

SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR

Fault in Liability Law

Habip OĞUZ*

ÖZET

Sorumluluk, üst bir kavram olarak hem kusur sorumluluğunu hem kusursuz sorumluluğu kapsar niteliktedir. Sorumluluk hukuku özel hukukun önemli dalını oluşturmaktadır. Dar anlamda sorumluluk kavramından akit dışı sorumluluk, en dar anlamda sorumluluk kavramından ise haksız fiil (kusur) sorumluluğu anlaşılır.

Hukuk düzeni ve ahlâk tarafından kınanabilir bir davranış biçimi olarak kusur, kusur sorumluluğunun en temel ögesidir. Kusur, insanın dış dünyaya yansıyan davranışlardan kınanabilir nitelikte olanlarıdır. Objektif ve sübjektif teori olmak üzere kusuru açıklayan iki teori vardır.

Zarar görenin kendi kusuruyla zararının arttığı durumlar ile kusursuz sorumlulukta sorumlu olan kimsenin ayrıca bir kusurunun olduğu ek kusur neticesinde meydana gelen zararların tazmininde kusurun bu nitelikleri de göz önüne alınır.

6098 sayılı Borçlar Kanunumuzda kusurun türlerinin sayılmamış olması, kusurun az ya da çok her türlüşünün (zarar şartı ile) gerçekleşmesi hâlinde tazminata hükmedilmesi gerektiği fikrinden ileri gelmektedir. Böylece kastın ya da ihmalin yoğunluğuna göre hâkim, hakkaniyet çerçevesinde tazminat miktarını tayin edecektir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, Kusur, Kusur Çeşitleri, Zarar Görenin Kusuru, Ek Kusur, Davranış.

ABSTRACT

Liability, as a top concept, covers both fault and faultless liability. Liability law is an important branch of private law. In the narrow sense concept of liability known as non-contractual liability and in the narrowest sense, liability known as tort (fault) liability.

Fault as a censurable behavior by the rule of law and morality is the basis of fault liability. Fault is censurable behaviors of peoples' behavior that reflected to the outside World. There are two theory that explain the fault via objective and subjective theory.

Deficienced with their faults in the case of faultless liability with increased deficiency anyone's also the fault of these qualities in addition to compensation for deficienced caused as a result of faults are also taken into consideration.

In our act of obligations No. 6098, types of fault are not counted. Whether more

* Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi, uzx@gmx.com

or less any kind of fault (provided that deficiency) if it occurs, it should ruled over to the compensation. So according to the intent or negligence density, the judge will determine the amount of compensation under equity.

Keywords: Liability, Fault, Types of Fault, Fault of Deficienced, Additional Fault, Behavior.



I. Giriş

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te *“uyulması gereken bir yargıya, bir kural ya da yetkili üstün verdiği buyruğa uyulmaması üzerine suçlu düşme durumu”* olarak ifade edilen sorumluluk¹, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme², sonucuna katlanma³ olarak tanımlanabilir.

Öğretide *“sorumluluk”* terimi hakkında çok çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunun yanında farklı yaklaşımlardan kaynaklı olarak farklı tasniflere de tabi tutulmuştur. Sorumluluk, maddî ve manevî sorumluluk olarak ikili bir ayrıma⁴ tâbi tutulduğu gibi akit dışı sorumluluk, akdî sorumluluk, sebep ve tehlike sorumluluğu gibi farklı kavramlar kullanılarak da incelenmiştir. Ancak sorumluluk hukuku denildiğinde öğreti ve uygulamada, akit dışı zararlardan doğan tazminat sorumluluğu akla gelmektedir⁵ ve her türlü akit dışı sorumluluk hâlleri için bir üst kavram olarak *“haksız fiil”* kavramı kullanılmaktadır⁶.

Sorumluluk hukuku geniş, dar ve en dar olmak üzere üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda sorumluluk hem akit dışı sorumluluğu hem akdî sorumluluğu kapsamaktadır. Dar anlamda sorumluluk, sadece akit dışı sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılmıştır. En dar anlamda sorumluluktan kastedilen ise yalnızca özel kanunlarda düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk yani sebep ve tehlike sorumluluğunu ifade etmek üzere kullanılmıştır. Türk hukukunda sorumluluk hukuku denildiğinde dar anlamda sorumluluk anlaşıl-

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts web adresinde bulunan sözlük uygulamasında yer alan arama kutucuğuna *“sorumluluk”* kelimesi yazılıp aranmak suretiyle elde edilen sonuçtur (E.T.: 07/12/2015).

² YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002, s.1109.

