehliyeti, sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler ile tam ehliyetsizlerin kusur ehliyeti başlıklarında incelenebilir<sup>138</sup>. Tam fiil ehliyetine

<sup>135</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164; Yavuz, s. 47.

<sup>136</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Şen, s. 400-401; Antalya, Yeni Gelişmeler, s. 69.

<sup>137</sup> Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 440; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 70; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164.

<sup>138</sup> Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 84 vd.; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 47-48.

sahip biri, tam anlamıyla kusur ehliyetine de sahiptir. Çünkü o, ayırt etme gücü yanında ergin olduğu gibi kısıtlı da değildir. Kusur ehliyeti yanında kendisini borç altına sokacak hukukî işlemleri tek başına yapma ehliyetine de sahiptir.

Sınırlı ehliyetli kişiler ise, kendilerine yasal danışman atanmış kişilerdir (TMK m. 439). Bu kişiler, sadece TMK m. 429/1’de yer alan dokuz bende sayılmış işlemleri yapmak için yasal danışmanın görüşünü almak zorundadırlar<sup>139</sup>. Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetlilerin kusur ehliyeti de tamdır.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip ergin kısıtlılardır. Sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücünün varlığı onları kusur ehliyeti bakımından yeterli kılmaktadır<sup>140</sup>.

Tam ehliyetsizler olarak belirtilen son ehliyet grubu ise, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden oluşur. Bu kişiler ergin dahi olsalar ayırt etme gücünün olmaması nedeniyle kusur ehliyetinden yoksundurlar. Ancak, bu hususta iki istisnaî durum söz konusudur (TBK m. 59, 65).

Bu istisnalardan ilki, ayırt etme gücünden tam olarak yoksun olanların durumuna ilişkindir. Hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, ayırt etme gücünden yoksun kişiyi, verdiği zarardan dolayı tamamen veya kısmen tazminata mahkûm edebilir<sup>141</sup>. Verilen zararın tamamen veya kısmen tazmininin gerekip gerekmediği sorunu özellikle tarafların karar zamanındaki mâli durumları ve zararın üçüncü bir şahsa ödetilip ödetilemeyeceği göz önünde bulundurularak araştırılır<sup>142</sup>. Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet icabı zararın tazminine mahkûm edilmesi, zarara sebep olan fiilin, ayırt etme gücü mevcut olsaydı zarar verenin kusurlu sayılmasını gerektirecek bir nitelik taşımasına bağlıdır<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> Oğuzman-Seliçi-Oktay, *Kişiler Hukuku*, s. 114.

<sup>140</sup> Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 173; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 412.

<sup>141</sup> Ayırt etme gücünden yoksun kimse, meydana gelmesine sebep olduğu maddî zarar yanında manevî zararları da ödemeye mahkûm edilebilir. Manevî zararın tespiti ve hesaplanması hususunda bkz, O. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, *MÜHFAD*, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, C. 22, Sayı 3, ss. 221-250.

<sup>142</sup> Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 440; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 646; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 173-174; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 166; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 452-453.

<sup>143</sup> Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174. Hakkaniyet gereği tazminata hükmedilmesi hâkimin takdirine bağlı ise de tazminata hükmetmek için çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerekir. İlgilerin mali ve ekonomik durumları, sigortanın varlığı, model davranıştan önemli ölçüde sapılması bu faktörler arasında sayılabilir. Bkz, BGE 103 II 330 (Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365).

İkinci istisna, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin kusur ehliyetine ilişkindir. Ayırt etme kabiliyetini geçici olarak kaybeden kimse, bu hâlde iken vermiş olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki, kendi kusuru olmak-sızın bu duruma düştüğünü ispat ederse sorumlu olmaz (TBK m. 59/2)<sup>144</sup>.

TBK m. 59'da yer alan sorumluluk önceden işlenmiş kusura dayanan bir sorumluluktur<sup>145</sup>. Geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kimse ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu, örneğin kendisine zorla verilen ilaç ya da uyuşturucu maddenin etkisiyle zararı vermiş olduğunu ispat edebilirse verdiği zarardan sorumlu tutulmaz<sup>146</sup>. Burada da hakkaniyete ilişkin tazmin borcunu düzenleyen TBK m. 65 hükmü saklıdır<sup>147</sup>.

Sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun edimini gereği gibi ifa etmemesi onun sorumluluğunu gerektirir; ancak borçlu ifa etmeme konusunda kusurunun bulunmadığını ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur (TBK m. 112). Burada alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur. Oysa haksız fiil sorumluluğunda, kusur sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için kusurun varlığını ispat borcu alacaklı durumundaki zarar görene düşer<sup>148</sup>. Böyle bir ispat külfetini yerine getirmek oldukça zor olduğu için, bu bakımdan zarar verenin kusur ehliyetine sahip olduğuna ilişkin bazı kanunî karineler vardır. Örneğin, ergin olan birinin kusur ehliyetinin olduğu aksi ispatlanana dek karineten kabul edilmektedir<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 453; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 413.

<sup>145</sup> Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 413. Buradaki sorumlulukta kusur aranmadığından bunun bir kusursuz sorumluluk hâli olduğu yönünde bkz, Eren, s. *Borçlar Hukuku*, 647.

<sup>146</sup> Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Eren, *Borçlar Hukuku* s. 646; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 167; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 454.

<sup>147</sup> Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174.

<sup>148</sup> İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 120. Zarar görenin kusurun yanında illiyet bağına da ispat etmesi gerekir. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi, zarar verenin ihmâl ettiği davranışın yerine getirilmesi durumunda, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre zarar görenin meydana gelen zararının önlenmiş olacağına muhtemel olduğu durumlarda, illiyet bağına var olduğunu kabul etmiştir. Bkz, BGE 121 III 358, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-121-III-358> (02.04.2023). Ayrıca bkz, Kılıçoğlu, *İllyet Bağı*, s. 42.

<sup>149</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24/04/1970 tarihli ve E. 1970/968, K. 1970/2-260/222 sayılı kararı (Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 120, dn. 46); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 27/01/2016 tarihli ve E. 2014/44464, K. 2016/1847 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 01/07/2013, E. 2013/8911, K. 2013/12574 sayılı kararı.

### C. Tüzel kişilerin kusur ehliyeti

Kusur ehliyetine sahip olabilmenin en temel şartı olan ayırt etme gücünü ifade eden irade unsuru, insana özgü bir zihinsel yeterlilik durumudur. Hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş ve insan dışı kişilik izafe edilmiş varlıkların iradesi sorunu, tüzel kişilerin kusur ehliyeti ile doğrudan bağlantılı bir sorundur. Tüzel kişilerin kolektif olarak doğmuş olan iradeleri aynı zamanda onların faaliyetlerine de yansımaktadır. Tüzel kişilerin kolektif nitelikteki iradeleri organları vasıtasıyla ortaya çıkar ki, bu irade organın değil tüzel kişinin iradesini ifade eder<sup>150</sup>.

Genellikle tüzel kişilerin örgüt içindeki organları arasındaki iş bölümü ve organların görevi kanunda, ilgili tüzel kişiliğin kuruluş belgesinde (dernek tüzüğünde veya vakıf senedinde) belirtilmiştir<sup>151</sup>. Tüzel kişilerin ehliyeti hakkında TMK m. 50, özel bir hükümdür. Tüzel kişilerin organlarının kusurlu davranışları, tüzel kişilere isnat edilir<sup>152</sup>.

Tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce kusur sorumluluğuna ilişkin şartların organ tarafından gerçekleştirilmiş olması aranır. Tüzel kişinin yetkili organı, haksız fiil ya da sözleşme çerçevesinde karşı tarafa bir zarar vermişse bu zarar bakımından kusurlu olmalıdır<sup>153</sup>. Zira, TMK m. 50/ 2'ye göre, organların her türlü fiili tüzel kişiyi bağlar. Öyleyse, tüzel kişinin organa izafe edilemeyen kusurları, TMK m. 50'ye göre tüzel kişilerin sorumluluğu sorumluluğunu doğurmaz<sup>154</sup>.

