

KUSUR İŞLEME EHLİYETİ OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNÜN HAKSIZ EYLEM ALANINDA DERECELENDİRİLMESİ

*Doç. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU**

Kusurun ağırlık derecesi (ağırlığı) de, tıpkı kusurun kendisi gibi, benimsenen kusur teorisine (kuramına, nazariyesine) göre farklı biçimde değerlendirilebilir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilirse insanlar arasındaki zihni, mânevî ve rûhî farklılıklar kusurun belirlenmesinde etkili sayılamazlar. Böylece, kusur her kişi için aynı ağırlıkta olacak, kişilerin özelliklerine göre değişkenlik göstermeyecektir.

Bu belirlemenin istisnası söz konusu olabilir mi? Belki de, ayırt etme (temyiz, ayırtım, vb.) gücünün derecelendirilmesi yoluyla kusurun da derecelendirilmesi, ya da kusurun sonuçları, yani sorumluluğun/tazminat yükünün de derecelendirilmesi mümkün olabilir.. Bu, tabii, ayırt etme gücünün derecelendirilebileceği düşüncesine olumlu gözle bakılması ihtimâlinde tasarlanabilecek bir fikirdir.

İsviçre hukukunda, Federal Mahkeme, bu konuda, bir kararında¹ şöyle bir tavır takınmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, haksız eylem (fiil) ehliyeti bakımından, ayırt etme gücüne sahip kişi ehliyetli, bu güce sahip olmayan kişi de ehliyetsizdir². Ama, yine Yüksek Mahkeme'ye göre, her ne kadar böyle³ ise de haksız eylemin sonuçları yönünden farklı düşünülebilir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz.: BGE 102 II 363, E. 4; 28 Ekim 1976, R. C. SBB, Pr. 1977, Nr. 28, sh. 73, E. 4; JdT 1977 I 306.

² Bu hususta, bkz. ve kısz. ayr. BGE 111 V 58, E. 3a; BGE 117 II 231, E. 2.

³ İsviçre hukukunda bu görüşü savunanlar bulunduğu gibi, aksi görüşü savunanlar da bulunmaktadır. Birinci yönde, bkz. örn. *Brehm R.*, Berner Kommentar, Die Entstehung

Sorumluluğun kapsamının – diğer nedenlerden başka – kusurun ağırlığı hesaba katılarak da tespit edildiği bu alanda, ayırt etme gücünün derecesi de göz önüne alınabilir ve alınmalıdır. Bu güç, herhangi bir durum ve koşul yüzünden olumsuz şekilde etkilendiğinde, tazminat (ödense, zarar giderim) yükümü azalabileceği gibi, tamamen yok da olabilecektir⁴. Sonuç, bazen öyle bazen böyle olabilecektir. Yalnız, bu sonuç tek taraflı değildir, zarar gören de bundan yararlanabilecek, ayırt etme gücünün azalması nedeniyle kusurunun (zarar görenin kusuru) sonuçları zayıflayabilecektir⁵. Bu görüş, bu hukukta tartışmalıdır.

İsviçre hukukundaki bu durumun aksine, *Türk* hukukunda sorun gündeme gelmiş değildir! Orada, tartışmalar bağlamında altını çizerek belirtmek gerekir ki, olumlu doğrultuda olmak üzere, uygulamada, çocukların kusuru, genel olarak, ayırt etme gücüne sahip olmalarına rağmen, bu güce ‘tam’ olarak sahip erişkinlerin (yetişkinlerin, ‘büyüklerin’) kusuruna oranla, daha bir yumuşak değerlendirilmekte, daha bir ‘hafif’ görülmektedir⁶.

Yukarıdan beri belirte geldiğimiz bağlamda, *objektifleştirilmiş* kusur görüşü açısından, kural olarak, davranışta bulunanlar arasındaki zihnî, mânevî ve rûhî farklılıklar kusur ile sorumlulukların varlığı bakımından herhangi bir rol oynayamazlar/oynamazlar⁷. Ama, kişilerin davranışları ve dolayısıyla doğrudan doğruya kusurları aracılığıyla kusurlarının derecelendirilmesi söz konusu olduğunda durum böyledir. Yoksa, davranışta bulunanlar arasında, yalnız ayırt etme gücü açısından farklılıkların da bulunabileceği ve bu farklılıkların sorumluluğun

durch unerlaubte Handlungen (Art. 41-61 OR), 2. Aufl., Bern, 1998, 41 OR, N. 172 ve oradaki yollamalar. Aksi yönde, bkz. örn. *Werro F.* (édit.), *Thévenoz L./Werro F.*, Commentaire Romand du Code des obligations, vol. I, Genève, etc., 2003, ComRom-*Werro*, 41 CO, N 95.

⁴ Böyle, bkz.: BGE 90 II 13; Pr. 53, Nr. 57, E. 5; - *Bucher E.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abt., Die natürlichen Personen, erste Teilb., Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, 3. Aufl., Bern, 1976, 16 ZGB, N. 4 ve 4a, 19 ZGB, N. 394 vd. – Kşz. BGE 90 II 13, Pr. 53, Nr. 57, E. 5.

⁵ Böyle, bkz. *Bucher E.*, age., 19 ZGB, N. 380.

⁶ Bkz. örn.: BGE 62 II 316 vd.; BGE 66 II 200 vd.; BGE 82 II 25, E. 3; BGE 92 II 9, E. 5, 13; BGE 93 II 94 vd.; BGE 102 II 363, E. 4; - BGE 124 III 182, E. 5; - *Oftinger K.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich, 1975, sh. 162; *Brehm R.*, BK, 41 OR, N 177 vd.; *Honsell H.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich, 2000, paragraf 6, N 14 vd.

⁷ Bu böyle olmakla birlikte, İsviçre’de, gerek öğreti, gerek yargı, bu konuda bir parça *belirsizlik, tereddüt, karışıklık, karmaşıklık, vb.* içermektedir.. Bkz. örn.: BGE 92 II 9, E. 5, 13; BGE 102 II 363, E. 4; BGE 111 V 58, E. 3a; BGE 124 III 182, E. 5; - *Brehm R.*, age., 41 OR, N. 172 vd., ayrıca, oradaki yollamalar; *Bucher E.*, age., 16 ZGB, N. 4 ve 4a, 19 ZGB, N. 380; *Werro F.*, age., 41 OR, N. 95.

salt varlığı değil de kapsamı / sonuçları yönünden kusurun ağırlığının belirlenmesinde rol oynayabilecekleri düşünülebilir. Böylece, sorumluluğun varlığı değilse de, sorumluluğun sonuçları açısından, kusurun ağırlığı ayırt etme gücünün derecesine⁸ göre belirlenmiş olacaktır.

Fiil (işlem, muamele, medenî hakları kullanma, vb.) *ehliyeti* bağlamında, ayırt etme gücü (bilinçli serbest irâde) bakımından şu ilkenin geçerli olduğu belirtilmektedir: Ya hep, ya hiç⁹! Hukukî işlemi yapan kişi, ayırt etme gücüne ya sahiptir, ya değildir. Buna bağlı olarak, hukukî işlem (muamele) de ya geçerlidir, ya geçersizdir. Tamamen ya da kısmen geçerli veya tamamen ya da kısmen geçersiz olamaz..