³ OĞUZ, Habip: İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması, B.2, Ankara 2012, s.115.

⁴ BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri - Borçların Genel Hükümleri, B.4, İstanbul 1967, s.177.

⁵ TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.3-4 (TANDOĞAN, Mesuliyet); EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015, s.491 (EREN, Borçlar); OĞUZ, 117.

⁶ EREN, Borçlar, 490.

maktadır⁷. Bu itibarla “*sorumluluk hukukunda kusur*” denildiğinde de haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından bir tanesi olan “*kusur*” kavramının anlaşılması gerekir.

II. Kusur - Davranış İlişkisi

Dışa yansıyan insan davranışları, hukuk alanında etkiler doğurmaya elverişli hareket olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu davranışlar genel olarak insan iradesinin mahsulüdür. Ancak bazen de insanın iradesi dışında gerçekleşebilir. Dışa yansıyan davranışların insan iradesine bağlı olmadığı durumlara akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi hâller⁸ örnek olarak gösterilebilir. Gerçekten de bu gibi hallerde dışa yansıyan insan davranışı kişinin kontrolünden bağımsız olarak dış dünyada yankı bulmakta ve iradî sarhoşluk halleri saklı kalmak kaydıyla bu davranışlar kusur sorumluluğu bağlamında dikkate alınmamaktadır. Yine kusursuz sorumluluk halleri saklıdır⁹.

Dış dünyada yankı bulan insan davranışlarının bir kısmı hukuk alanında etkiler doğurmaktadır. Özellikle kişilerin hukukî işlemlere katıldıkları durumlarda dış dünyaya yansıtılan davranışın tek ve asıl gayesi hukukî işlemi gerçekleştirmek, hukuk alanında bir etki meydana getirme iradesidir.

Kişilerin hukuku ilgilendiren davranışlarının hepsinin hukuka uygun olacağı şüphesiz düşünülemez. Bu davranışların bir kısmı ya hukuka uygun oldukları için ya da hukuka uygunluk sebeplerinden yararlandıkları için kınanabilir bir nitelik arz etmezken diğer bir kısmı muhteva olarak özünde bir haksızlık barındırmaları sebebiyle hukukun korumasından yararlanamaz ve kınanabilir bir niteliğe bürünür.

Bir haksızlığı içermesi bakımından hukuk alanındaki yansıması yaptırımla desteklenen olgulardan bir tanesi de kusurdur. Kusur da insanın dış dünyaya yansıyan bir davranışdır¹⁰ ve bu davranışa hukuk dünyasında bir takım sonuçlar bağlanmıştır. Kusurlu insan davranışı, ihlâl ettiği hakkın niteliğine göre hukuk dünyasında birkaç alanda etkiye neden olmaktadır. Kusurun bir yönü ceza hukuku bağlamında cezaî yaptırımlar iken diğer yönü sorumluluk hukuku bağlamında tazminattır. Ama hukuk tarafından korunan hangi değer ihlâl edil-

⁷ EREN, Borçlar, 491; OĞUZ, 117.

⁸ ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: “*Ayırt Etme Gücü*”, AÜHFD, C.60, S.3, y.2012, s.489 vd.

⁹ AKARTEPE, Alpaslan: “*Türk Borçlar Kanununun Haksız Fiilden Doğan Borçlar Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler*”, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, y.2012, s.160 vd.

¹⁰ Bazen insanın dışa yansıyan bir davranışı olmasa bile kusurlu addedilmesi mümkündür. Kişinin kanundan, sözleşmeden ya da ahlâkî bir ödevden kaynaklanan yapma şeklindeki bir yükümünü ihmal ederek zararlı sonuçla neden olunması halinde durum böyledir.

miş olursa olsun özü itibariyle kusur haksızlık barındıran bir insan davranışıdır.

III. Kusurun Tanımı

818 sayılı Borçlar Kanununda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda da kusur, kusur sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır. Ancak gerek eski borçlar kanunu gerek yenisi kusurun tanımını yapmamıştır¹¹. Kusurun her şeyden önce hukuka aykırı bir davranış olduğunu ifade etmek gerekir.