Tüzel kişilerin organlarının faaliyetlerinden doğan kusurlu davranışların tüzel kişilik açısından bir kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu hususu tartışmalıdır. Bu konuda, tüzel kişiliğe gerçek kişilik vasfı yüklen-

<sup>150</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Fahri Erdem Kaşak, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *MÜHFAD*, 2020, C. 26, S. 2, ss. 1242-1263, s. 1247.

<sup>151</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62.

<sup>152</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 646; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 51; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Kaşak, 1246-1247.

<sup>153</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 63; Eren, Borçlar Hukuku, s. 646.

<sup>154</sup> Eren, Borçlar Hukuku, s. 646. Bu konuda açıkça organ olarak belirtilmemekle birlikte dernek tüzüğü ya da vakıf senedi hükümlerine göre kendisine organa özgü yetki ve görevler verilmiş kişilerin, tüzel kişiye sorumluluk yüklemeleri de mümkündür. Bkz, Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 63.

yen görüş, bu sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olarak kabul eder<sup>155</sup>. Buna karşılık, tüzel kişilerin insanlar gibi bir iradeye sahip olmadığını kabul eden görüş ise, bu sorumluluk türünü kusursuz sorumluluk olarak görmektedir<sup>156</sup>. Konu ile doğrudan ilgili olmayan bu teorik tartışmanın ayrıntısına girmeden tüzel kişiliğe bağlı olarak faaliyet gösteren ve üçüncü kişilere zarar veren ancak tüzel kişiliğin organı olmayan çalıştırılan ve ifa yardımcılarının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmek gerekir (TBK m. 66 ve m. 116)<sup>157</sup>.

Tüzel kişiliğin organının, görevini yerine getirirken dolaylı bir fiil ile göreviy-le ilişkisi olmadan kendi kişisel davranışı sonucu kusurlu olarak zarara neden olması hâlinde tüzel kişilik sorumlu tutulamaz. Bunu gibi, organın iradesinden tüzel kişiliğin sorumlu olması için organın fiilinin tüzel kişiliğin faaliyet alanı ile ilgili olması gerekir<sup>158</sup>. Öte yandan, eğer organın irade açıklamasında kişisel bir kusuru varsa, organ ve tüzel kişilik birlikte sorumlu olacaktır<sup>159</sup>.

#### IV. KUSURUN İSPATI

Hatırlanacağı gibi, TBK m. 112 gereğince, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Yani, sözleşme sebebi ile sorumluluğun söz konusu olması için alacaklı borçlunun kusurunu değil, sorumluluktan kurtulmak için borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Oysa haksız fiil sorumluluğunda tazminat talebinde bulunan taraf, zarar verenin kusurunu ispat ederek onun sorumlu olmasını sağlayabilir<sup>160</sup>. Bununla beraber, haksız fiil, zarar verenin kusurlu olduğuna karine teşkil edecek bir nitelik taşıyorsa ayrıca kusurun ispatı gerekmez<sup>161</sup>. Örneğin, otomobiliyle kaldırımında duran birine çarpan sürücünün kusurlu olduğu karineten kabul edilir. Bu durumda, zarar veren kusursuz olduğu iddiasında ise bu iddiasını ispatlamak zorunda

<sup>155</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 63.

<sup>156</sup> Oğuzman-Öz, Kusur Kavramı, s. 64.

<sup>157</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 64.

<sup>158</sup> Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 64; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119.

<sup>159</sup> Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119.

<sup>160</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 273; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 445; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 169; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 174.

<sup>161</sup> İnan, Borçlar Hukuku, s. 273; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 445; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 170; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 174.

kalacaktır. Ayrıca, ispat yükü üzerinde olan zarar gören, hukuka aykırı fiilin varlığını, zarar verenin kusurlu davranışını, zararı ve illiyet bağının varlığını ispat etmek mecburiyetindedir<sup>162</sup>.