Oysa *kusur* ehliyeti söz konusu olduğunda, bu ilke mahiyet değiştirmekte ve göreli¹⁰ bir görünüm almaktadır. Bu alanda, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi ve bu derecelendirmeye göre hukukî sonuçların da derecelendirilmesi mümkün görülebilmektedir. Böylece, haksız eylem alanında, zarar giderim yükümü, ayırt etme gücünün derecesine bağlı olarak az veya çok olabilecektir.

Ayırt etme gücü, hukukî işlemin bir ögesi/koşulu/vb. olduğu gibi, haksız eylemin de bir ögesi/koşulu/vb.'dir. Bu gücün derecelendirilebileceği kabul edilirse aynı ya da farklı kişiler, değişik bağlamlarda, değişik ölçülerde/derecelerde (az, az çok, orta, iyiden iyiye, çokça, tam olarak vb.) bu güce sahip olabileceklerdir. Bu bağlamda, kusur için, ya vardır ya yoktur, az ya da çok olamaz denemez, zirâ, bilindiği üzere, kusur kasdî, ağır veya hafif olabilir¹¹. Oysa, İsviçre'de öğreti ile yargısal uygulamada bir görüşe göre, ayırt etme gücü hakkında bunu söyleyebilmek mümkün değildir, çünkü bu güç vardır, ya da yoktur¹²: Orada, bazı yazarlar ve bazı yargı kararları tarafından dile getirilen bu anlayış uyarınca, bu güç belirli derecelerde (çok az, az, biraz, az çok, orta iyiden iyiye, çokça, tam olarak,

⁸ Bu konu ve bu konudaki tartışmalar hk., bkz. örn. ve özel.: *Werro F.*, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité, Etude critique et comparative, Thèse Fribourg, 2^e éd., Fribourg, 1986, n. 203 vd.; agy., ComRom-Werro, 41 CO, N. 95; *Bucher E.*, age., 16 ZGB, N. 4a, N. 110, 19 ZGB, N. 380; *Brehm R.*, age., 41 OR, N. 172 vd. ile oradaki yollamalar; *Keller M./Gabi-Bolliger S.*, Das schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main, 1988, Bd. II, sh. 65-66 ve orada yapılan yollamalar; *Keller A.*, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bd. I, 4. Aufl., Bern, 1978/1979, sh. 76; *Deschenaux H./Tercier P.*, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne, 1982, 7, n. 10; - BGE 102 II 363, E. 4, 366 (JdT 1977 I 306); BGE 104 II 184 vd.; - ayr.: BGE 124 III 182, E. 5; TF, SJ 2001 I 110.

⁹ Bu doğrultuda, bkz. *Bucher E.*, age. (BK), N. 3.

¹⁰ Bu yönde, bkz. özel. BGE 102 II 363 = Pr. 1977, Nr. 28, sh. 71 vd. (73), E. 4; - bkz. ayr. *Bucher E.*, age. (BK), Art. 16, N. 4 ve N. 4a.

¹¹ Bu hususta geniş açıklamalar için, bkz. özellikle *Koçhisarlıoğlu C.*, age., özel, 3.2.2.

¹² Bkz. örn.: *Brehm R.*, age., 41 OR, N. 172 vd. ile orada yapılan yollamalar; - BGE 102 II 363, E. 4, 366.

vb.) var ya da yok olamaz¹³: Bu fikrin dayanağı şu gözükmektedir: Ayırt etme gücü, aynı zamanda, hukukî işlem ehliyetinin de bir koşuludur; oysa bu ehliyet kısmî, sınırlı, az, çok, vb. olarak tasarlanamamalıdır.. Çünkü, ehliyet açısından, bir hukukî işlem ya geçerli, ya da geçersiz kabul edilebilir¹⁴..

Türk hukuku ve İsviçre hukukunda genelde benimsenen objektifleştirilmiş kusur teorisi (kuramı, nazariyesi, vb.) olarak nitelendirilen kusur teorisi bağlamında, kural olarak, kusurun ağırlık derecesinin, davranışta bulunanın şahsı, zihnî, mânevî ve rûhî hâli göz önüne alınmaksızın s o y u t tarzda (*in abstracto*) belirlenmesi gerekir. Kusurun ağırlığı, davranışta bulunanın yalnız dış davranışına bakılarak, onun maddî ve objektif (nesnel) özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.

Bununla birlikte, davranışta bulunanın şahsına ilişkin b a z ı mânevî özellikler, değişik biçimlerde yine de göz önüne alınabilir. Bu mümkün görünmektedir.. Beklenen davranış normu ve bu norma aykırılığın saptanmasında o b j e k t i f ölçütlere dayanılmakta ve fakat ayırt etme gücünün varlığı ve derecesinin belirlenmesinde s ü b j e k t i f ölçütlere dayanılmakta olduğu gözlemlenmektedir..

Objektifleştirilmiş olarak nitelenegelen kusur anlayışında, ayırt etme gücünün varlığının somut yöntemle (*in concreto*) araştırılması oldukça tabiidir ve bunun böyle olduğu yakından bilinmektedir.. Zaten, başka türlü, objektifleştirilmiş kusur değil de tamamen objektif kusur söz konusu olurdu. Ama, ayırt etme gücünün derecesi yönünden aynı şey söylenemeyebilir. Bu suretle, biraz garip görünse de, sorumluluğun varlığı bakımından olmasa da, sorumluluğun k a p s a m ı / s o n u ç l a r ı bakımından ayırt etme gücü derecelendirilmeye çalışılmakta, böylece sorumluluğun varlığı düzleminde değil ve fakat sorumluluğun kapsamı / sonuçları düzleminde kusurun ağırlığı ayırt etme gücünün d e r e c e s i n e göre belirlenmekte olmaktadır.

Burada önemle belirtmek gerekir ki, sorumluluğun varlığı yönünden de – farklı çözüm yerine – a y n ı çözüm tasarlanabilir.. Ama bu tür bir çözümün önünde şu mutlak engelin bulunduğu düşünülmektedir: *Kusur* değişik derecelerde var olabilir, fakat *ayırt etme gücünün* kendisi değişik derecelerde var olamamalıdır, zirâ bu güç sadece haksız eylemin değil, aynı zamanda *hukukî işlemin* de vazgeçilmez bir koşuludur. Oysa hukukî işlemin ne varlığı ne geçerliği d e r e c e l e n d i r i l e b i l i r¹⁵ denmektedir. O nedenle tıpkı hukukî işlem alanında olduğu üzere, haksız eylem alanında da

¹³ Farklı görüş için, bkz. özel. *Werro F.*, ComRom-Werro, 41 CO, N. 95.

¹⁴ Bu hususta, bkz. örn.: BGE 111 V 58, E. 3a; BGE 117 II 231, E. 2.

¹⁵ Bkz. örn. ve özel. BGE 111 V 58, E. 3a, BGE 117 II 231, E. 2.

ayırt etme gücü ya t a m a m e n vardır, ya h i ç y o k t u r¹⁶! Gereğinde, *kusurun* gerek varlığı gerek derecesi daha sonra – yani bir kere haksız eylem ehliyeti ve böylece haksız eylem sorumluluğunun varlığı tespit edildikten sonra – incelenebilir ve bu aşamada davranışta bulunanın şahsı, zihnî, mânevî ve rûhî hâli (örneğin yaşının küçüklüğü, vb.) göz önüne alınarak, bu gibi özellikleri kusurunun derecesinin belirlenmesinde h a f i f l e t i c i etmen (faktör) olarak hesaba katılabilir.