Kusur, haksız fiilin sübjektif unsurudur¹². Bu bağlamda kusur, insanın iradesine bağlı olarak ortaya çıkan bir davranış modelidir. 6098 sayılı Borçlar Kanununda kusurun, sorumluluğun kurucu unsurlarından bir tanesi olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan kusur, tazminatın kapsamının tayininde de önemli bir rol oynamaktadır¹³. Buna göre hukuka aykırı bir fiilin sorumluluğu gerektirebilmesi için kişinin kusurlu olması gerekir. Kusur hem ceza hukukunda hem medenî hukukta müşterek bir konudur ve kanunen reddedilmiş ahlâkî bir hareket tarzıdır¹⁴. Sorumluluğun doğması için kusur, gerekli ve yeterlidir. Ancak bu durumun sorumlular için çok ağır olabilecek sonuçlarını hafifletmek için uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık bağı gibi ek bir takım hususlara başvurulmaktadır¹⁵. Hal keza zarar kavramı da bu bağlamda başvurulmuş hususlardan bir tanesidir.

Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeni ve ahlâk¹⁶ tarafından kınanan bir davranış ya da davranış noksanlığı biçimidir¹⁷. Buna göre kusur, hukuka aykırı bir fiili işleyen failin belirli bir

¹¹ "...Kusurun kanunlarımızda tanımı yapılmamıştır. Uygulama ve öğretilerde kabul görmüş tanıma göre; kusur, hukuk düzenince kınanabilen davranıştır. Kınamanın nedeni, başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, bu şekilde davranılmayarak, bu tarzdan sapılmış olmasıdır. Kısacası; kusur, genel tanımıyla, hukuk düzeni tarafından bir davranış tarzının kınanması olup; bu kınama, o davranışın belirli koşullar altında bireylerden beklenen ortalama hareket tarzından sapmış olmasından kaynaklanır. Yine, öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, sorumluluk hukuku açısından kusurun, kast ve ihmal (taksir) olmak üzere ikiye ayrılacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, kast hukuka aykırı sonucun bilerek ve isteyerek meydana getirilmesi; ihmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması ve gereken özenin gösterilmemesidir..." (Y. HGK., 2014/77 E., 2015/1712 K., 19.06.2015 T. sayılı kararı)

¹² ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.109.

¹³ TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.55.

¹⁴ VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat EDEGE, C.1-2, Ankara 1983, s.378.

¹⁵ TANDOĞAN, Halûk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyile Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963, s.17 (TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk).

¹⁶ ERDOĞAN, 109.

¹⁷ EREN, Borçlar, 569; REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul

zihin veya ruh hâlini ifade eder¹⁸. Hukuk düzeninin bir davranış tarzını kınaması, o davranışın belirli şartların varlığı hâlinde bireylerden beklenen ortalama hareket tarzına uygun olmamasıdır. Eğer bir kimse hukuka uygun davranma imkânı olduğu hâlde kendisinden beklenen hareket tarzına uygun davranmayarak hukuk kuralını ihlâl etmişse kusurlu olarak addedilir¹⁹. Bu sebeplerden ötürü kusurlu bir davranış daima hukuka aykırı bir davranıştır. Kanunî birkaç istisna dışında kendi kusuru ile hataya düşen ve sözleşme iptal eden kimsenin sorumluluğunda olduğu gibi “*culpa in contrahendo*”²⁰ sorumluluğu da her zaman kusurlu bir davranışa bağlanmaktadır²¹.

IV. Kusur Teorileri

Kusur hakkında ortaya atılmış iki teori bulunmaktadır. Bu teoriler subjektif kusur teorisi ve objektif kusur teorisidir. Teorilerinin beslendikleri husus kusurun kaynağıdır. Bu teorilerden ilki kusuru faile göre değerlendirirken diğeri failin mensup olduğu toplumdaki orta seviyedeki bir insana göre değerlendirir.

Subjektif kusur teorisinde önemli olan bizatihi failin kendisidir. Failin içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartları, kişisel yetenekleri, eğitim ve öğretim düzeyi, yetişme şartları, meslekî becerisi faile yüklenecek kusurun derecesini belirler. Subjektif kusur teorisine göre kusur, faildeki bir irade zayıflığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda kusur, faildeki davranış hatasıdır²² ve irade eksikliğidir²³.

Objektif kusur teorisinde - objektifleştirilmiş kusur teorisi olarak da adlandırılmaktadır - insanlar arasındaki zihnî, manevî ve ruhî farklılıklar kusurun belirlenmesinde dikkate alınmaz²⁴. Objektif kusur teorisine göre önemli olan fail

2014, s.171; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku - Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, B.6, İstanbul 2003, s.159 (KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk).

¹⁸ ÜNAL, Mehmet: “*Manevî Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*”, AÜHFHD, C.35, S.1-4, y.1978, s.418 (ÜNAL, Manevî Tazminat).

¹⁹ KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, 159.