## SONUÇ

Türk Hukukunda kusur kavramı, başta Ceza hukuku olmak üzere hukukun birçok dalında ve elbette sorumluluk hukukunda, sorumluluğu kurucu bir özelliğe sahiptir. Kusurun varlığı söz konusu ise kusurun derecesi sorumluluğu kurmak için önem arz etmez ancak tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir değere sahiptir. Ancak, kusurun varlığını tespit bakımından ileri sürülmüş olan teorilerden, objektifleştirilmiş kusur teorisi ve sübjektif kusur teorisinden birini kesin ve tek ölçüt olarak kabul etmek doğru bir tercih değildir. Esasında kusur, objektifleştirilmiş insan davranışından ziyade, zarar verene ait içsel özellikleri de yansıtan özgün bir sorumluluk hukuku terimidir. Bu bakımdan, kusurun tespitinde sübjektif kusur teorisi ağır basıyor gibi görünse de toplumsal hayat kusurun objektifleştirilmesini gerektirmiştir.

Kanun koyucunun haksız fiilde ve sözleşmesel sorumlulukta kusurun ispatını farklı şekilde düzenlemiş olması bu iki tür sorumluluk bakımından farklı teorilerin tercih edilmesini gerektirecektir. Bu sebeple, öğretide ve uygulamadaki hem haksız fiil sorumluluğunda hem sözleşmesel sorumlulukta sorumluluğun doğumu, kapsamının belirlenmesi ve sorumlular arasında paylaşılması konusunda kusuru belirlemek bakımından, öğretide tarafından ileri sürülen ölçütlerden yalnızca birinin tercih edilmesi uygun olmayacaktır. Zira, sübjektif kusur teorisi zarar verenin iradesine dayanmakta iken objektif kusur teorisi zarar verenin davranışını esas almaktadır. Bu bakımdan, kusuru ispat yükünün zarar görende olduğu haksız fiil sorumluluğunda, objektif kusur teorisinin uygulanması gerekir. Kusuru ispat yükü kendisinde olan zarar gören karşı tarafın iradesini bilemeyeceği için zarar görenin korumak ve kusuru belirlemek bakımından objektif bir davranış normuna ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple, haksız fiil sorumluluğunda öğretide çoğunluğun da savunduğu gibi objektifleştirilmiş kusur teorisini esas almak daha tutarlıdır. Öte yandan, sözleşmesel sorumluluk bakımından kusuru ispat yükünün zarar veren borçluda olması, iradeyi esas alan sübjektif kusur teorisini tercih etmeyi daha tutarlı kılmaktadır.

<sup>162</sup> Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 170.

Sorumluluk hukuku bağlamında kusur, hata ve hukuka aykırılık terimlerinden farklı ve özgün bir anlama sahiptir. Kusur ne hata gibi sözleşmenin kurulması ile ilgili bir kavramdır ne de farklı hukuk sistemlerinde böyle kabul edilse de hukuka aykırılığın sübjektif yönü ile ilgilidir.

Kusurun, ihmal ve kast olmak üzere iki türü vardır. Ancak, bu ayırım, daha çok tazminatın miktarı bakımında anlam ifade eder. İhmali ya da kasti bir davranış sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı, bir diğer ifadeyle tazminatın miktarı kusur oranına göre belirlenir.

Hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti, bir diğer ifade ile kusur ehliyeti, hukuk sistemimizde iki tür kişi bulunduğu için gerçek kişilerin kusur ehliyeti ve tüzel kişilerin kusur ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Her iki fiil ehliyeti açısından aranan ölçüt, organ ya da kişinin hukukun aradığı anlamda bir iradeye sahip olmasıdır.

Kusurun ispatı, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk açısından farklılık arz eder. Haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin zarara olan yakınlığı ispatı kolaylaştır düşüncesi ile ispat yükü zarar gören üzerinde bırakılmıştır. Haksız fiil sorumluluğunda, kusuru ispat yükü zarar görende ise de; sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından kusuru ispat külfeti borçluya yüklenmiştir.