Yine İsviçre hukukunda, tüm bu aşamalar, ayırt etme gücü ve bu suretle haksız eylem ehliyetinin varlığı, kusurun varlığı ve nihayet kusurun derecesinin tespiti a ş a m a l a r ı ortadan kaldırılarak, bir hamlede, davranışta bulunanın şahsı, zihnî, mânevî ve rûhî hâlinin (örneğin yaşının küçüklüğünün) kusurunu hafifletebileceği (olduğundan daha hafif gösterebileceği, vb.) ve böylece de tazminattan indirim yapılmasına yol açabileceği de kabul edilebilmektedir¹⁷. – Ağır olarak nitelendirilmesi gereken bir kusur, bir *çocuk* tarafından işlendiğinde h a f i f olarak nitelendirilebilmekte¹⁸ ve tazminattan indirim yapılabilmektedir. – Böylelikle, davranışta bulunanın şahsı, zihnî, mânevî ve rûhî özellikleri gibi tamamen kişisel özelliklerinin, ayırt etme gücünün varlığı ile kusurun varlığı bağlamında (aşamalarında) hesaba katılmadan, doğrudan ve t o p t a n kusurun derecesi (ağırlığı), yani sorumluluğun sonuçları/kapsamı bağlamında (aşamasında) hesaba katılmasına da tank olunmaktadır.

Görüldüğü üzere, haksız eylem sorumluluğunun varlığı ile kusurun varlığı yönlerinden ayırt etme gücünün derecelendirilebileceği kabul edilmese dahi, kusurun ağırlığı/sonuçları yönünden bu gücün derecelendirilebileceği yollu düşünce kabul de görebilmektedir.. Böylece de, gerek sorumluluğun kapsamı, gerek sorumluluğun çeşitli sorumlular veya zarar veren ile zarar gören arasında paylaşılması söz konusu olduğunda, ayırt etme gücü derecelendirilerek karar verilebileceği fikri de taraftar bulmaktadır.

Soruna yaklaşım çerçevesinde, önemle belirtelim ki, kusur söz konusu olduğunda, genel davranış kuralının belirlenmesi ile yüklenebilirliğin belirlenmesinin birbirinden f a r k l ı oldukları kabul edilmelidir.. Genel davranış kuralı belirlenirken, t ü m durum ve koşulların hesaba katılmaları

¹⁶ Bkz. örn. ve özel.: *Brehm R.*, age., 41 OR, N. 172 ve orada yaptığı yollamalar; BGE 102 II 363, E. 4; - aksi yönde, bkz. örn. *Werro F.*, ComRo-Werro, 41 CO, N. 95.

¹⁷ Bkz. BGE 124 III, 182, E. 5.

¹⁸ Bkz. örn. ve özel.: BGE 90 II 9, E. 5, 13; BGE 124 III 182, E. 5; BG/TF, SJ 2001 I 110.

Bu hususta, genel olarak, bkz. *Brehm R.*, age., 43 OR, N. 76 vd.: İsviçre'de, çocuğun kusurunun hafifliği nedeniyle tazminattan indirim yapılmasına sıcak bakılmakta olduğu, mahkemelerin bu yolda uygulama tesis ettikleri anlaşılmaktadır. Yaş küçüklüğünü kusurun ağırlığını hafifletici etmen olarak göyerek tazminattan indirim yapma yoluna giden İsviçre mahkeme kararları hk., bkz. özel.: *Brehm R.*, age., 41 OR, N. 177 vd., 43 OR, N. 76 vd.; *Honsell H.*, age., par. 6, N. 14 vd.

yerindedir¹⁹. Bunlardan, davranışta bulunanın zihnî, mânevî ve rûhî gücü ile özelliklerini de ğ i ş t i r e b i l e c e k türden bazılarının göz önünde tutulması gerekebilir. Bizim kişisel *konumumuz* uyarınca²⁰, davranışta bulunan bakımından kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullar genel davranış kuralının içerik ve kapsamını etkileyebilirler. Örneğin, davranışta bulunanın tanık olduğu üzücü bir *kaza* bu türden bir etkiye sahip olabilir. Böyle bir olay, onu fazla heyecanlandırmış olabilir.. Böyle bir durumda, davranışta bulunanın olağandan az özen göstermesi kabul edilmelidir.

Ama, böyle bir ihtimâlde, davranışta bulunanın olağandan az özen göstermesiyle yetinilebilmesi, onun rûhî durumu, bu durumun etkilenmesi ve de ayırt etme gücünün (bizce bilinçli serbest irâdenin) kullanılmasının (somut yüklenebilirliğin) belirli ölçüde 'sübjektif' tarzda belirlenmesinden kaynaklanmayacak, gereken ve beklenen özenin azalmasıyla kaynaklanacaktır.. O nedenle de, böyle bir durumda, davranışta bulunanın rûhî bakımdan etkilenmesi, davranışının kendisine yüklenebilirliği bağlamında değerlendirilmeli²¹ de, genel davranış kuralı bağlamında değerlendirilmelidir²².

Bu ihtimâl bir yana bırakılırsa tamamen geçici²³ türden zayıflık, engel ve özürler kusur belirlenirken hesaba katılamamalıdır diyoruz. Olsa olsa, az çok süreklilik gösteren yapısal²⁴ türden bozukluklar, bizim kişisel terminolojimize göre dar anlamda somut yüklenebilirliğin, diğer bir deyişle ayırt etme gücü, yani bilinçli serbest irâdenin somut olarak kullanılmasının, farklı bir anlatımla kasd, ihmâl veya tedbirsizliğin değerlendirilmesinde hesaba katılabilmelidirler diyoruz.. Bunu zihnî, mânevî ve rûhî eksiklikler hakkında da söyleyebiliriz. Zirâ, geçici olan durum ve koşullar, davranışta bulunan bakımından kişisel olan, iç nitelikli, sübjektif ve egemen olabileceği mahiyetteki durum ve koşullardan sayılmalıdırlar.. Oysa, geçici olmayan durum ve koşullar, davranışta bulunan bakımından, kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullardan sayılmalıdır.. Örneğin, geçici kalbî bir heyecan, rûhî bir kaygı, vb. ayırt etme gücünün (bilinçli serbest irâdenin) kullanılması (somut yüklenebilirlik, kasd, ihmâl veya tedbirsizlik) bağlamında göz önünde tutulamamalıdır. Fakat,

¹⁹ Bu hususta, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., özel. 2.2.3 altında 2.2.3.3.'teki açıklamalarımız.

²⁰ Bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., 2.2.3.3.

²¹ Aksi görüş için, bkz. *Savatie R.*, Traité de la responsabilité civile, Préface *G. Ripert*, t. I, Les sources de la responsabilité civile, 2° éd., Paris, 1951, no 169.

²² Bu yönde, kşz. *Dejean de la Batie N.*, Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français, Thèse Paris, Paris, 1965, no 116.

²³ Kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücü kavramını etkilemesi açısından, buna dâir, bkz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N. 124.

²⁴ Objektifleştirilmiş kusur ile ayırt etme gücü arasındaki ilişkiler bakımından, buna dâir, bkz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N. 124.

davranışta bulunan yönünden *hastalık* düzeyine erişen, ya da onun *çocukluk, yaşlılık, cinsiyet, vb.* nedenlere bağlı bu türden özellikleri göz önüne almalıdır²⁵.