²⁰ *Culpa in contrahendo* sözleşme görüşmelerinde kusur anlamına gelmektedir. Bu sorumluluk biçimi Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering’in 1861 yılında yazdığı makaleyle modern hukuka kazandırılmıştır ve sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurlu davranışları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (KARAKURT, Hakan: “*Culpa In Contrahendo*”, İBD, C.86, S.2012/4, Temmuz - Ağustos 2012, s.222.).

²¹ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s.250.

²² EREN, Borçlar, 570.

²³ TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk, 45.

²⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: “*Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem*

değil failin mensup olduğu toplumdur. Failin mensup olduğu toplumda bulunan orta zekâda, seviyeli, mantıklı, makul bir insanın davranışı kusura esas alınır. Failinin davranışı ile ortada zekâdaki bu insan tipi kıyaslanır ve failin davranışı bu tipten daha kınanabilir bir nitelikte ise failin davranışı kusurlu addedilir²⁵.

V. Kusurun Sorumluluk Hukukundaki Rolü

Sorumluluk hukukunun temel amacı, ortaya çıkan zararın kim tarafından ne oranda tazmin edileceğinin tespitidir. İlke olarak zararı tazmin yükümlülüğü faile ait olacağından kusurun tespiti ve derecesi önem arz etmektedir. Gerek sorumluluğun doğması, gerek tazminatın kapsamının belirlenmesinde önemli bir role sahip olduğu göz önüne alındığında kusurun, sorumluluğu sınırlandırıcı bir yönünün olduğu açıktır²⁶. Bu itibarla sorumluluğun tayini ve tazminatın miktarını belirlemede kusur ve kusurun yoğunluğu önemli bir kistastır²⁷.

Kusur, cemiyet hayatını düzenleyen hukuk nizamına aykırılık²⁸ olması do-

Alanında Derecelendirilmesi", AÜHFD, C.53, S.4, y.2004, s.1 (KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme).

²⁵ EREN, Borçlar, 570.

²⁶ KAHVECİ, Nuri: "Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları", DAAD, C.2, S.3, y.2002, s.131.

²⁷ Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda bu hususa dikkat çekmektedir. "...İşverenin, tazminattan sorumlu tutulması giderek, tazminat miktarının belirlenmesi; İş Kanununun 77'nci maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin öngördüğü önlemlerin işyerinde alınmış olup olmadığının saptanması ile mümkündür. Bu yön ise, başka bir anlatımla, işverenin kusurlu olup olmadığı, varsa kusur oranının, uzman bilirkişiler tarafından düzenlenecek kusur raporu ile tespit edilmesini gerektirmektedir. Oysa mahkemenin murisin kalp krizi sonucu öldüğü gerekçesiyle kusur raporu almadan karar verdiği açık-seçiktir.

Öte yandan olayın iş kazası olduğu tartışmasız olup, kalp krizinde kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyevi yapısının, bütün bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, sigortalının bünyevi yatkınlığı ve genel sağlık durumunun bir araya gelerek miyokart enfarktüsünün ortaya çıkabileceği ve bu durumun olayın uygun illi kısmi sebebi olabileceği gözetilerek kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekir.

Yapılacak iş; işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden kusur raporu almak, verilen raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirerek çıkacak sonuca göre karar vermektir...) Y. HGK., 2012/21-1121 E., 2013/386 K. 20.03.2013 T. sayılı kararı) şeklindeki gerekçesinde Yargıtay, kusur yoğunluğu ile hükmedilecek tazminat miktarının birbiri ile yakından ilgili olduğunu ifade etmiştir.

²⁸ GÜNDÜZ, Adil: "Manevi Tazminatta Kusurun Rolü", Ankara Barosu Dergisi, y.1972, S.1, s.17.

layısıyla sorumluluk hukukunun önemli kavramlarından. Özellikle kusur sorumluluğunda sorumluluğun kurucu unsurunu oluşturur. Kural olarak hukuk tarafından korunan değerlerde meydana gelen zarara zarar gören kişi katlanır (*casum sentit dominos*)²⁹. Ancak haklı bir sebebin bulunması hâlinde zararın zarar görenden başka bir kişiye aktarılması hakkaniyete daha uygundur. Bu açıdan bakıldığında zararın zarar görenden başka bir kişiye aktarılması kusur ile mümkün olmaktadır. Zira kusur, zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yani zarar verene yükletilmesini haklı gösterir³⁰.