**KAYNAKÇA**

- ABİK, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFĐ*, C. 59, S. 3, 2010, ss. 345-448.
- AKINCI, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. bs., Konya, Sayram Basım, 2022.
- AKMAN, Galip Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ANTALYA, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, *MÜHFAD*, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, Sayı 3, 2016, ss. 221-250 (Manevi Tazminat).
- ANTALYA, O. Gökhan, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *MÜHFAD*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 63-83 (Yeni Gelişmeler).
- ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/ 1, 2, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARAL, Fahrettin, *Kötü İfa*, 1. bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ATAMER, Yeşim M., *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, 1. bs., Ankara, Beta Yayıncılık, 1996.
- AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- BAŞALP, Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.
- BENLİ, Erman, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, *MÜHFAD*, C. 26, S. 1, 2020, ss. 300-316.
- CORBETT, Val, “The Promotion of Human Dignity: A Theory of Tort Law”, *Irish Jurist*, New Series, Vol. 58, 2017, pp. 121-152.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- DESCHENAUX, Henri-TERCIER, Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.
- ERDOĞAN, İhsan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, *SÜHFĐ*, C. 3, S. 1, 1990, ss. 109-124.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019 (Borçlar Hukuku).
- EREN, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975 (İlliyet Bağı).
- ERTEN, Ali, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Ankara, Olgaç Kitapları, 1977.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. 1, 1. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1969.

- FUHRER, Andreas-MULLER-Chen Markus-ÇETİNER, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- GÖKALP, Özge Tuçe, "Özel Hukukta Kusur Halleri", *Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Güncel Araştırmalar - I*, Ed.: Erdil Durukan, Burak Alkan, Sema Sağlık, Ankara, Gece Publishing, 2022, ss. 151-166.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, "Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi", *MÜHFAD.*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 13-28.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", *AÜHFD*, C. 69 S. 3, 2020, ss. 1437-1473.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 1. bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- GÜVEN, O. Sabri, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri I", *Yargıtay Dergisi*, C. 7, S. 4, 1981, ss. 570-588.
- GÜVEN, O. Sabri, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri II", *Yargıtay Dergisi*, C. 8, S. 4, 1982, s. 154-186.
- İBA, Hasan, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri", *NEÜHFD*, C. 5, S. 2, 2022, ss. 762-787.
- İNAN, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- KANETİ, Selim, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, 1. bs., Ankara, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- KAPANCI, Kadir Berk, *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 II)*, 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, 1. bs., Ankara, Beta Basım, 1995.
- KAŞAK, Fahri Erdem, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *MÜHFAD*, C. 26, S. 2, 2020, ss. 1242-1263.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2019 (Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Mustafa, "Haksız Fiillerde İlliyet Bağı", *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S. 1-2, 2004, ss. 27-44 (İlliyet Bağı).
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *AÜHFD*, C. 53, S. 4, 2004, ss. 1-17.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi", *AÜHFD*, C. 53, S. 3, 2004, ss. 1-17.

- KOÇHİSARLIOĞLU, **Cengiz, Haksız Eylem Kusuru**, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022 (Haksız Eylem).
- KORKMAZ, Fırat, **Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi**, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- KURTULAN, Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", **MÜHFHAD**, C. 23, S. 1, 2019, ss. 465-503.
- NART, Serdar, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkanियet Sorumluluğu)**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2014.
- NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 17. bs., İstanbul, Beta Basım, 2020.
- OĞUZ, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", **TAAD**, C. 7, S. 28, 2016, ss. 273-286.
- OĞUZMAN, M. Kemal-SELİÇİ, Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. 1, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal-Seliçi, Özer-Oktay Saibe, **Kişiler Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Filiz Kitapevi, 2022.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil, "Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.
- ÖZSUNAY, Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- PAKSOY, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme**, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.
- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Beta Yayınları, 2014.
- SAKA, Zafer, "Kusur Kavramı", **Adalet Dergisi**, S. 6, 1973, ss. 441-455.
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, 1. bs., İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- SARI, Onur, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", **TBB Dergisi**, S. 147, 2020, ss. 251-312.
- SAVAŞ, Abdurrahman, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 80, S. 2, 2022, s. 537-582.
- SIMONS, Kenneth W., "A Restatement (Third) of Intentional Torts?", **Arizona Law Review**, 2006, Vol. 48, pp. 1061-1102.
- ŞEN, Yusuf: "İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", **Ekev Akademi Dergisi**, C. 20, S. 68, 2016, ss. 383-413.

- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- VON TUHR, Andreas, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı*, C. 1-2, 2. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.
- YAVUZ, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFAD*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 29-61.
- YILDIZ, Kübra, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, ss. 1115-1158.