Eğer ayırt etme gücünün derecelendirilebileceği görüşü benimsenecek olursa şöyle bir durum ortaya çıkacaktır. Bu gücün – ki, biz, şahsen, buna bilinçli serbest irâde diyoruz²⁶ - varlığı ilke olarak somut yöntemle (*in concreto*) saptanmakla kalmayacaktır. Bu suretle, bu güç, değişik kişilere göre tamamen kişiselleştirilerek iyiden iyiye ve ayrıntılı biçimde somutlaştırılmış da olacaktır.. Böylece de, ayırt etme gücü yerine, ayırt etme gücü derecesi konulmuş olacaktır. Ve, ister istemez, sorumluluk da, ayırt etme gücünün somut varlığıyla değil de, bu gücün somut derecesiyle belirlenecektir. Artık, ‘ayırt etme gücüne sahip kişi sorumlu, bu güce sahip olmayan ise sorumsuzdur’ denemeyecektir! Bunun yerine, kişi ayırt etme gücü ölçüsünde sorumlu ya da sorumsuz olacak, sorumluluk bu güç oranında azalabilecek veya çoğalabilecektir.

Ve böylece de, bizce, ayırt etme gücüne tam olarak değil de kısmen sahip kişi, genel davranış kuralını ihlâl ettiğinde²⁷, dolaylı olarak, bu kuralı kısmen ihlâl etmiş sayılacaktır. Bu suretle de, genel davranış kuralı ile bu kuralın soyut ihlâlinin (dar anlamda yüklenebilirliğin, yani kasd ile ihmâlin/tedbirsizliğin) belirlenmesinde hesaba katılmaması gerektiğini düşündüğümüz, davranışta bulunanın ait olduğu insan kategorisine dahi değil de, tamamen şahsına özgü, tamamen kişisel ve sübjektif durum ve koşullar, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi yoluyla söz konusu bu iki belirlemede de hesaba katılacaklardır..

Zirâ, somut yöntem ile (*in concreto*) tespit edilen ayırt etme gücünün (bilinçli serbest irâdenin) yine somut yöntem ile derecelendirilmesi ve bu şekilde sorumluluğun sonuçlarının (kapsamının, vb.) tespitinin şöyle bir etkisi de olacaktır. Böyle bir konum, gerek genel davranış kuralının içeriği, gerek bu kuralın ihlâlinin – bizce dar anlamda yüklenebilirlik olan kasd ve ihmâlin/tedbirsizliğin – soyut yöntem ile (*in abstracto*) tespitinin sonuçlarını büyük oranda yok eder.. Kusurun böyle ortaya konması, bir açıdan da, *sübjektif* kusur anlayışına prim kazandıracak mahiyette görünmektedir. Bu ise objektifleştirilmiş kusur anlayışı benimsenmekteyken, kusurun yeniden sübjektifleştirilmesi demek değil de nedir? Böyle bir durumda, artık objektifleştirilmiş kusurdan söz edilmesi pek de doğru gözükmemekte,

²⁵ Kusur bağlamında, genel davranış kuralının belirlenmesinde de *teklif* ettiğimiz, bu husustaki genel ölçütlerimiz hk., bkz. *Koçhisarlıoğlu C., age., özel. 2.2.3.3.*’te yer alan geniş açıklamalarımız.

²⁶ Bkz. *Koçhisarlıoğlu C., age., özel., 2.3.*

²⁷ Bu kuralın anlam ve ihlâli konularında, bkz. *Koçhisarlıoğlu C., age., özel. 2.2. ile 2.3.* altındaki açıklamalar.

bunun yerine s ü b j e k t i f l e ş t i r i l m i ş o b j e k t i f kusurdan söz edilmesi daha bir uygun düşmekte değil midir?

Bizim *kişisel* düşüncemize göre, kusur kavramı ayırt etme gücünün varlığını zorunlu kılmalıdır. Söz konusu gücün (bilinçli serbest irâdenin) yalnız v a r l ı ğ ı n ı n , yani geniş anlamda yüklenebilirliğin belirlenmesi aşamasında, davranışta bulunanın şahsını ilgilendiren özellikleri göz önüne alınmalıdır. Zirâ, hep bize göre ve bizim kişisel kusur yaklaşımımız²⁸ çerçevesinde, davranışta bulunanın bu tür özellikleri, onun yönünden kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullar niteliğindedirler. Böyle durum ve koşullar, davranışın kusur oluşturup oluşturmadığı irdelenirken hesaba katılabilir, çünkü davranışta bulunanın yalnız şahsına özgü olmayıp, onun ait bulunduğu insan kategorisine de ait olabilirler.

Fakat, ayırt etme gücünün k u l l a n ı l m a s ı n ı n , yani dar anlamda yüklenebilirliğin (kasdın, ihmâlin/tebirsizliğin) belirlenmesi aşamasında aynı şey söylenememelidir. Bu aşamada, davranışta bulunanın, ait olduğu insan kategorisine değil de tamamen şahsına özgü özellikleri göz önüne alınmalıdır.. Zirâ, böyle özellikler, onun kişisel, iç nitelikli, sübjektif ve egemen olabileceği durum ve koşullardan kabul edilmelidir görüşündeyiz.

O nedenle, örneğin davranışta bulunanın yaşının *küçüklüğü* onun ayırt etme gücünün yokluğuna yol açıyorsa bu hesaba katılabilmelidir. Onun yaşının küçüklüğü, bilinçli serbest irâde ile akla uygun hareket edebilmesine engel oluşturmaktaysa, bu husus hesaba katılarak kusur ehliyetinin var olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Çünkü, açıktır ki, yaş küçüklüğü, davranışta bulunan yönünden, kişisel olmayan, dış nitelikle, objektif ve egemen olamayacağı bir özellik, bir durum ve koşul mahiyetinde görülmelidir. Ama, davranışta bulunanın yaşının küçüklüğü onun ayırt etme gücünün yokluğuna yol açmıyorsa, böylece onun ayırt etme gücüne (bilinçli serbest irâdeye) sahip olduğu ve bu suretle geniş anlamda yüklenebilirliği (isnâdiyeti) şahsında taşıdığı bir kere sabit olduktan sonra, artık farklı düşünülmemelidir. Bu aşamada, yani ayırt etme gücünün (bilinçli serbest irâdenin) kullanılması aşamasında, dar anlamda yüklenebilirlik işlemi gerçekleştirilir, davranışta bulunanın ayırt etme gücünü kullanıp kullanmadığı, kullanmışsa hangi doğrultuda kullandığı belirlenirken şöyle muhakeme yürütülebilir. Artık, onun çocuk olarak kişisel zaafı, dikkatsizliği, pek kaygılı olmayışı, kötü alışkanlıkları, karakterinin zayıflığı, vb., kısaca kişiliğinin tüm olumsuzlukları kendisine yüklenebilmeli, bunlar genel davranış kuralını ihlâl eden davranışının ona mal edilmesine (yüklenmesine, vb.) engel oluşturamamalıdır/olusturmamalıdır.. Zirâ, bu tür özellikler, onun yönünden, tamamen kişisel, iç nitelikli, sübjektif ve egemen olabileceği durum ve koşullardır.

²⁸ Bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age.