İllet bağından ve hukuka aykırılıktan bağımsız olan kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu şartları arasında yer almaz³¹. Zira adından da anlaşılacağı üzere kusursuz sorumlulukta failin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması aranmaz. Diğer taraftan karşı tarafın kusuruyla zarara uğrayan ve bu sebeple tazminat talebinde bulunmaya hakkı olan kimsenin zararı tazmin edilirken, zararın meydana gelmesinde veya artmasında kendisinin de kusuru varsa tazminatta tenzilat yapılır³².

VI. Kusurun Objektif Yönü

Kusuru objektif yönü failin davranışlarının kendisinden beklenen ortalama davranış biçiminden sapsmasını, ortalama davranış biçimine uygun olmasını ifade eder. Bu hâli ile kusurun objektif yönü, zararın önceden görülüp bu zararı önlemek için gerekli tedbirlerin alınması konusunda failin göstereceği özen ile ilgilidir³³. Hukukumuzda kusurun ağırlığı belirlenirken failin dış davranışlarına bakılarak, onun maddî ve objektif özelliklerinin de göz önüne alınması kusurun objektif yönünü ortaya koyar³⁴. Failin içinde bulunduğu ruh hali, psiko-sosyal yapısı, eğitim öğretim düzeyi gibi sübjektif unsurlar da gerek kusurun gerek tazminatın belirlenmesinde önemli faktörlerdendir.

VII. Kusurun Sübjektif Yönü

Kusurun sübjektif yönü, failin kişisel özellikleri ile ilgilidir. Bu özellik sorumluluk hukuku alanında karşımıza ehliyet olarak çıkar. Kusur sorumluluğunda

²⁹ ANTALYA, Gökhan: “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.68.

³⁰ EREN, Borçlar, 571.

³¹ EREN, Borçlar, 572.

³² GÜNAL, Yılmaz: “Müterafik Kusur”, AÜSBFD, C.16, S.1, y.1961, s.208.

³³ EREN, Borçlar, 572.

³⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, 4.

zararlı sonuca neden olan davranışın faile isnat edilebilir, bağlanabilir olması gerekir³⁵. Şayet zararlı sonuca neden olan davranış faile yükletilemiyorsa kusurlu bir davranıştan da söz edilemez. Fail ile fiil arasında sübjektif bağ kurulabiliyorsa failin sorumluluk ehliyetine sahip olduğu kabul edilir³⁶.

Ayırt etme gücü, kusur kavramı ve kusur sorumluluğunun vazgeçilmez öğelerinden birisini oluşturur. Ayırt etme gücü objektif kusur teorisinde de sübjektif kusur teorisinde de önemli bir kavramdır. Ancak belirtmek gerekir ki objektif kusur anlayışının katı bir biçimde uygulandığı durumlarda ayırt etme gücü kavramı göz ardı edilebilmektedir³⁷. Buna karşılık sübjektif kusuru teorisinde de teorinin merkezinde yer alan bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmaz. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişiye sorumluluk yüklenemez.

Bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması ya da olmaması onun hukukî işlem ehliyetini belirlediği gibi başkasına karşı verdiği zarardan bizzat sorumlu olması konusunda da belirleyici bir unsurdur³⁸. Medenî Kanunda yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilmiştir (m.13). Bu haliyle ayırt etme gücü kavramından *“kişilerin eylem ve işlemlerinin neden ve sonuçlarını, önem ve kapsamlarını anlayabilmeleri için gerekli olan bilinç, anlayış ve iradeye sahip olmaları”* anlaşılmaktadır³⁹. TMK'nın 15'inci maddesinde de kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukukî sonuç doğurmayacağı ifade edilmiştir. Bu itibarla bir kimsenin iş ve işlemlerinden sorumlu tutabilmesi için fiilinin hukuk düzeninde herkesin uyulmakla yükümlü olduğu örnek ortalama fiil tipinden (objektif yön) sapmış olması gerektiği gibi ayrıca ayırt etme gücüne de sahip olması gerekir⁴⁰. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin sorumluluk ehliyeti de yoktur.

Kusurun sübjektif yönü ile ilgili olarak anlatılan bu hususların kusur sorumluluğu hakkında geçerli olduğu ifade edilmelidir. Hukukumuzda zarar ve

³⁵ DEUTSCH, Erwin: *“Sorumluluk Hukukununun Temel İlkeleri”*, Çev.: Şeref ERTAŞ, DEÜHFD, y.2 (1981), S.2, s.246.

³⁶ EREN, Borçlar, 572.

³⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *“Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi”*, AÜHFD, C.53, S.3, y.2004, s.1 (KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme).

³⁸ ERKAN/YÜCEER, 485.

³⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme, 2; ERKAN/YÜCER, 488.