Ancak, *biz*, genel davranış modeli ve onun model davranışını, çeşitli insan kategorilerine bağlı şekilde belirlemeyi uygun görmekteyiz²⁹. O nedenle, bu ihtimâlde dahi, davranışta bulunanın yalnız kendi şahsına özgü olmayan ve fakat onun ait olduğu insan kategorisinin özelliklerini yansıtan özellikleri de hesaba katılabilmelidir. Örneğin davranışta bulunanın bir çocuk olduğunu kabul edersek, söz konusu çocuğun ayırt etme gücü varsa, onun kendi yaş ve durumundaki çocukların sahip oldukları özellikleri – ki bunlar genel mahiyettedirler -, yani davranışta bulunanın çocuk olarak sahip olduğu özellikleri de, ayırt etme gücünün kullanılması, böylece – bizce – dar anlamda yüklenebilirlik belirlenirken hesaba katılabilmelidir. Zirâ, bu tür durum ve koşullar, davranışta bulunan yönünden tamamen kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullardır.

Bu suretle, sonuçta, *biz*, *soyut-geniş* yüklenebilirlik olarak da isimlendirdiğimiz ayırt etme gücü, yani bilinçli serbest irâdenin varlığının somut ve *somut-dar* yüklenebilirlik olarak da isimlendirdiğimiz ayırt etme gücü, yani bilinçli serbest irâdenin kullanılması ise soyut tarzda değerlendirilmesini teklif etmekteyiz.

Bununla beraber, burada altını çizerek belirtmek gereğini duymaktayız ki, belirleyici olan kelimeler olmayıp içerik olmalıdır.. Değerlendirme yönteminin ismi önemli olmayıp, onun nasıl anlaşıldığı önemlidir. Bizce soyut yöntem ile (*in abstracto*) değerlendirme, somut hiçbir veri/olgu hesaba katılmaksızın tamamen yalın, saf, katıksız, vb. tarzda soyut muhakeme yürütmek demek olamaz/değildir! Ve, yine tersine, somut yöntem ile (*in concreto*) değerlendirme de, soyut hiçbir veri/olgu hesaba katılmaksızın tamamen yalın, saf, katıksız, vb. tarzda somut muhakeme yürütmek demek olamaz/değildir³⁰! Bizim açımızdan, somut yöntem ya da soyut yöntem (*in concreto* ya da *in abstracto*) ile iş görmek söz konusu olduğunda, önemli olan, davranışta bulunanın davranışın soyut bir insan modeli örnek alınarak değerlendirilip değerlendirilmemesi olamaz! Önemli olan, söz konusu model belirlenirken, davranışta bulunanın kendi şahsına özgü özelliklerinin/durum ve koşulların – da – hesaba katılıp katılmayacağı ve eğer katılacaksa bunun ne ölçüde yapılacağıdır³¹! Çünkü, somut yöntem ile iş görüldüğünde de, mutlaka ve mutlaka belli bir modele başvurularak hareket etme zorunluğu vardır.. Gerçekten, her yargı – ister istemez – bir karışılma şartını zorunlu kılar! O hâlde, değerlendirilmesi söz konusu olan somut davranış somut yöntem ile (*in concreto*) değerlendirilse dahi, bu davranışın soyut bir modelin davranışıyla karşılaştırılması şart olmalıdır! Öyleyse, burada, asıl sorun,

²⁹ Bkz. Koçhisarlıoğlu, C., age., özel. 2.2.2.

³⁰ Buna dâir, bkz. özel. Koçhisarlıoğlu C., age., özel. 2.2., 2.3. ve çok değişik diğer yerler.

³¹ Bkz. özel. Koçhisarlıoğlu C., age., özel. 2.2.1.

andığımız model saptanırken, hangi durum ve koşulların hesaba katılabileceği ve hangilerinin ise hesaba katılamayacağı sorunu olmalıdır³². Böylelikle, şu sonuca varılabilir sanıyoruz. Olayda, davranış modeli soyut kişi ile bu kişinin soyut model davranışı belirlenirken, davranışı irdelenen somut kişinin şahsına ilişkin özellikleri göz önüne alınacak ise – hiç olmazsa temelde – somut yöntem ile, bu özellikleri göz önüne alınmayacak ise – hiç olmazsa temelde – soyut yöntem ile iş görülecek/görülmekte demektir. Ve, onun içindir ki, ayırt etme gücünün – bizim değişimiz ile bilinçli serbest irâdenin – varlığına dahi, soyut bir insan tipi modeli oluşturularak ve bu modelin, olayda, davranışta bulunanın somut özelliklerini taşıdığı varsayılarak belirlenebilmesi de, görüşümüze göre, olanaklı kabul edilebilir.

Sübjektif kusur anlayışı bir yana bırakılırsa, İsviçre hukuku ve Türk hukukunda egemen kusur anlayışını oluşturan objektifleştirilmiş kusur anlayışı ile – haydi haydi – objektif kusur anlayışı bakımından, kusurun ağırlığı, davranışta bulunanın şahsı ve kişisel özellikleri hesaba katılarak değerlendirilememelidir. Bu hususta, dedik ki, belki de bir istisnâ söz konusu olabilir, o da, ayırt etme gücünün – en azından haksız eylemin sonuçları, tazminatın kapsamı, vb. yönünden – derecelendirilebilmesidir.

Objektif kusur teorisinde, ayırt etme gücünün varlığı aranmadığından, bu gücün derecelendirilmesi sorunu da, tabii ki, gündeme gelemez! Ama, objektifleştirilmiş kusur çerçevesinde bu ihtimâl gündeme gelebilir. Bu tür kusur anlayışında, ayırt etme gücü kişiye bağlı olarak derecelendirilebilir ya da bu derecelendirme – söz konusu gücün varlığı bakımından olmasa dahi, hiç olmazsa – kusurun varlığı ile ağırlığı bakımından göz önünde tutulabilir ise, davranışta bulunanın bazı özellikleri, özellikle kusurun ağırlığı ve buna bağlı olarak da sorumluluğun sonuçları (kapsamı, tazminatın miktarı, vb.) açılarından hesaba katılabilir değil midir?

Bu ihtimâlin dışında, objektifleştirilmiş kusur bağlamında, kusurun ağırlığı, davranışın kendisi değerlendirilerek belirlenecek demektir. Bu bağlamda, davranış yalnız dış, maddî ve objektif nitelikleri itibâriyle ele alınmalı, ölçülüp biçilmeli, tartılmalıdır. Buna uygun olarak, ayırt etme gücünün varlığı ile derecesinin somut tarzda değerlendirilmesi imkânı – ki bu imkân tartışmaya açık gözükmektedir – bir yana bırakılacak olursa, kusurun derecelendirilmesi ve bunun sonucu olarak sorumluluğun sonuçları/kapsamı (tazminatın miktarı, vb.), davranışta bulunanın ne bilinci, ne de irâdesi göz önüne alınarak yapılmalıdır/yapılabilir.

Bizce, kusurun ağırlığı somut değerlendirme (*in concreto*) yöntemi ile değil ve fakat soyut değerlendirme (*in abstracto*) yöntemi ile belirlenmelidir. Kusurun kendisinin soyut tarzda tespiti gerektiği gibi,

³² Bkz. Koçhisarlioğlu C., age., 2.2.3.

kusurun ağırlığı ve buna bağlı olarak sorumluluğun sonuçlarının/kapsamının (tazminatın miktarının, vb.) da soyut tarzda tespiti gerekir. Bu bağlamda, kusurun kendisinin soyut olarak, sorumluluğun sonuçlarının/kapsamının (tazminatın miktarının) ise somut olarak belirlenebileceği yönündeki düşünce kabul görmemelidir. Bundan başka, kusurun derecesi, davranışta bulunanın kendi şahsını ilgilendiren durum ve koşullar (çocuğunun diploma törenine gecikmemek için hızla araba kullanan bir annenin kusurunun, zevki için hızlı araba kullanan bir bayanın kusuruna oranla daha bir hafif görülmesi gibi) göz önünde tutularak da tespit edilememelidir.. Aynı şekilde, davranışta bulunanın kişisel özellikleri (yaşı, cinsiyeti, hastalıkları, vb.) de kusurun ağırlığının ortaya konmasında önem taşımamalıdır. Zirâ, bu tür veriler, daimâ bizce, kusur kavramı bağlamında, genel davranış kuralı, bu kuralın ihlâli ve bu ihlâlin üklenebilirliği söz konusu olduğunda göz önüne alınmakta ya da alınmamaktadır.. Bu gibi verilerden, özellikle ya ş hesaba katılabilmektedir.

İsviçre, Türk ve Alman hukuklarında genel kabul gören objektifleştirilmiş kusur teorisi düzleminde – tıpkı sübjektif kusur teorisi düzleminde olduğu üzere -, davranışta bulunanın yaşı da göz önünde tutularak kusurlu olup olmadığı belirlenmektedir.. Bu böyledir, zirâ, sübjektif kusur anlayışı bağlamında davranışta bulunanın somut *şahsından* yola çıkılmalıdır; objektifleştirilmiş kusur anlayışı bağlamında ise genel insan *kategorilerinden* hareket edilmeli ve davranışta bulunanın ait olduğu insan kategorisinin (örneğin çocuk, kadın, yaşlı, vb.) özelliklerinden yola çıkılmalıdır.. O nedenle, zaten hesaba katılmış bulunan – örneğin yaş gibi – bir verinin/olgunun, daha sonra, bir kere de, kusurun ağırlığının tespiti aşamasında da hesaba katılması düşünülmemelidir.. Aynı şey, davranışta bulunanın davranışının *s a i k i* bakımından haydi haydi geçerli olmalıdır. Zirâ, bu, soyut değerlendirmeye tamamen yabancı, tümüyle *k i ş i s e l* mahiyette bir durum ve koşuldaki ibâret sayılmalıdır. Davranışta bulunanın ait olduğu insan kategorisine ait orta bir özellik dahi olmayıp da, onun tamamen kendisine *ö z g ü* kişisel bir özellik nasıl olabilir de kusurun derecesinin tespitinde herhangi bir rol oynayabilir ki? Bu tür bir özellik, kusurun derecesinin belirlenmesi şöyle dursun, kusurun *v a r l ı ğ ı n ı n* belirlenmesi söz konusu olduğunda bile göz önüne alınabilmesi düşünülemeyecek mahiyette sayılmalı değil midir? Ayrıca bu nedenle de aksi çözümün reddi gerekmez mi? Kusurun varlığı bakımından hesaba katılamayan bir özellik, nasıl olabilir de kusurun derecesi bakımından hesaba katılabilir ki? Her şey bir yana, tersine çözüm *s i m e t r i k* de olmaz.

Sorumluluğun varlığı bakımından, ayırt etme gücünün salt varlığı yeterli görülebilir ve bu gücün derecesi ne olursa olsun kişi kusur işleme ehliyetine sahip sayılarak sorumlu tutulabilirse de, sorumluluğun sonuçları/kapsamı bakımından farklı çözüm benimsenebilir görüşü kabul edilecek olursa şöyle bir durum ortaya çıkacaktır. Haksız eylemin sonuçları

belirlenirken, hesaba katılacak durum ve koşullar arasında, yasa gereği (İBK ve TBK 43), kusurun ağırlığı da yer alır. Bunun içindir ki, denebilir, ayırt etme gücünün - muhtemel - derecesi sorumluluğun kapsamı yönünden önem taşır. Zirâ, ayırt etme gücünün derecesi dolaylı olarak kusurun derecesi ve kusurun derecesi de dolaylı olarak sorumluluğun kapsamını (tazminatın miktarını) etkileyecektir. Ama, böyle yapılırsa, sonuçta, kusur da, sorumluluk da, zorunlu surette, s ü b j e k t i f l e ş t i r i l m i ş olmayacaklar mıdır?

Bu şartlarda, kusur bağlamında, genel davranış normunun gerek içerik, gerek ihlâlî saptanırken, objektif bir ölçüt ve s o y u t değerlendirme yöntemi (*in abstracto*) ile iş görüldüğünü söyleyebilmek, b i z c e , pek de mümkün görünmemektedir.. Farklı fikrin, ayırt etme gücünün varlığını gerektirmesi bir yana bırakılırsa objektif bir mahiyet gösteren objektifleştirilmiş kusur kavramıyla pek de bağdaştırılabileceğini sanmamaktayız. Gerçekten, bu tür bir muhakeme şeklinin soyut-objektif değerlendirme yöntemi bakımından b i r a n l a m ı olamaz!

Bize göre, bu muhakeme şekline itibâr edilmesi, sübjektif kusur anlayışının, dolaylı yoldan, objektifleştirilmiş kusur kavramına - ayırt etme gücünün varlığı zaten aranmakta olduğundan - biraz daha dahil edilmesi, sokulması, vb. sonucunu doğuracaktır.. Bu suretle, objektifleştirilmiş kusur kavramı, objektif olmaktan biraz daha çıkarılıp, biraz daha s ü b j e k t i f l e ş t i r i l m i ş olacaktır.

Bu saptamaya karşı şöyle bir itiraz ileri sürülebilir. Denebilir ki, bu tür bir kusur ve bu tür bir sorumluluk anlayışı, sadece ve sadece ayırt etme gücüne t a m olarak sahip olmayanlar hakkında söz konusu olabilir. Bu nedenle, objektifleştirilmiş kusurun böylece biraz daha sübjektifleştirilmiş olacağı yönündeki gözlem/tespit tamı tamına isabetli sayılamaz! Bu doğrudur. Zaten, İsviçre Federal Mahkemesi'nin soruna ilişkin - andığımız - kararında³³ da bu hususun üstüne basılarak belirtilmeye çalışıldığını görmekteyiz. Ancak, yine aynı kararda altı çizilerek üstelendiği üzere, ayırt etme gücünün - yerine göre - derecelendirilmesinden, yalnız bu güce kısmen sahip olmaları ihtimâli daha fazla olan ç o c u k l a r ve b e n z e r l e r i değil ve fakat diğer insanlar da, yani t ü m insanlar yararlanabileceklerdir!. Her kişi, ayırt etme gücünün az veya azalmış olduğunu ileri sürebilecektir. Ve bunu, zarar verenler iddia edebilecekleri gibi, z a r a r g ö r e n l e r d e - kusurlarını daha hafif göstermek amacıyla - iddia edebileceklerdir. Bu ise a z rastlanabilen bir durum olmayacaktır. Her kişi, yerine göre, ayırt etme gücünü az veya çok kaybedebilir, ya da bu güçten tamamen yoksun kalabilir.. Ayırt etme gücünün kısmîliğinden dahi hukukî sonuçlar çıkarma imkânının hukuk öznelere tanınması, bir bakıma olsun, kusur

³³ Bkz. BGE 102 II 363.

sorumluluğunu i ş l e m e z duruma getirmek, onu ç ı k m a z a sokmak demek değil midir?