⁴⁰ EREN, Borçlar, 573.

kusur kavramları birbirinden farklı değerlendirilmektedir. Yani zarar her zaman kusur sonucuna bağlanmayabilir. Sorumluluk hukukunda bir kimsenin kusurlu davranışları neticesinde zararlı sonuç doğarken kusursuz sorumlulukta sorumluluk, kusurlu davranışa değil kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmıştır. Bu tür sorumlulukta kusur, kurucu unsur olmaktan çıkmıştır⁴¹. Kusursuz sorumlulukta illiyet bağı daha ön plâna çıkmaktadır. Zira burada artık sorumluluk kusura değil olayla zarar arasındaki sebep-sonuç bağına göre belirlenir⁴².

Türk Medenî Kanununun 50'nci maddesine göre, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar. Dolayısıyla tüzel kişinin organlarının iş ve işlemlerinden kaynaklanan kusurlar tüzel kişi isnat edilir. Ayrıca organların kusurlarından dolayı kişisel sorumlulukları da devam etmektedir.

VIII. Kusurun Çeşitleri

818 sayılı Borçlar Kanununda *“gerek kasten gerek ihmal veya teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye zarar ika eden şahıs”*ın o zararı tazmin etmeye mecbur olduğu ifade edilmiş iken 6098 sayılı Borçlar Kanununun 49'uncu maddesinde ise kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Her iki Borçlar Kanunu kusur açısından birlikte incelendiğinde 818 sayılı Kanunun kusuru temel olarak kast ve ihmal şeklinde bir ayrım tabi tuttuğu ve ihmalin görünüm şekillerinden olan kayıtsızlık ve tedbirsizlikten ayrıca bahsettiği görülmektedir. 6098 sayılı Kanunda ise gerek kastın gerek ihmalin ve gerekse ihmalin diğer görünüm şekillerinin kusurun türleri olduğu gözetilerek sadece kusurdan bahsedilmiştir. Nitekim TBK'nın 49'uncu maddesinin gerekçesinde de *“kast ve ihmalin, kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak, söz konusu fıkranın, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu şekline dönüştürüldüğü”* hususu ayrıca ifade edilmiştir.

49'uncu maddenin 2'nci fıkrasında ise anlatıya istisna niteliğinde bir hüküm mevcuttur. Buna göre; zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bu-

⁴¹ YAVUZ, Cevdet: *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.35.

⁴² ÜNAL, Mehmet: *“Aile Başkanlığı Hakkında Karar Tahlili”*, AÜHFHD, C.36, S.1-4, y.1979, s.300 (ÜNAL, Karar Tahlili).

lunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Burada artık failin zararlı sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için ahlâka aykırı olarak nitelenen fiili kasten işlemesi gerekir.

6098 sayılı Borçlar Kanununda kusurun türlerinden bahsedilmemiş olması, kusur türlerinin önemli olmadığı anlamına gelmez. Genel olarak kusuru kast ve ihmal şeklinde bir ayrıma tâbi tutarak incelediğimizde gerek kastın yoğunluğu gerek ihmalin derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Türk Borçlar Kanununda kast ve ihmalin kaldırılarak sadece kusurdan bahsedilmiş olması sebebiyle tazminat miktarı belirlenirken hâkime daha geniş takdir hakkı sağladığı söylenebilir. Zira daha önce kast ve ihmal ana ölçüğünde takdir hakkı kullanılırken maddenin değişen hâli ile birlikte kasttan ihmale geniş bir yelpazede kusurun ağırlığı belirlenebilecek ve ona göre tazminata hükmedilebilecektir. Nitekim TBK'nın 51'inci maddesine göre, hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir.

Belirtmek gerekir ki zararlı sonucun doğmasına neden olan kast, bünyesinde daha ziyade sübjektif bir unsur barındırırken sorumluluk hukuku, ihmali objektif açıdan değerlendirmektedir. Bu sebeple bu zararlı sonucu doğuran faktörün ihmal niteliğinde olup olmadığı belirlenirken kural olarak failin bireysel ve kişisel yetenekleri dikkate alınmaz⁴³. Ancak ihmal kavramı objektifleştirilmiş olmakla birlikte ihmalinin belirlenmesinde esas alınacak ölçüt failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve meslekî durumu, ayırtım gücü gözüne alınarak belirlendiği için sübjektifliğini korumaktadır⁴⁴.

IX. Zarar Görenin Kusuru (Ortak Kusur)

Zarar gören zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ise hâkim tazminatı indirebileceği gibi tazminatı tamamen de kaldırabilir (TBK m. 52). Eğer zarar görenin kusuru, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki illiyet bağına kesecek yoğunlukta ise hâkimin tazminatı tamamen kaldırılması gerekir⁴⁵.

Zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması hususu her ne kadar zarar görenin kusuru şeklinde ifade edilmekte ise de buradaki kusur terimi teknik anlamda bir kusur değildir. Zira kusur ile kastedilen bir kimsenin bir başka kimseye hukuk düzeninin tasvip etmediği bir davranışta bulunmasıdır. Zarar görenin kusurunda ise zarar bizzat zarar görenin aleyhin-

⁴³ EREN, Borçlar, 577.

⁴⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme, 2; EREN, 577.

⁴⁵ TANDOĞAN, illiyet, 318; TİFTİK, 107.

de doğmuştur. Yani zarar göreninin kendisi de zararın doğmasına ya da artmasına pay sahibidir. Bu anlamda bir kimsenin kendi kendine haksız fiil ika edemeyeceği kabul edildiğinden burada teknik anlamda bir kusurdan bahsetmek mümkün değildir⁴⁶.

Zarar görenin kusurundan bahsedilirken her ne kadar zarar veren kimsenin yani failin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu değerlendirilse de failin sorumluluğu kusur sorumluluğu olabileceği gibi kusursuz sorumluluk da olabilir. Bu sebeple, sadece bu terime özgü olmak üzere, ortak kusurdan kastedilen şeyin *“bir kimsenin, ister kusur sorumluluğuna isterse kusursuz sorumluluğa dayansın, diğer bir kimseye verdiği zararın, zarar gören kimsenin yardımıyla meydana gelmesi ya da artması”* şeklinde anlaşılması kanaatimizce uygun olur⁴⁷.

X. Ek Kusur

Ek kusur, kusursuz sorumlulukla ilgili bir kavram olmasına rağmen bu tür hakkaniyet sorumluluğu yanında ayrıca ortaya çıkmaktadır. Kusursuz sorumlulukta sorumlu olan kişinin sorumluluğu doğuran olay yanında zararın ortaya çıkmasında ya da artmasında etkili olan bir kusuru varsa buna ek kusur denir⁴⁸. Kurtuluş kanıtı getirmenin söz konusu olduğu durumlarda ek kusur varsa kişinin kurtuluş kanıtı getirmesi engellenir. Bunun yanında zarar görenin kusurunu ortadan kaldırabilir. Böylece tazminatta indirim yapılması önlenir. Birden çok kişinin zarardan sorumluluğu halinde rücu ilişkisinde etkili olur⁴⁹. Zira kusursuz sorumlulardan birisi ek kusurlu diğerleri kusursuz ise ek kusurlu olan zarardan daha fazla pay üstlenmek zorundadır⁵⁰. Ek kusurun tazminatın belirlenmesi aşamasında da önemli bir fonksiyonu vardır⁵¹.

⁴⁶ EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975, s.198 (EREN, İlliyet); OĞUZ, 141; GÜNAL, 208; TİFTİK, 107; KAHVECİ, 132; Nitekim Yargıtay da benzer kanaattedir: *“...bu madde daha çok zarar görenle ilgilidir. ‘Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı’ yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle, maddede sayılan belirli hal ve durumlarda tazminattan indirim yapılması mümkün bulunmaktadır...”* (Y. HGK., 2010/4-130 E., 2010/161 K., 17.03.2012 T. sayılı kararı).

⁴⁷ OĞUZ, 141.

⁴⁸ TUNÇ, Ramazan: *“Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı - I”*, Yargıtay Dergisi, C.17, S.4, Ekim 1991, s.527.

⁴⁹ KALELİ, Şakir: *“Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu - I”*, Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, Nisan 1979, s.320.

⁵⁰ EREN, Borçlar, 824.

⁵¹ ACAR, Bülent: *“Yargıtay’ın, ‘Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi’ İşlevini Tanımsızlığı Görüşünün Eleştirisi”*, TBB, S.3, y.1991, s.342.

XI. Sonuç

Kusur, sorumluluk hukukunun önemli kavramları arasında yer alır. Hatta kusur sorumluluğunda kurucu unsurdur. Zira kusur sorumluluğunda, diğer bir ifadeyle haksız fiil sorumluluğunda, olağan sebep sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğunun aksine kusur yoksa sorumluluk da yoktur. Kusur her şeyden önce hukuka aykırı bir davranıştır. Bir davranış hukuka uygunsa ya da hukuka uygunluk hâllerinden yararlanıyorsa kınanamaz.

Kusur, temelde iki teori üzerinde şekillenmiştir. Bunlar sübjektif ve objektif (objektifleştirilmiş) teorileridir. Sübjektif teori sadece failin kişisel özellikleri ve yetenekleri göz önüne alınarak şekillendiği hâlde objektif teori, failin yaşadığı toplumda orta zekâlı, makul, mantıklı bir insanın ortalama davranış biçimini esas alır. Sorumluluk hukukumuzda sübjektif ve objektif teori birlikte yer almıştır. Örneğin kusurluluğun bir türü olarak ihmal, objektif ölçütlere göre belirlenirken bu ihmalin ölçüsü ve derecesi failin yaşı, eğitimi gibi sübjektif unsurlar göz önünde alınarak belirlenir.

Belirtmek gerekir ki fail aleyhinde bir tazminat sonucunun doğabilmesi için kusur tek başına yeterli değildir. Tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için kusuru yanında TBK'nın 49'uncu maddesinde belirtilen hukuka aykırı fiil ve zarar unsurlarının da gerçekleşmesi gerekir. Öte yandan bu zarar ve hukuka aykırı fiili arasında uygun illiyet bağının da bulunması şarttır.



KAYNAKÇA⁵²

ACAR, Bülent: *“Yargıtay’ın, ‘Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi’ İşlevini Tanımladığı Görüşünün Eleştirisi”*, TBBD, S.3, y.1991, s.341-346.

AKARTEPE, Alpaslan: *“Türk Borçlar Kanununun Haksız Fiilden Doğan Borçlar Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”*, EÜHFD, C.XVI, S.1-2, y.2012, s.159-190.

ANTALYA, Gökhan: *“Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.63-83.

⁵² Dipnotlarda geçen eserlerde yazarların soyadlarına göre atf yapılmıştır. Aynı yazarın birden çok eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri - Borçların Genel Hükümleri, B.4, İstanbul 1967.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

DEUTSCH, Erwin: *“Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”*, Çev.: Şeref ERTAŞ, DEÜHFD, y.2 (1981), S.2, s.245-259.

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975 (EREN, İlliyet).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2015 (EREN, Borçlar).

ERDOĞAN, İhsan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek: *“Ayırt Etme Gücü”*, AÜHFD, C.60, S.3, y.2012, s.485-522.

GÜNAL, Yılmaz: *“Müterafik Kusur”*, AÜSBFD, C.16, S.1, y.1961, s.208-220.

GÜNDÜZ, Adil: *“Manevi Tazminatta Kusurun Rolü”*, Ankara Barosu Dergisi, y.1972, S.1, s.17-23.

KAHVECİ, Nuri: *“Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Hukuki Sonuçları”*, DAAD, C.2, S.3, y.2002, s.131-142.

KALELİ, Şakir: *“Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu - I”*, Yargıtay Dergisi, C.5, S.2, Nisan 1979, s.313-342.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku - Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, B.6, İstanbul 2003 (KARAHASAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk).

KARAKURT, Hakan: *“Culpa In Contrahendo”*, İBD, C.86, S.2012/4, Temmuz - Ağustos 2012, s.222-235.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *“Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi”*, AÜHFD, C.53, S.3, y.2004, s.1-17 (KOÇHİSARLIOĞLU, Etkileme).

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: *“Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi”*, AÜHFD, C.53, S.4, y.2004, s.1-17 (KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme).

OĞUZ, Habip: İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması, B.2, Ankara 2012.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.25, İstanbul 2014.

TANDOĞAN, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961 (TANDOĞAN, Mesuliyet).

TANDOĞAN, Halûk: Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1963 (TANDOĞAN, Mukayeseli Hukuk).

TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

TUNÇ, Ramazan: *“Karayolları Trafik Kanununa Göre İşletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve İşletene Tanınan Genel Kurtuluş Kanıtı - I”*, Yargıtay Dergisi, C.17, S.4, Ekim 1991, s.525-539.

ÜNAL, Mehmet: *“Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”*, AÜHFD, C.35, S.1-4, y.1978, s.397-437 (ÜNAL, Manevî Tazminat).

ÜNAL, Mehmet: *“Aile Başkanlığı Hakkında Karar Tahlili”*, AÜHFD, C.36, S.1-4, y.1979, s.295-304 (ÜNAL, Karar Tahlili).

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat EDEGE, C.1-2, Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet: *“Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre ‘Kusursuz Sorumluluk’ Halleri ve İlkeleri”*, MÜHF-HAD, C.14, S.4, y.2008, s.29-61.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002.