Ayirt etme gücünün derecelendirilmesi ve bunun sorumluluğun varlığı yönünden olmasa dahi, en azından sorumluluğun sonuçları (kapsamı, tazminatın miktarı, vb.) yönünden hesaba katılabileceği yollu görüş, bize şu açıdan da pek yerinde gözükmemektedir. Bizce, ayirt etme gücünün kusur üzerindeki e t k i s i hususunda doğru olmayan bir konum benimsenmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, hep bizce, ayirt etme gücü, kusurun v a r l ı k veya y o k l u ğ u ile doğrudan bağlantılıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin andığımız kararında (BGE 102 II 363, E. 4) da bu noktanın altı çizilmektedir: Eğer ayirt etme gücü var ise haksız eylem ve dolayısıyla sorumluluk da vardır, eğer ayirt etme gücü yok ise haksız eylem ve dolayısıyla sorumluluk da yoktur! Fakat, ayirt etme gücü, kusurun d e r e c e s i ile doğrudan bağlantılı değildir! Sözünü ettiğimiz *Federal Mahkeme* kararında iddia edildiğinin *tersine*, ayirt etme gücünün derecelendirilebileceği kabul edilse dahi, bunun kusur ve dolayısıyla sorumluluğun derecesini etkileyebilmesi mümkün görünmemektedir.. Zirâ, belirtilen karardaki konumun aksine, ayirt etme gücünün derecesinin kusurun derecesi ile hiçbir b a ğ ı n t ı s ı olamaz/yoktur! Karardaki gibi bu gücün derecelendirilebileceği düşüncesine itibâr edilse bile, kararda benimsenen fikirden farklı olarak, *bu gücün derecesi kusurun da derecesini tayine yarayamaz* ve dolayısıyla *sorumluluğun derecesini etkilemesi de söz konusu olamaz!*

Zirâ, tam objektif ya da objektifleştirilmiş kusur anlayışlarında buna izin verilemez. Bu görüş, olsa olsa tam s ü b j e k t i f kusur anlayışı bağlamında savunulabilir sanıyoruz. Bu bağlamda, kusurun varlığı da, onun - muhtemel - derecesi de davranışta bulunanın k i ş i s e l özellikleri (ayirt etme gücü, bu gücün - muhtemel - derecesi, dikkat ve özenin derecesi, bilgisi ile aklının düzeyi, yaşam deneyimi, vb.) hesaba katılarak tespit edilebilir/edilmelidir. O nedenle, davranışta bulunanın kişisel özellikleri, onun, davranışından sorumluluğunu belirlemek için olmasa da, kusurunun varlık ve derecesi ve dolayısıyla da sorumluluğunun sonuçlarını (kapsamını, tazminatın miktarını, vb.) belirlemek üzere göz önüne alınabilir ve alınmaktadır.. Bu tavır kesinlikle anlaşılabilir, çünkü subjektif kusurun mahiyeti bunu gerektirmektedir.

Fakat, objektifleştirilmiş kusur anlayışı bağlamında durum farklıdır. Bu tür kusur anlayışında, davranışta bulunanın göz önünde tutulabilmesi, fikrimizce, tasarlanamamalıdır. Bunun nedeni basittir: Bu tür kusur bağlamında, yalnız ayirt etme gücünün salt varlık ya da yokluğu subjektif yöntem ile belirlenmeli, kusurun diğer öğeleri veya koşulları ise objektif yöntem ile belirlenmelidir. Kusurun objektifleştirilmesinden maksat budur! Bu tür kusurda, davranış kuralının içeriği ile bu kuralın ihlâli soyut-objektif tarzda (*in abstracto*) belirlenmeli, davranışta bulunana özgü, onun içsel

(dâhilî) nitelikteki özellikleri hesaba katılmamalıdır. Bu kusur saptanırken, yukarıdaki belirleme yöntemi sadece tek bir hususta uygulanmamalıdır, o da ayırt etme gücünün salt varlığı ya da yokluğu olmalıdır. Böylece, soyut-objektif yöntem ile (*in abstracto*) belirlenmiş olan davranış kuralına uyabilmeyi mümkün kılan ayırt etme gücünün varlık ya da yokluğu, içsel (dâhilî) bir veri olarak somut-sübjektif tarzda (*in concreto*) belirlenmelidir..

Bu konuda, şöyle bir soru da hatıra gelebilir. Davranış normunun gerek içerik, gerek ihlâlinin değişik insan *kategori*leri ayrımları yapılmak suretiyle belirlenmesinin sorunun çözümünde herhangi bir etkisi olabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmelidir, zirâ bu kategoriler de s o y u t v e o b j e k t i f tiplerden başka şeyler olamazlar. Anılan kategorilere uygun olarak model insan davranışı bir kere tespit edildikten sonra artık bir şey yapılamaz! Bu aşamadan sonra, her bir somut olayda, davranışta bulunanın ayırt etme gücünden *hangi* ölçüde yararlandığı araştırılmak suretiyle davranış kuralının s i l b a ş t a n tasarlanması söz konusu olamamalıdır.

Aslında, davranış kuralının içeriği ve ihlâli belirlenirken, ayırt etme gücünün herhangi bir r o l oynamasına izin verilmemelidir. Bu etmenin, ne davranış kuralının içeriği, ne bu kuralın ihlâlinde belirleyici bir işleve sahip kılınması mümkün görünmektedir. Şunun için ki, davranış kuralının ihlâli ile ayırt etme gücünün varlığı, objektifleştirilmiş kusur kavramının f a r k l ı iki ögesini, parçasını, ilki bu kavramın objektif yönü, sonraki ise bu kavramın sübjektif yönünü oluşturmaktadırlar. Ve, hâliyle, objektif mahiyetteki davranış normunun ihlâli hususunda karar verilirken, sübjektif mahiyetteki ayırt etme gücünün de b e l i r l e y i c i olabilmesi tasarlanamamalıdır!. Bunun dışında, ayırt etme gücünün, tek bir ve aynı husus olarak, objektifleştirilmiş kusurun bir kere b i r ögesi, bir başka kere bir d i ğ e r ögesi değerlendirilirken hesaba katılarak kusurun ortaya çıkarılmasında belirleyici olabilmesi de kabul edilememelidir..

Bunun hâricinde, kusurun ağırlığının ayırt etme gücünün derecesine göre belirlenmesi de, bizce, doğru olamaz. Zirâ, düşüncemizce, kusurun ağırlığı davranış kuralının i h l â l i n i n derecesine göre belirlenmelidir. Bunun tüm kusur teorileri düzlemlerinde böyle olduğu da kabul edilmelidir; kusurun sübjektif, objektifleştirilmiş ya da tamamen objektif tarzda tasarlanması sonucu değiştirmemelidir. Bizce, kusurun derecesi, davranış kuralından s a p m a n ı n derecesi esas alınarak belirlenmelidir³⁴. Söz konusu sapma ne denli fazla ise kusur o denli ağır, ne denli az ise kusur o denli hafif görülmelidir. O hâlde, kusurun ağırlığının ayırt etme gücünün derecesine bağlı olarak belirlenmesi kabul edilmemelidir! Bizim bakış açımızdan, ayırt etme gücünün *varlığı* veya *yokluğu*, sadece kusur ve kusura bağlı olarak kusur sorumluluğunun varlık veya yokluğunu tespit etmemize

³⁴ Bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age.

yarar. Ayırt etme gücünün *derecesi* de, olsa olsa davranış kuralının içeriği belirlenirken hesaba katılabilir.. Ve, objektifleştirilmiş kusur düzleminde, davranış kuralının içeriği de ancak çeşitli insan kategorileri oluşturulmak suretiyle belirlenirse ayırt etme gücünün derecesi hesaba katılabilir. Fakat, kusurun ağırlığı, ayırt etme gücünün derecesine göre belirlenememelidir. Aynı şekilde, davranış kuralının ihlâli ve *bu ihlâlin derecesi de, ayırt etme gücünün derecesine bağlı olarak belirlenememelidir* görüşündeyiz.

Bize uygun gelmeyen aksi yöndeki görüş, bir diğer bakımdan daha eleştirilebilir. Şöyle ki, ayırt etme gücü vardır, ya yoktur! O nedenle ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin andığımız kararında (BGE 102 II 363, E. 4) da isabetle dile getirildiği gibi, 'ayırt etme gücü varsa haksız eylem de vardır, ayırt etme gücü yoksa haksız eylem de yoktur' formülü oluşturulabilmektedir.. Eğer *aksi* geçerli olsa idi, yani ayırt etme gücü dereceli olarak var ya da yok olabilse idi, haksız eylem ve dolayısıyla haksız eylem sorumluluğu ayırt etme gücünün varlık ya da yokluğuna bağlanmazlardı da, bu gücün derecesine bağlanırlardı! Bu güç, ya var kabul edilir, ya da yok; ama, *belli ölçüde var, ya da belli ölçüde yok kabul edilemez.*

Ayırt etme gücü, *görelili* olup bir çeşit geçerli *standart* da yansır.. Böylece, bu güç, kişiden kişiye, olaydan olaya değişkenlik gösterir; ama, somut bir olayda somut bir kişinin şahsında varlığı kabul edildiğinde, zaten bu standardın *altında* onun kabulü mümkün değil ve bu standardın *üstünde* de onu aramanın anlamı yok demektir! Şöyle ki, bu güç, belirli bir çizginin altında, belirli bir noktanın berisinde hiç mi hiç mevcut değildir; bu çizginin üstünde, bu noktanın ötesinde ise *gerekli* değildir.. Çünkü, bu güç ancak *yeteri* kadar var olabilir, ne ondan daha az, ne ondan daha fazla! Dolayısıyla, bu gücün derecelendirilmesi, terim düzleminde bile bir *çelişkiyi* ifade etmektedir. Bu güç, belirli bir kişinin, belirli bir olayda, - TMK 13, İMK 16 koşullarında - *gereken* bilinç, anlayış, kavrama, anlama (idrâk, vb.), değerlendirme, yargıya varma ve irâde gücüne sahip olup olmadığına ilişkindir. Söz konusu kişi, söz konusu olayda, bu melekelerden yararlanmakta ise ayırt etme gücünden yararlanmakta, yok bu melekelerden yararlanmamakta ise ayırt etme gücünden yararlanmamaktadır. Onun için, bu melekeler gereği kadar sahip kişi bu güce sahiptir, gereği kadar sahip olmayan bu güce sahip değildir, gereğinden fazla bu güce sahip olan ise tasavvur edilemez. Birinci ihtimâlde kişi sorumludur; ikincisinde kişi sorumsuzdur; üçüncüsünde de kişi sorumludur ve daha fazla sorumlu olması da düşünülemez.. Ve, ayırt etme gücünden yararlanmaktan maksat, söz konusu kişinin, söz konusu olayda, bu gücün içeriğini oluşturan melekelerle tabii ki *tam* olarak sahip olması olabilir; elbette ki, bu melekelerle belli ölçülerde/derecelerde sahip olması olamaz diyoruz. Bu bakış açısından, düşünüyoruz ki, 'kısmî' ayırt etme gücü

olarak değerlendirilen tüm durumlar, aslında, bu gücün y o k l u k durumları olarak değerlendirilmelidir.

S o n u ç olarak, ayırt etme gücü d e r e c e l e n d i r i l e m e m e - l i d i r g ö r ü ş ü n d e y i z . . . Ayriyeten, bu gücün derecelendirilebileceği görüşü benimsense dahi, bu gücün muhtemel derecesi, davranış kuralının - ki genel davranış kuralı olup, hukuka aykırı da davranan davranışta bulunana yüklenebilir ihlâli kusur oluşturur³⁵ - i h l â l i ile kusurun a ğ ı r l ı ğ ı n ı hiç mi hiç etkilememelidir/etkileyemez. Anılan gücün muhtemel derecesi, olsa olsa, genel davranış kuralının i ç e r i ğ i n i etkileyebilir. Bu da, ancak ve ancak, genel davranış kuralının içeriğinin çeşitli insan k a t e g o r i l e r i (özürlüler, çocuklar, kadınlar, yaşlılar gibi) tespit edilmek suretiyle belirlenmesi görüşünün hasredilmesi hâlinde söz konusu olabilir. Ayırt etme gücünün derecelendirilebilmesi bize imkânsız görüldüğünden, sorumluluğun s o n u ç l a r ı n ı n (kapsamının, tazminat miktarının, vb.) bu gücün derecesi göz önüne alınarak tespiti de düşünülemez. Ayırt etme gücü değerlendirilirken, ' y a v a r , y a y o k ' ilkesinin kabulü yerinde görünmektedir. Ve, buna uygun olarak, sorumluluğun sonuçları (kapsamı, tazminatın miktarı, vb.) da, ayırt etme gücünün muhtemel derecesi hesaba katılmaksızın, ' y a h e p , y a h i ç ' ilkesi uyarınca belirlenmelidir fikri de yerinde görünmektedir. Fakat, vurgulayarak belirtelim ki, bu demek değildir ki, sorumluluğun sonuçları, kusurun derecesi ve somut olayın diğer durum ve koşulları göz önüne alınarak belirlenmesin!. Zaten, bu imkân Borçlar Kanunu'nda (İBK 43 ve TBK 43) açıkça öngörülmüş de bulunmaktadır.. Yine bizce ayırt etme gücü derecelendirilemeyeceğinden, bu gücün muhtemel derecesine bağlı olarak kusur ve kusurun muhtemel derecesine bağlı olarak da sorumluluğun sonuçları da d e r e c e l e n d i r i l e m e m e l i d i r d i y o r u z .

³⁵ Bu konudaki konumuzun hk., bkz. Koçhisarlioğlu C., age., özel. 2.2.

KISALTMALAR

age.	adı geçen eser
agy.	adı geçen yazar
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ayr.	ayrıca
Bd.	Band(ae)
BG	Bundesgericht
BGE = ATF	Bundesgerichtsentscheidungen = Arrêts du Tribunal fédéral suisse
BK	Berner Kommentar
bkz.	bakınız
c.	cilt; contre
comRom	Commentaire Romand
CO	Code des obligations (suisse)
E. = E	Erwaegung(en)
éd.	édition
édit.	éditeur
hk.	hakkında
JdT = JT	Journal des tribunaux
kşz.	karşılaştırınız
N. = N	Nummer; Note, Fussnote, Anmerkung
n.	note(s); numéro marginal
n°	numéro(s)
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht
örn.	örneğin
özel.	özellikle
par.	paragraf(lar, vb.)
pr.(xis)	Die Praxis des Bundesgerichtes – Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichtes
sh.	sahife(ler, vb.)
SJ	La Semaine judiciaire
t.	tome(s)
Teilb.	Teilband(ae)
TF	Tribunal fédéral (suisse)
vd.	ve devamı(nda, vb.)
vol.	volume(s)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch