

## HAKSIZ FİLDE KUSURLU SORUMLULUK VE ÖZELLİKLE KUSUR UNSURU

Yrd. Doç. Dr. İhsan ERDOĞAN (\*)

### GİRİŞ

Türk Borçlar Kanununun «birinci babı», «borçların teşekkülü» başlığını taşımaktadır. Borçların teşekkülü ifadesini «borçların kaynağı» olarak anlamak daha doğru olur.

Borçların kaynağı BK.na göre, birinci babın birinci faslında akitten (BK. 1 - 40), ikinci faslında haksız muameleden (haksız fiilden) (BK. 41 - 60) ve üçüncü faslında haksız bir fiil ile mal iktisabından (sebepsiz zenginleşmeden) (BK. 61 - 66) doğan borçlar olarak üçe ayrılmıştır. Bu ayırımın içerisinde sözleşme benzerleri (quasi contractus) (BK. 8) ve haksız fiil benzerleri (quasi delictum) (BK. 52/II, 55, 56, 58) de yerlerini almış bulunmaktadır (1). Ancak borçların kaynağının tesbitinde bu ayırım yeterli gelmemekte, birde kanun hükmüyle getirilen borçlar bulunmaktadır (MK. 315) (2).

Bu dört borç kaynağından biri olan haksız fiil denince ilk akla gelen, kusura dayalı haksız fiil olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk (objektif sorumluluk) olarak ikiye ayrılmaktadır.

Kusur, hemen hemen sorumluluk hukukunun bütün dallarında sorumluluk unsuru olarak aranan subjektif bir haldir. Kusur, başkalarına zarar veren insan faaliyetinin hemen hemen bütününü müeyyide altına alan BK.nun 41. m.sinde düzenlenen haksız fiilin temel şartıdır. Çünkü kusurun, varlığı sorumluluk doğurmakta, yokluğu ise sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır.

İnceleme konumuz, haksız fiil sorumluluğu ve haksız fiilin kusur unsurudur.

---

(\*) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğretim Üyesi.

(1) ATAAY, Aytakin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, 2. bası, İst. 1975, s. 34.

(2) ATAAY, A., a.g.e., s. 35.

## I — HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Türk Borçlar Kanunu'nun düzenlenme tarzına bakıldığında, önce borcun, kaynakları ve hükümleri, sonra da sona ermesinin açıklandığı görülmektedir. Bu ayırım, Roma Hukuku sisteminden gelmektedir. Roma Hukuku'nda yapılan en eski ayırıma göre borç kaynağı olarak, akit ve haksız fiil gösterilmektedir (3).

Haksız fiilin gerçekleşmesi özel hukuku ilgilendirdiği gibi kamu hukukunu da (ceza hukuku) ilgilendirebilir. Kamu hukukunun müeyyidesi ceza olup, tâkipçisi de devlettir. Özel hukukta ise haksız fiilin müeyyidesi tazmin yükümlülüğü olup takipçisi de zarar gören ferttir (4).

Yukarıda sayılan haksız fiil şartlarından hukuka aykırılık ve kusur içiçe olduklarından, kusurun anlaşılabilmesi için, hukuka aykırılığın tesbiti ve ayrılması gerekmektedir.

## II — HAKSIZ FİİLİN UNSURLARI

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli olan unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Hukuka aykırı fiil, zarar, illiyet bağı ve kusur. Doktrinde de unsurların bunlar olduğu fikri hâkimdir (5).

### A) HUKUKA AYKIRI FİİL VE HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN SEBEPLER

Haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için iki şart aranmaktadır: Bunlar, şahsın fiili ve bu fiil ile hukukun ihlâlidir.

Hukuka aykırılığın ortaya çıkması için önce olumlu veya olumsuz bir hareketin olması gerekir. Bu hareket şahsın davranışdır. Davranış ya bir hareket, zaman içinde ve yerde değişiklik, yani fiziki bir olay olarak veya hareketsizlik şeklinde ortaya çıkar.

(3) RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İst. 1980, s. 49.

(4) KARADENİZ, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 1977, s. 273; KOSCHAKER, Paul ( t. c. AYITER, Kudret), Modern Hususi Hukuka Giriş olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975, s. 275 vd.; RADO, T., a.g.e., s. 181.

(5) FEYZİOĞLU, Feyzi, N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II., 2. bası, İstanbul, 1976, s. 471; İNAN, Ali, N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1970, s. 265; BECKER, H., (t. ç. REİŞOĞLU, Kemal) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI. C. Borçlar Kanunu I. Kısım, Genel Hükümler, II. Fasikül, Ankara, 1968, s. 233; OSER/SCHÖNENBERGER, (t. ç. SEÇKİN, Recai) Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Ankara 1950, s. 350; TEKİNAY, Selahattin, S., Borçlar Hukuku, 4. bası, İstanbul, 1979, s. 421; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku Ankara, 1981, s. 123 v.d.

Fiil denince ilk olarak bir hareket akla gelirse de hareketsizlik de fiil içinde değerlendirilir. Çünkü olumlu hareketin maddi bir sonucu varken, olumsuz hareketin maddi sonucunun olmadığı iddia edilemez. Hareket insanın dış davranış tarzıdır; olumlu veya olumsuz şekilde ortaya çıkması, belli bir hareketin yapılması veya yapılmaması, onun geniş anlamda davranış tarzı olmasını engellemez (6).

Türk Borçlar Kanunu'nun 41. m.de «...haksız bir surette...» deyimine yer verilmiştir. Haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun «hukuk kurallarının ihlali» şartı bu deyimde yerini bulmaktadır. Önce hukuka aykırılığın ne anlama geldiğini ve bunun nasıl tesbit edileceğini ortaya koymak gerekir.

Hukuka aykırılığın niteliği ve tesbiti için iki farklı kuram bulunmaktadır; bunlar, subjektif kuram ve objektif kuram (norm kuramı)dır (7).

Subjektif hukuka aykırılık kuramına göre, bir fiilin hukuka aykırı sayılabilmesi için, faalin fiili yapması için bir hakkının olup olmadığına bakılmalıdır. Hukuk düzeninin tanıdığı yetkiler aşılarak verilen zarar hukuka aykırı sayılır. Bu yetkiler, hukuk düzeninin açıkça tanıdığı veya herhangi bir sınırlamaya tabi tutmadığı haklardan kaynaklanır. Bu kurama göre, hukuk düzeninin tanımadığı yetkiyi veya sınırladığı bir yetkiyi aşarak kullanan şahsın fiili hukuka aykırıdır (8).

Borçlar Kanunu'nun 41. m.si «...haksız bir surette...» deyimini, subjektif kurama göre hukuka aykırılığın tesbit edilmesi gerektiği çağrışımını yapmakta ise de hal böyle değildir. Gerek Kanununun umumi çatısı ve gerekse doktrindeki hakim görüş, hukuka aykırılığın, objektif aykırılık kuramına göre tesbiti gerektiği yolundadır (9).

Objektif hukuka aykırılık kuramı, zarar doğuran fiilde, olayı fail açısından değil, zarar gören açısından ele almaktadır. Hukuk düzeni, şahıs-

- (6) KANETİ, Selim, Haksız Fiil sorumluluğunda Kusur Kavramının görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, 1980, s. 34.
- (7) TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 17; İNAN, A. N., a.g.e., s. 267; KANETİ, S., a.g.e., s. 38.
- (8) BECKER, H., a.g.e., s. 234; KANETİ, S., a.g.e., s. 38; GÖKTÜRK, H. Avni, Borçlar Hukuku, I. Kısım, Borçların Umumi Hükümleri, Ankara, 1974, s. 197.
- (9) TUNÇOMAĞ, Kerim, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri C. I., 6. bası, İstanbul, 1976, s. 430; SCHWARZ, Andreas (t. ç., DAVRAN, Bülent), Borçlar Hukuku Dersleri C. I., İstanbul, 1948, s. 106; Von TUHR, Andreas (t. ç. EDEGE, Cevat), Borçlar Hukuku, I. C., İstanbul 1952, s. 388; BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Ankara, 1962, s. 127; OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 356; BECKER, H., a.g.e., s. 236; SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 444; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 18; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 483; ÖNEN, T., a.g.e., s. 124; KANETİ, S., a.g.e., s. 39.

lara birtakım subjektif haklar tanıyarak, onlara bu hakların sınırı içinde egemen olma ve başkalarına karşı koruma yetkisi vermiştir. Bu haklar, aynı, şahsi, fikrî, ticari ve sınıî olmak üzere ayrılırlar. Mutlak haklar denilen bu haklar, sahipleri tarafından serbestçe kullanılır ve başkalarından bunlara uyma beklenir.

Fertilere tanınan haklar ve başkalarına bunların korunması hususunda yüklenen ödevlerin kaynakları olan hukuk kurallarının tesbiti gerekir. Çünkü BK.nun 41. m.si ne hukuk kurallarını ve ne tip hukuk kurallarını ne de hukuka aykırılığın niteliğini göstermemiştir (10).

Hukuk kurallarının tesbitinde yol gösterici temel norm MK.nun 1. m. sidir. Medeni Kanun'un 1. m.sinin kenar başlığının «Kanunu Medeninın Tatbiki» şeklinde oluşu, bu maddenin sadece MK.nun tatbikinde uygulanacağı hükmünü doğurmamalıdır. Aksine bu madde hukukun tatbikini, hukuk kurallarının nelerden oluştuğunun gösterilmesinden başka bir anlam taşımaz. Zaten kaynak kanunun almanca metninde «Andwendung des Rechts» deyimi geçer ki, bu da hukukun uygulanması anlamına gelmektedir (11).

Medeni Kanun'un 1. m.si hukukun uygulanmasında uyulması gereken hukuk kaynaklarını göstermiş bulunmaktadır; buna göre :

**Kanun :** Kanun yapıcı organın bu adla ve usulüne uygun olarak hazırlayıp yürürlüğe koyduğu yazılı metindir. Bu tanıma bizzatı kendisi de bir kanun olan Anayasa'da girer (12).

Hukuka aykırılık kavramı içerisine sadece kanunun emredici veya yasaklayıcı bir hükmü girmez. Kanunun yorumlanma şeklini de gösteren, MK.nun 1. m.sine göre (Kanun, lâfzıyla ve ruhiyle temas ettiği bütün mes'elelerde mer'fidir.), ruhen yasaklanan veya emredilen konulara aykırılık da hukuka aykırılığı doğurur.

Kanun hükmü bazan, bir emir ve yasak olsa bile BK.nun 41. m.sinde kastedilen hukuka aykırılığa dayanak olmayabilir. Ceza Kanunu düzenleyici kuralların yanında emir ve yasaklardan oluşan bir kanundur. Ceza Kanunu'na veya ceza hükmü taşıyan başka bir kanuna aykırı davranış cezayı gerektirir; aykırı davranış, eğer bir subjektif hakkı da ihlâl ediyorsa BK.nun 41. m.sinde aranan hukuka aykırılık ortaya çıkar. Meselâ, dev-

(10) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 17; BECKER, H. a.g.e., s. 234.

(11) EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s. 55.

(12) ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku (teksir), Ankara, 1975, s. 100; EDİS, S., a.g.e., s. 62.

let aleyhine işlenen suçlarda bir emir ve yasağın ihlâl edilmesine karşılık, bir subjektif hak ihlâl edilmediğinden, BK.nun 41. m.si açısından hukuka aykırılık sözkonusu değildir (13).

Yazılı hukukun diğer kaynaklarından olan tüzük, yönetmelikler ve hatta genelge ve tebliğlere de uymama hukuka aykırılığı doğurur.

Medeni Kanun'un 1. m.sinin ikinci cümlesi örf ve adet hukuku ile hakimın koyacağı hukuk kurallarını da hukukun kaynağı olarak göstermektedir. Fiilin örf ve adet hukukuna aykırı olduğu hallerde de hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur (14).

Hâkimin koyduğu hukuk kuralı, hukuka aykırılığa dayanak olabilir mi? Genel olarak konu ele alındığında, hakimın koyduğu kural da hukuka aykırılığın dayanağı olabilir. Ancak bazı sakıncaları da ortaya çıkabilir. Çünkü, insanlar faaliyetlerini düzenlerken başkalarına zarar vermeyi yasaklayan hukukî kuralları bilirler veya bildikleri varsayılır. Zira bu kurallar ya ilân edilmiş veya yıllardan beri yaşanan hayatın içinde vardır. Halbuki hakimın koyduğu hukuk kuralı, uyumsuzluk mahkemeye geldikten sonra, hakimın kararıyla ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, hakimın yaptığı hukuk kuralının haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturması sakıncalı olabilir. Hâkim, hukuk kuralı koyarken hakkaniyeti gözönüne alacağı için, böyle bir sorumluluk hakkaniyet sorumluluğu olabilir. Ancak bu sorumluluk BK.nun 54. m.sinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğundan farklıdır.

Bir hakkın kullanılması, hukuka aykırı sayılmaz. Ancak bu kuralın aksi de vardır. Yetkiyi kullanma şekli ve amacı, bazan faili haksız çıkarabilir. Bunun kaynağı da en genel ifade olan MK.un 2. m.sidir. Bu maddede, sahip olunan hukukî bir hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır; dolayısıyla hukuka aykırı sayılmıştır (15). Ayrıca hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bazı hallerde de (BK. 52/I, III), aşırılığa kaçma hukuka aykırılığın doğmasına yol açabilir.

Failin fiilinin hukuka aykırı olmaması, haksız fiil sorumluluğunun doğmamasını gerektirir. Bununla beraber fiil, hukuka aykırı olmamasına rağmen, ahlâka aykırı olarak ve kasten işlenmişse yine sorumluluk doğar (BK. 41/II). Genel ahlâka aykırı olarak ve kasten yapılan hareketin hukuka aykırı olmamasına rağmen haksız fiil olarak değerlendirilip ortaya çıkan zârardan failin sorunlu tutulması adalet hislerinin tatmin edil-

(13) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

(14) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

(15) OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 357.

mesi fikrine dayanmaktadır (16). Meselâ, bir taraf için hayatî önemi olan bir ilâcı satmaktan sebepsiz olarak kaçınan tarafın davranışı ahlâka aykırı olup, doğan zarar ahlâka aykırı haksız fiil hükmüne göre (BK. 41/II) tazmin edilmelidir.

Mahkeme ilâmlarının uygulanmaması da hukuka aykırılığı meydana getirir.

Sadece şahsi menfaatleri koruyan hukuk kuralı ile toplum menfaatleri çatışırsa, şahsi menfaatleri koruyan hukuk kuralının ihlâlî hukuka aykırı sayılmaz. Çünkü karşılıklı menfaat çatışmasında toplum menfaati her zaman üstün tutulur (17).

Hukuka aykırı fiilin, fail tarafından işlenmiş olduğunu ispat davacıya düşer. Dâvalının fiilinin hukuka aykırı olduğunu ispat için yukarıda anlatılan hukuk kurallarının kaynağı bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Fail yazılı hukuk kuralını ihlâl ediyorsa, bunun ispatına gerek olmayıp, hâkim, HÜMK.nun 76. m.sine göre kanunları re'sen uygular.

Failin sözlü hukuk kuralını ihlâl ettiği iddia olunduğunda, böyle bir kuralın varlığını dâvacı ispat eder. Ayrıca BK.nun 41/II. m.sinin koruma alanına giren ahlâka aykırılık, halinde de ahlâk kuralının varlığını dâvacı ispat eder.

Haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru incelenirken, dayanılan hukuk kuralının koruma amacı da gözönüne alınmalıdır (18).

Fiil işlenmekle beraber, zarar gören ve failin, fiil öncesindeki ve esnasındaki durumları gözönüne alındığında hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır.

### 1. MEŞRU MÜDAFAA HALİ

Bir insanın, kendisinin veya diğer bir şahsın hukuken korunan haklarına yapılmakta olan, hukuka aykırı ve gerçek bir saldırıya karşı uygun vasıta ve şekilde karşı koyma, yani karşı saldırı meşru müdafaa'dır.

Meşru müdafaa için, müdafaa yapana saldıranın, kusurlu olup ol-

(16) ÖNEN, T., a.g.e., s. 122.

(17) Yarg. 4. HD. E. 1980/1302 K. 1980/3917 T. 21.3.1981 bkz. YKD. C. 7. Yıl 1981, S. 5, s. 567.

(18) Türk Hukuk doktrininde TANDOĞAN ve EREN, tarafından hukuka aykırılık bağı kuramı için bkz., TANDOĞAN, Halûk, Hukuka Aykırılık bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, 1980; EREN, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'na Armağan, Ankara, 1975, s. 461 - 491.

maması önemli değildir. Fail kusursuz olsa veya kusur yükletilemese bile, mağdur, meşru müdafaa hakkını kötüye kullanmamak şartıyla karşı saldırıda bulunabilir ve bu saldırı hukuka aykırı sayılmaz (19). Meşru müdafaa hakkı, sadece saldırıya uğrayana ait olmayıp, herkese ittir. Yani başkasına yapılan bir saldırıya karşı, saldırıyla ilgili olmayan herhangi bir şahıs da meşru müdafaa hakkını kullanabilir.

Meşru müdafaa için kullanılan vasitanın seçiminde ve şiddetin derecesinde aşırılığa kaçma, kendini meşru müdafaa halinde sanma hukuka aykırılığı doğurur (20).

## 2. KENDİ HAKKINI KUVVET KULLANARAK KORUMA

İhkakı hak yasaktır. Ancak, devlet kuvvetlerinin yetişememesi, başka bir vasitanın olmaması ve korunacak hak sonradan alınamayacak veya çok zor alınabilecek durumda olması hallerinde aşırılığa kaçmadan kuvvet kullanarak hak korunabilir. Kuvvet kullanma sırasında doğan zarardan kuvvet kullanan sorumlu değildir. Meselâ bir dükkanın vitrinini kırarak kaçmaya kalkan şahsı, dükkan sahibi zorla alıkoyabilir. Bu arada failin kaçmaya çalışması sırasında çeketi yırtılırsa, bu zarardan ve alıkoymadan dükkan sahibi sorumlu tutulamaz.

## 3. İZTIRAR HALİ

Bir şahsın kendisinin veya başkasının bir hukukî varlığını tehdit eden çok yakın bir tehlikeden korunmak amacıyla üçüncü şahısların malına zarar vermesi hukuka aykırı değildir.

İztırar halindeki birinin fiili hukuka aykırı olmamakla beraber verilen zararın hakkaniyet gereği tazmin edilmesi gerekir. Bu durumdaki tazmin borcu haksız fiil sorumluluğunun sonucu olmayıp, Mecellede'de yerini bulan «iztirar gayrin hakkını iptal etmez» prensibine göre, kendine mahsus bir hakkaniyet sorumluluğudur.

## 4. YETKİLİ MAKAMIN EMRİNİ YERİNE GETİRME

Kanunun verdiği bir görev ve yetkiye dayanarak resmi makam tarafından verilen kanunî emrin yerine getirilmesi hukuka aykırı sayılmaz.

- (19) OSER/SCHÖNENBERGER (a.g.e., s. 478) ve BECKER, (a.g.e., s. 239) hayvanların saldırısına karşı meşru müdafaayı kabul etmemektedirler. Buna karşılık Von TUHR, (a.g.e., s. 398), FEYZİOĞLU, F. N., (a.g.e., s. 272) kıyas yoluyla hayvanların saldırısına karşı meşru müdafaayı kabul etmektedirler.
- (20) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 560; Von TUHR., a.g.e., s. 398; OSER/SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 479.

Emri veren makamın yetkili olması, yetki sınırlarının aşılması, hakkını kötüye kullanmaması gerekir (21). Emri uygulayanın sorumlu olmaması için, emri yerine getirirken usulüne uygun davranmalıdır. Meselâ, idam mahkumunu, cellat işkence ile veya asmanın dışında başka bir usul ile öldüremez.

### 5. ÖZEL HUKUKUN TANIDIĞI BİR HAKKI KULLANMA

Özel hukukun tanıdığı, tedip, intifa, irtifak hakları gibi, bir hakka dayanarak, bu haklarla ilgili olanların mal ve şahıs varlıklarına, hakkın tanıdığı sınır içinde kalmak şartıyla yapılan müdahaleler hukuka aykırı sayılmaz.

### 6. ZARARA ÖNCEDEN RAZI OLMA

Üzerinde serbestçe tasarruf imkânı olan bir hakka, sahibi, müdahale için önceden izin verirse hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Müdahaleye izin önceden verilmelidir; sonradan verilen izin, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz; sadece tazminat talebinden vazgeçme sayılır. Verilen rıza ahlâka aykırı olmamalıdır. Ahlâka aykırı olarak verilen rıza, BK. 20. gereğince batıl sayılır; dolayısıyla hukuka aykırılık devam eder.

#### B) ZARAR

Haksız fiilin dış dünyada ortaya çıkan tabii sonucu zarardır. Zarar, şahsın kendi isteği dışında, mal varlığında veya beklenen mal varlığı artışında meydana gelen azalmadır. Bu eksilmenin sebebi, başkasının kusurlu ve hukuka aykırı fiili sonucunda meydana gelmesi gerekir.

Zararın geniş anlamı içerisine, şahsın mal varlığı ve şahıs varlığındaki azalmalar girer ki birincisi maddi zarar, ikincisi manevi zarardır. Borçlar Kanunu'nun 41. m.si maddi zararı, 49. m.si manevi zararın tazminini göstermektedir.

#### C. İLLİYET BAĞI

Hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki sebep olma ilişkisine İlliyet Bağı denir. Hukuka aykırı fiil zararın sebebi ise aradaki bu sebep olma ilişkisi İlliyet Bağıdır.

İlliyet Bağını, açıklayan çeşitli kuramlar vardır. Bunlardan en önemlisi, şart kuramı ve uygun illiyet bağı kuramı olmaktadır. Türk hukukun-

(21) ÖNEN, T., a.g.e., s. 125.



da şart kuramını Kunter ve Kaneti savunmakta, uygulama ve doktrinindeki çoğunluk uygun illiyet bağı kuramını savunmaktadırlar (22).

#### D. KUSUR

Kusur, hukuka aykırı bir fiilin işlenmesinde failin sahip olduğu iradî durumdur. Failin iradesi hukuka aykırılığa yönelmiş veya hukuka aykırılığın doğmaması için gerekenleri yapmama konusunda pasif kalmış ise, bu eksik irade kusurlu sayılır. Hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi kusur olup behemihal hukuka aykırı bir davranışı gerektirir (23).

Hukuka aykırı kusurlu fiilin sebep olduğu zararın tanzimi gerekir. Haksız fiilin kusur şartı aşağıda etraflıca incelenecektir.

#### III. HAKSIZ FİİLİN KUSUR UNSURU

Gerek BK.da ve gerekse MK.da kusurun tanımı yapılmadığı gibi, üstelik terim birliğine de varılmamıştır. Hatta BK.nun 41. m.sinde başlı başına kusur ifadesine de yer verilmemiştir.

Kusur kavramının Roma hukukunda haksız fiil unsuru olarak kabulü ilk defa M.Ö. 287 tarihli lex Aquilia adlı kanunla olmuştur (24). Bu tarihten önce, kusur, haksız fiilin unsuru sayılmamaktaydı (25). Romalılar, kusuru, dolus (kasd) ve culpa (ihmal) olarak isimlendiriyorlardı.

Roma hukukunda olduğu gibi günümüzde de kusur, haksız fiil sorumluluğunun şartlarından biridir. Buna karşılık kusurun kanunda tanımı yapılmamıştır. Gerek tanımı, gerekse özelliği nedir? Doktrinde kusurun, haksız fiilin subjektif unsuru olduğu fikri hakimdir (26). Kusur, failin ruhi durumunu dikkate alan, onun iradesini gözönünde bulunduran bir kavramdır (27). Bir kimsenin hareketi, hukuk kurallarınca hoş görülmediği, kınandığı takdirde kusur ortaya çıkar (28). Kusur, hukuken reddolunmuş

(22) Şart kuramı ve Uygun İlliyet bağı kuramı için bkz., KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955; EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975; KANETİ, Selim, a.g.e., s. 36.

(23) EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II., Ankara 1988, s. 106.

(24) RADO, T., a.g.e., s. 182.

(25) RADO, T., a.g.e., s. 183.

(26) İNAN, A. N., a.g.e., s. 277; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 477; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 430.

(27) SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 392.

(28) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 439.

ahlâkî bir hareket tarzından ibaret olup bir fiil ile ortaya çıkar (29). Kusur kavramı, hukuka aykırı bir fiil işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen bir zihnin ve ruh hali içinde bulunmasını ifade eder (30). Bir hukukî kuralın fail tarafından isteyerek veya istemeyerek ihlâli kusurdur. Kusur hukukla çelişen bir irade olup, iradenin haksız sonuca yönelmesidir (31). Kısaca kusur, bir irade noksanlığıdır. Bir irade, eğer fail, fiilin hukuka aykırı bir fiil olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve hukuka aykırı sonucu istiyorsa ya da hukuka uygun hareket edebilmek imkânına sahip olduğu halde böyle hareket etmemişse eksik olur, kusurlu olur (32).

Kusur, failin ruhî durumuna sıkı sıkıya bağlı olduğuna göre her harekette ruhî durum değerlendirmeye tâbi tutularak kusur tesbit edilmelidir.

#### A) KUSURUN ŞARTLARI

Kusurun var olabilmesi için, failin ehliyete sahip olması, kınanan bir davranışının olması ve hukuka uygun hareket imkânının bulunması gerekir.

##### 1. KUSUR EHLİYETİ

Kusur, failin normal bir fikrî durumda bulunmasını ve hukuk düzeninin emirlerine uyabilme kabiliyetinin olmasını gerektirir (33). Kusurdan dolayı sorumluluk meydana getirilen zarara değil; failin sorumluluğa ehil olmasına bağlı bir keyfiyettir (34). Bu ehliyet cezaî ehliyetten ve medenî hakları kullanma ehliyetinden farklıdır (35).

Kusur ehliyeti için sadece temyiz kudreti yeterlidir. Bu hüküm MK.un 15. m.sinden kaynaklanmaktadır.

Temyiz kudretinin ne zaman var olduğunu MK. göstermemiş, aksi-ne olmayan halleri sayarak bunun dışında kalanları mümeyyiz saymıştır. Buna göre, yaş küçüklüğü mümeyyiz olmaya engeldir; ancak bu engelin hangi yaşta kalkacağı da belli değildir. Roma hukukunda 7 yaşını tamamlamamış küçükler kusura ehil sayılmamakta (36), 7 ile 12 - 14 ara-

(29) Von TUHR., a.g.e., s. 403.

(30) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 430.

(31) SAKA, Zafer, Kusur, AD. S. 5, 6., Yıl, 1973, s. 442, 443.

(32) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 431.

(33) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 400.

(34) ARSEBÜK, Esat, Borçlar Hukuku C. I, II. Ankara, 1950, s. 118.

(35) Von TUHR., a.g.e., s. 407.

(36) RADO, T., a.g.e., s. 183.

sındakiler kısmen mümeyyiz sayılmaktaydılar (37). Bugün için temyiz kudretine engel olan yaş küçüklüğünü hâkim, önüne gelen meselede failin durumunu gözönüne alarak, tesbit edecektir (38).

Temyiz kudretine engel olan diğer hallerden akıl hastalığı ve akıl zayıflığının da sürekli veya geçici olduğu dikkate alınmalıdır.

Temyiz kudreti nisbî bir kavram olduğundan, her olayda ayrı ayrı ele alınmalıdır (39). Bazı fiiller için var olan temyiz kudreti diğer bazı fiiller için yeterli görülmebilir (40). Her haksız fiilde, o fiilin içinde geçtiği şartlara göre yapıldığı anda, failin temyiz kudretine sahip olup olmadığının somut bir şekilde tesbiti gerekir. Bunun için failin zihnî ve fikri olgunluğu, zarar veren fiilin niteliği; ortaya çıkardığı tehlike derecesi ve önemi gözönüne alınmalıdır (41).

Tüzel kişiler de faaliyetleri sırasında başkalarına zarar vermeleri halinde sorumlu olurlar. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti, organların kurulması ile ortaya çıkar (MK. 47). İrade insana mahsus bir ruh haletidir. Hukukun kabul ettiği, fakat insan olmayan bir varlığın iradesi olabilir mi? Tüzel kişi denen hukukî varlığa vücut veren kollektif irade, aynı zamanda onun faaliyetini de düzenler. Tüzel kişinin kollektif iradesi, organları vasıtasıyla ortaya çıkar, fakat irade organın değil, tüzel kişindir. Bu itibarla kusurlu iradeden organların şahsi kusuru söz konusu olmayıp tüzel kişinin kusurlu sorumluluğu ortaya çıkar. Eğer organın, iradenin açıklanmasında şahsi kusuru varsa her ikisi beraber sorumlu olurlar (42). Organın iradesinden tüzel kişinin sorumlu olabilmesi için işlenen haksız fiilin, tüzel kişinin faaliyet alanında olması lâzımdır (43). Eğer organ, hukuka aykırı bir hareketi organ sıfatıyla değilse herhangi bir gerçek kişi sıfatıyla yapmış olursa, haksız fiil ehliyeti ve sorumluluğu aynen diğer gerçek kişilerin tabi oldukları esaslara göre halledilir; organın bu şekildeki hareketi görevini yaparken ortaya çıksa bile sonuç değişmez (44).

Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlunun ödemede bulunması onun sorumluluğunu gerektirir; ancak borçlu, ödememe halinde kusurunun

(37) KARADENİZ, Ö., a.g.e., s. 290.

(38) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 116; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435; OSER/SCHÖNENBERGER, a.g.e., s. 374.

(39) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 435; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 121; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 57.

(40) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 121.

(41) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 57; İNAN, A. N. a.g.e., s. 283.

(42) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; FEYZİOĞLU, F. N. a.g.e., s. 470; BECKER, H., a.g.e., s. 260.

(43) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; BECKER, H., a.g.e., s. 259.

(44) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 408; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 469.

yokluğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulur (BK. 96). Alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur. Haksız fiilde ise sorumluluk için kusur şart olduğundan, kusurun varlığı da ispat olunacaktır. Kusurun varlığının ispatı, davacıya düşmektedir (45). Kusuru ispat edecek olan taraf, ehliyetin varlığını da ispat etmelidir. Ancak böyle bir ispat külfetini yerine getirmek çok zor ve hatta çoğu zaman imkânsızdır. Bu bakımdan failin kusur ehliyetine sahip olduğuna dair bazı hukukî karineler vardır. Meselâ, reşit olan birinin ehliyet sahibi olduğu, yâni temyiz kudretine sahip olduğu asıldır (46).

Ayrıca, hakim önüne gelen davada, kendi takdiri ile ehliyetin var olup olmadığını kestirecek ve fiil esnasında failin fiilinin sonuçları üzerinde hüküm verecek durumda olup olmadığını (47) re'sen araştıracaktır.

## 2. KUSURLU DAVRANIŞIN FAİLE BAĞLANABİLMESİ

Sağlam bir iradeye sahip failin kusurlu sayılabilmesi için, iradesinin hukuka aykırılığa yönelmesi veya kendisinden bekleneni yapmaması gerekir. Aksi halde zarar, kaza ve tesadüfen ortaya çıkar ki böyle bir zarar haksız fiilden kaynaklanmaz ve tazmini de gerekmez.

## 3. FAILİN HUKUK KURALLARINA UYGUN HAREKET İMKANI

Hukuk düzeni herkesten ortalama bir hareket tarzında hareket etmelerini, bunun dışına çıkmamasını bekler. Ancak şahsın ortalama hareketin dışına çıkmaması için hukuka uygun hareket imkânına da sahip olması gerekir. Aksi halde bir insandan kendi gücünün çok üstünde bir hareket yapması beklenir ki bu da adil olmaz. Bu anlamda başlıca kusursuzluk sebepleri, beklenmedik bir olayın varlığı, mücbir bir sebep, cebir ve ikrahdır (49). Meselâ zorla bir haksız fiil işletilen şahsı kusurlu saymamak gerekir (50).

## B) KUSUR EHLİYETİNİN İSTİSNASI

Temyiz kudretine sahip olmayanlar, haksız fiillerinden kural olarak sorumlu değildir. Bu hüküm, MK.un 15 ve 16. m.lerinin aksi kanıtından çıkmaktadır. Buna karşılık MK.un 15/II. m.sinde «Kanunda muayyen is-

(45) İNAN, A. N., a.g.e., s. 285.

(46) Yarg. HGK. E. 968-2-260. K. 222 T. 29.4.1970. bkz. ERMAN - ELBİR - ERDOĞAN, TİK., 1970 C. II., İstanbul, 1972, s. 3.

(47) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 374.

(49) KATENİ, S., a.g.m., s. 54.

(50) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435; OSER/SCHÖNENBERGER., s. 374.

tisnalar bakidir» demek suretiyle, temyiz kudretinin yokluğu halinde de haksız fiil sorumluluğunun olabileceğini göstermektedir.

Bahsedilen, gayrimümeyyizliğe rağmen sorumluluk istisnası, BK.nun 54. m.sinde gösterilmektedir. Buradaki sorumluluk kusurdan doğmamakta, sebep sorumluluğu olmaktadır (51).

Bu sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır. Failin temyiz kudretinden sürekli veya geçici olarak yoksun olmasına göre ikiye ayrılmaktadır.

Temyiz kudretinden sürekli olarak yoksun olanların sorumluluğu BK.nun 54/l. m.sinde gösterilmiştir. Bu hükme göre, önce hakkaniyetin bulunması gerekir. Yani zarar görenle, gayrimümeyyiz failin mal varlıkları hakim tarafından gözönüne alınarak hakkaniyetin olup olmadığı tesbit edilecektir (52). İkinci olarak failin kusur ehliyetinin olmaması, yani gayrimümeyyiz olmaması gerekir (53). Bu iki şartın bulunması BK.nun 54/l. m.sine göre, sorumluluk için yeterli gibi görünmekte ise de, yeterli gelmemektedir. Bu sorumluluk türünde her ne kadar kusur aranmakta ise de sorumluluk kusurdan tamamiyle soyutlanmamıştır. Sorumluluk için haksız fiilin bütün unsurları bulunmalı, kusur ise sadece ehliyetsizlik ile ortadan kalkmış olmalıdır. Kusurun başka bir sebeple ortadan kalkması veya bulunmaması hakkaniyet sorumluluğunu da ortadan kaldırmır. Fiil eğer mümeyyiz biri tarafından işlendiğinde kusurlu sayılabilecek ise, o zaman gayrimümeyyizin fiili için, BK.nun 54/l. m.sine göre hakkaniyet sorumluluğu doğar (54).

Temyiz kudretinden geçici olarak yoksun olanların, yani fiil esnasında temyiz kudretine sahip olmayanların, bu sebepten kusursuz olmaları onları sorumluluktan kurtarmaz. BK.nun 54/II. m. sine «Temyiz kudretini muvakkaten izaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine meoburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mesul olmaz» hükmü getirilmiştir. Bu fıkranın ikinci cümlesi yanlış tercüme edilmiş olup, doğrusu «Bir kimse temyiz kudretini muvakkaten kaybetmiş ve bu halde zarar ika etmişse, bu halin kendi kusuru olmaksızın tahaddüs ettiğini ispat etmediği takdirde tazminle mükelleftir» şeklinde olmalıdır (55). Burada ispat edilmesi gereken

(51) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 119.

(52) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 405.

(53) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58, 59.

(54) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 58, 59; SAYMEN - ELBİR., s. 405.

(55) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 118.

husus «fiilin kusursuz olarak» işlendiği değil, «ehliyetsizliğin kendi kusuru ile ortaya çıkmadığı olmalıdır» (56).

Bu ikinci fıkrayı da ikili bir ayırma tabii tutmak gerekir. Fail, kusurlu bir davranışı sonucunda ehliyetini kaybetmiş ise sorumluluğu tamdır. Başka bir anlatım ile sanki kusurlu sorumluluk sözkonusudur. Burada kusursuz sorumluluk daha da şiddetlendirilmiş ve olay sırasında gayrimümeyyiz olan şahıs, hakkaniyet şartı bile aramadan, tazminle yükümlü sayılmıştır (57).

İkinci olarak, temyiz kudretinin kaybında failin kusuru yoksa kurtulacağı anlamı çıkmaktadır. Bu hale düşmeye başka sebep olmuşsa failin bu hale düşmesine sebep olan sorumlu olmalıdır (58).

Fail, temyiz kudretinin kaybında kusurlu değilse, sorumlu olmayacağı sonucu, bazı mahzurlar çıkarabilir. Meselâ, iki benzer olayda, faillerden biri sürekli olarak, diğeri ise kendi kusuru olmada geçici olarak gayrimümeyyiz olmuş olsa; birincisi BK.nun 54/I. m.sine göre sorumlu olabilecek, ikincisi ise BK.nun 54/II. m.sine göre sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu iki benzer olayda değişen sadece faillerden birinin sürekli, diğerrinin geçici surette gayrimümeyyiz olmalarıdır. Geçici olarak temyiz kudretini kaybedenin durumu diğerrine göre daha iyi olmaktadır. Böyle bir sonuç ise çelişkidir. Bu sebeple kusuru olmadan temyiz kudretini kaybeden de BK.nun 54/I. m.sine göre sorumlu tutulmalıdır (59).

Öte yandan akla bir soru daha gelmektedir. Sırf kusurun olmaması sebebiyle, meselâ kaza eseri ile meydana gelen zararın tazmin edilmemesi kuraldır. Buna karşılık gayrimümeyyiz ise, fiilinden hakkaniyet gerektiğinde sorumlu tutulacaktır. Olayların her ikisinde de sonuç olarak faillere kusur isnat edilememektedir. Faillerden mümeyyiz olan BK.nun 41. m.sine göre sorumlu tutulamayacak, gayrimümeyyiz olanı ise BK.nun 54. m.sine göre sorumlu tutulacaktır. Bu farklı sonucu ortadan kaldıracak kusursuz mümeyyizi de BK. 54. m.sine göre sorumlu tutmak; zayıf durumda olan mağdurun korunması açısından sosyal bir fayda sağlayabilir. Buna karşılık borçlar Hukuku Sistemimizin kabul ettiği kusur sorumluluğu prensibi ortadan kalkma derecesine gelir. Üstelik hakkaniyet sorumluluğu da sadece hakkaniyet şartına münhasır kalmamaktadır (60). Bu durum ise hakkaniyet sorumlusu gayrimümeyyizin sorumluluğunun alanını daha da genişletmektedir.

(56) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 118.

(57) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 438.

(58) BİRSEN, K., a.g.e., s. 185; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 469.

(59) TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 439.

(60) Sayın Prof. Dr. S. Sulhi Tekinay, yayınlanmamış bir yargıtay kararından

#### IV. HUKUKA AYKIRILIĞIN KUSURDAN FARKI

Hukuka aykırılık, hukuk düzeniyle ilgilidir. Hukuk düzeni şahıslara korunmaya değer haklar tanımış ve bu haklara başkalarının uymasını emretmiştir. Şahıslara hak tanıyan ve bunları koruyan hukuk kuralları, önceden tesbit edilmiş olup, herkes tarafından bilinir olması veya öyle sayılması temel özelliğidir. Hukuk düzeninin fertlerden beklediği davranışlar, genel olarak her şahıs hakkında aynı olup, şahsın subjektif durumu, algılama yeteneği, hukuku bilip bilmemesi gözönüne alınmaz. Fiili gerçekleştirmesi esnasında, şahsın, değişken (alternatif) hareket edebilme imkânının olup olmaması, hukuka aykırılık unsurunun ortaya çıkmasında önemli değildir. Hukuka aykırılık unsuru, fail ile olan bağına sadece fiilde bulur; hukuka aykırılığa muhatap olanda ise, onun sahip olduğu bir hakkın ihlâli sonucunda doğan zararda bulur. Hukuka aykırılık, hukuk kurallarına aykırı olarak zarara dönük, dış dünyada (maddî alemde) meydana gelen hareket ile ortaya çıkar. Bu hareketin objektif ve insanın dış dünyasıyla ilgili oluşu, haksız fiilin objektif unsurunu meydana getirir.

Fiilin, hukuk kurallarıyla çatışması, onu hukuka aykırı fiil haline getirir; insan iradesi ürünü olması ve bu iradenin kınanabilir olması da kusurlu fiil haline gelmesini sağlar. Kusurun olabilmesi için sağlam bir iradenin olması gerekir. Sağlam irade ise şahsın mümeyyiz olmasına bağlıdır. Fail mümeyyiz olmasa bile fiili dış dünyada bir değişiklik yapmış ve bu değişiklik hukuka aykırı ise hukuka aykırılık gerçekleşir. Buna karşılık fiilin irade ürünü olmayışı kusursuzluğu gerektirir. Bundan çıkan sonuç bir fiil hukuka aykırı olduğu halde kusurlu olmayabilir. Halbuki hukuka aykırı fiilde kusur bulunmayabildiği halde her kusurlu fiil hukuka aykırıdır (61). Çünkü kusur, hukuka aykırılığı görmek ve onun sonucunu istemek (kasd) veya hukuka aykırı sonucun doğmaması için yeterli özeni göstermemektir (ihmal). Burada hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsuru arasında bir yakınlaşma ve hatta iç içe olma durumu sözkonusudur. Buna rağmen iki unsurun birleştiği düşünülmemelidir. Çünkü hukuka aykırı fiil kusurlu olmayabilir (62). Bunun en açık misali, mümeyyiz olma-

---

bahisle, kusursuz mümeyyizlerin de hakkaniyet gerektiğinde sorumlu tutulmaları gerektiği görüşünü kabul etmektedir. bkz. TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 439, 440.

(61) KANETİ, S., a.g.m., s. 43.

(62) Yarg. 4. HD. E. 1980/1279, K. 1980/3256, T. 13.3.1980 kararında «bilindiği gibi her kusurlu davranış hukuka aykırı değildir. Ancak, her hukuka aykırı davranış içinde kusurun varlığı tartışmasızdır» diyerek, aksi fikir ileri sürülmüştür. YKD. C. 8, s. 1, s. 31.

yanların fiillerinde görülür. Gerçekten, bir deli, başka birine zarar verirse, hareketinde kusur vardır denemez; zira iradesi yoktur; fakat hukukun çizdiği sınırları aştığı için fiili hukuka aykırıdır (63).

Failin, fiilin kendi iradesine bağlantısının da bulunması gerekir. Bu bağlantı yukarıda da değinildiği üzere, mümeyyiz olmaması durumu ile ortadan kalkabileceği gibi, sağlam iradeye rağmen, iradenin hukuka aykırılığa yönelmemesi ve beklenen özenin de gösterilmesi hallerinde de ortadan kalkar. Her ne kadar fiil içinde bir irade gerekli ise de, buradaki irade hukuka aykırılığa yönelme olmayıp, failin fiil için güttüğü saiktir. Hukuka aykırılıkta ve kusurda saikin önemi yoktur.

Bazan irade, kusur için aranan iradeden önce gelir ve yokluğu, kusurdan ziyade hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Meselâ, bir delinin kendiliğinden verdiği zararda hukuka aykırılığın varlığına rağmen, kusur yokluğundan haksız fiil gerçekleşmez. Buna karşılık, deli, bir başkasının kışkırtması sonucunda zarar vermişse durum başkadır. Çünkü deli bir vasita olarak kullanılmıştır. Delinin fiili hukuka aykırı olmaktan çıkar. Eğer hukuka aykırı sayılıyorsa, kendisi hakkaniyet sorumlusu olabilecekti. Deli açısından hukuka aykırılık ve dolayısıyla hakkaniyet sorumluluğu ortadan kalkmasına rağmen, deliyi kışkırtanın, kışkırtma fiili hukuka aykırı sayılmakta, kışkırtan açısından hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmektedir.

Son olarak, hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsuru arasında, hukuka uygun hareket etme imkânı bakımından da farklılık vardır. Hukuka uygun hareket imkânı olsun, olmasın, fiil hukuk kurallarıyla çatışıyorsa hukuka aykırılık unsuru gerçekleşir. Fakat hukuka uygun davranabilme imkânı yoksa kusur da yoktur. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da, hukuka aykırı bir boykota katılanın, bunu dayanılmaz bir baskı sonucunda yaptığı için, başka türlü hareket imkânı olmadığından kusursuz sayılmıştır (64).

## V — KUSURUN TÜRLERİ VE SORUMLULUĞA ETKİSİ

Haksız fiilin bir unsuru olan kusur, değişik kelimelerle belirtilmiş ve sorumluluğa etkileri bakımından açıkça belli edilmemiştir. Bu türler genel olarak, iradenin aktif olmasıyla kasti, pasif olmasıyla da ihmali oluşur. Sorumluluğun doğması ve sınırın (tazminat miktarının) tayini bakımından ayırım önemlidir.

(63) SAYMEN/ELBİR., a.g.e., s. 445.

(64) Nakleden, KANETİ, S., a.g.m., s. 55.



## A) KAST

Kast hukuka aykırı bir sonuca yönelen iradedir (65). Kastın gerçekleşebilmesi için failin, hukuka aykırıcı sonucu önceden görebilmesi ve onu istemiş bulunması şarttır (66). Hukuka aykırı sonucun önceden görülmesine tasavvur kuramı, bu sonucun fail tarafından istenilmesine de irade kuramı denilmektedir (67).

Kast için hukuka aykırı sonucun isnetilmiş olması yeterlidir; hukuka aykırı fiil sonucunda doğacak zararın istenmesine gerek yoktur (68). Failin hukuka aykırılık, halini bilmemesi kastı ortadan kaldırır; meselâ fail başkasının malını kendi malı sanarak ona zarar vermesi, kastî bir fiili oluşturmaz (69).

Hukuka aykırılığı bilmemek kastı ortadan kaldırır. Çünkü failin hukuka aykırılığı bilmemesi, onun hukuka aykırı sonucu tasavvur etmesine engeldir; dolayısıyla kastın bir unsuru olan tasavvur gerçekleşmemektedir (70). Buna karşılık yalnız hukuk kuralını bilmemek kastın ortadan kalkmasına yeteri gelmez. Şöyleki, normalde hukuk kurallarını herkesin bildiği varsayılır. Yine şahıs hukuk kuralların bilmemekle birlikte, başkalarına zarar vermemeyi, zarardan kaçınmayı bilir ve çoğu zaman da fiilin ahlâken kınanması kast için kâfidir (71).

Failin kasıtlı davranmasının saiki, sonuca etkili değildir; kastı ortadan kaldırmaz (72).

### 1. TÜRLERİ

#### a) VASITASIZ KAST (DOLUS DIRECTUS)

Vasitasız kast, tasavvur edilen hukuka aykırı sonucun fail tarafın-

- 
- (65) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 441; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 128; Von TUHR., a.g.e., s. 404; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 393; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 46; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 374; SAKA, Z., a.g.m., s. 446; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 478; İNAN, A. N., a.g.e., s. 278; ATAAY, A., a.g.e., s. 51.
- (66) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; SAYMEN - ELBİR, a.g.e., s. 393.
- (67) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; ATAAY, A., a.g.e., s. 51.
- (68) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; Von TUHR., a.g.e., s. 404; ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 128; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432; ATAAY, A. a.g.e., s. 53.
- (69) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; Von TUHR., a.g.e., s. 404; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; ATAAY, A., a.g.e., s. 53; ÖNEN, T., a.g.e., s. 135.
- (70) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.
- (71) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.
- (72) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 110; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48; ÖNEN, T. a.g.e., s. 135.

dan açıkça istenmiş olmasıdır (73). Kastın bu türünde fail, hem hukuka aykırı sonucu tasavvur etmiş hem de onu gerçekten istemiştir.

### b. İHMALİ KAST (DOLUS EVANTUALİS)

Kastın varlığı için gerekli olan irade, bazen açıkça hukuka aykırı sonuca yönelmeyebilir. Fail, fiilinin hukuka aykırı bir sonuç doğuracağını tasavvur eder; fakat gerçekleşmeme ihtimaline binaen fiile devam eder veya hukuka aykırı sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesi halinde de sonucu kabullenir (74).

İhtimalî kastta fail, canlı bir tasavvurla hukuka aykırı sonucu görür; fakat bu sonucun gerçekleşmeme ihtimali vardır. Fail bu ihtimale dayanarak istemediği sonuca doğru gider. Ancak fail tasavvuru ile hukuka aykırı sonucu da görür ve böyle bir sonuç ihtimal dahilindedir. Fail, işte bu ihtimali gözönüne alarak fiilinden kaçınması gerekir, fakat ihmal göstererek fiiline devam eder (75).

Sonuç olarak ihtimali kast ile vasitasız kast aynı ağırlığa sahiptir.

## 2. SORUMLULUĞA ETKİSİ

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Hakim, BK.nun 43. m.sine göre hal ve mevkiin icabını ve BK.nun 44/II. m.sine göre müzayaka halini takdirle, tazminat tayin ederken kastı gözönünde tutmalıdır. Eğer fiil, kasten işlenmişse, zarardan daha az bir tazminata hükmedilmemelidir. Tabii bunun yanında fiil kasten de işlense, tazminat zarardan daha fazla olmaz.

Bazı haksız fiil çeşidinde ise kast sorumluluk için bir unsur sayılmaktadır. Ahlâka aykırı bir fiilin husule getirdiği zararın tazmini, failin kastına bağlıdır (BK. 41/II).

### B) İHMAL

İhmal BK.nun 41. m.sinde aynı anlamlara gelen ihmal, tedbirsizlik, ve teseyyüp kelimeleri ile gösterilmektedir. Bunların hepsi ihmal anlamına geldiği gibi tazminatın takdirinde de farklı değer taşımazlar. İhmal, failin, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucu önlemek için hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesidir.

(73) TUNÇOMAĞ, K. a.g.e., s. 441; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 393; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; ATAAY, A., a.g.e., s. 52; İNAN, A. N., a.g.e., s. 278.

(74) TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 441; SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 47; İNAN, A. N., a.g.e., s. 279; ATAAY, A., a.g.e., s. 52; FEYZİ-ÖĞLU, F. N., a.g.e., s. 479; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432.

(75) Doktrinde sonucun istenmemesi ve bu ihmalden dolayı ihtimali kast, kasta yaklaşan ihmal olarak isimlendirilmektedir. bkz. ÖNEN, T., a.g.e., s. 135.

Fail haksız bir neticeyi istememekle beraber hal ve hareketin gerektirdiği tedbirleri almamak suretiyle, haksız sonucun gerçekleşmesine sebebiyet vermekle kusuru, ihmal olmaktadır (76).

### 1. TÜRLERİ

İhmal, oluşu bakımından şuurlu ve şuursuz ihmâl, sonuçları bakımından da ağır ve hafif ihmal olarak ayırılmaktadır.

#### a) SUBJEKTİF AYRIM

Hukuka aykırılığın fail tarafından tasavvur edilmesi ve edilmemesi durumlarına göre şuurlu ve şuursuz ihmal ayırımları ortaya çıkar.

##### aa) Şuurlu İhmal

Fail, hukuka aykırılığı tasavvur edebilmekle, bu sebepten böyle bir neticenin doğmasını istememekte ve hatta yeterli olmayan bir takım tedbirler dahi alabilmektedir. Fail, sonucun doğmasını istememektedir. Buna rağmen hukuka aykırı sonuç çıkarsa şuurlu ihmal (meş'ur ihmâl) söz konusudur.

Şuurlu ihmal ile ihtimali kast arasında sıkı bir benzerlik olmasına rağmen birbirinden farklıdır. Şöyleki ihtimali kastta hukuka aykırılık tasavvur edilmekle, sonuç istenmemekle birlikte gerçekleşmesine de rıza gösterilmektedir. Şuurlu ihmâlde ise sonuç tasavvur edilmekte ve fakat istenmemektedir de (77). Hatta sonucun gerçekleşmemesi için tedbir dahi alınmaktadır.

Tedbir alıp almamak kesin olarak ayırım için kâfi gelmemektedir. Çünkü çoğu zaman fail, tasavvur ettiği hukuka aykırılığın gerçekleşmeyeceği ümidi ile tedbir dahi almamaktadır (78).

##### bb) Şuursuz İhmal

Failin fiilinin sonucunu tasavvur etmemişse ve bir haksız fiile sebep olmuşsa; bu fiilde ne tasavvur ne de irade vardır. Ancak hal ve şartlar failin fiilinin sonucunu tasavvur edebilecek durumda olduğunu gösterirse ve failde fiilinin sonucunu, gerekli dikkati sarfettiğinde görebilecek durumda ise şuursuz ihmâl vardır (79).

(76) Von TUHR., a.g.e., s. 405; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 395; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48.

(77) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 111.

(78) BİRSEN, K., a.g.e., s. 182.

(79) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 111; BİRSEN, K., a.g.e., s. 183; Von TUHR., a.g.e., s. 405; ATAAY, A., a.g.e., s. 56; İNAN, A. N., a.g.e., s. 280.

Şuurlu ve şuursuz ihmalin birbirinden farklılığı, hukuka aykırılığın önceden tasavvur edilememesinden kaynaklanmaktadır. Önceden hukuka aykırı netice tasavvur edilmiş ve fakat yeterli tedbir alınmamışsa, şuurlu ihmal sözkonusudur. Hukuka aykırılık önceden tasavvur edilmemiş, ama bu tasavvur yokluğu şahsın dikkatsizliğinden kaynaklanmışsa şuursuz ihmal sözkonusu olur.

### b) İHMALİN DERECESESİNE GÖRE AYRIM

Kast ve ihmal kusurun dereceleridir. Kast doğrudan doğruya iradenin hukuka aykırı sonuca yönelmesi olduğu için derecelenmesi mümkün değildir. İhmal ortalama hareket tarzından ayrılma olduğuna ve bu ortalama harekete uyum, herkesten aynı ölçüde beklenemeyeceğine göre, ağır ve hafif olmak üzere derecelenmektedir.

Kusurun en hafifi bile sorumluluk için yeterlidir (80). Kusuru, kast, ihmal olarak ikiye ayırmak ve ihmali de ağır ve hafif ihmal şeklinde derecelemenin faydası, BK.nun 43. m.sinde hakimnin takdirine kolaylık sağlamak içindir.

#### aa) Ağır İhmal

Normal bir kimsenin aynı hal ve şartlar altında görebileceği ve yapabileceği en basit özen ve dikkatin gösterilmemiş, yapılmamış olması ağır ihmaldir.

#### bb) Hafif İhmal

Normalin üstünde dikkatli, tedbirli, bilgili bir insanın göstereceği özenin bulunmaması hafif ihmaldir.

## 2. SORUMLULUĞA ETKİSİ

Kusuru derecelendirirken kast ve ihmâl ayırımı görülmesine karşılık; ekseriya kusurun tazminata etkisi, ağır ve hafif kusur ayırımında kendisi göstermektedir. Tazminatı etkileme açısından, kast her zaman için ağır kusur sayılmakla beraber, ihmal, duruma göre hem ağır hem de hafif kusur içinde yer bulmaktadır.

Ağır ihmal, ekseriya kastla aynı değere sahiptir. Bu halin tipik misâli, BK.nun 44/II. fıkrasındaki, failin tam tazminat halinde müzayakaya düşeceği hallerde tazminatın eksiltilmesine gidilemeyeceği kuralında gö-

(80) ÖNEN, T., a.g.e., s. 137; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 434; OSER-SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 376.

rülür.

Tazminatın daha düşük miktarda tayinine kusurun etkili olması en çok hafif ihmâlde görülmektedir. Failin hafif kusurundan dolayı, zararın bir kısmına katlanmak zorunda kalan mağdur için bu sonuç ağır gelebilir. Fakat zararın tamamını da hafif ihmâlli failin çekmesi de adîl değildir (81). Bunun sebebi de toplumun olaylar karşısında gösterdikleri tepkide görülebilir. Şöyle ki, kasten adam öldüren ile, ihmâl ile adam öldürene karşı gösterilen tepki farklıdır; birincisine daha ağır, ikincisine ise daha hafif olmaktadır (82).

Bu sebepten dolayıdır ki, hafif ihmal ile yapılan zararın tamamı değil, daha az bir kısmı tazmin ettirilir. Bilhassa failin tazminat ile müzayaka hali sözkonusu olunca ve bu tazminatın mağduru da etkilemeyeceği anlaşılınca tazminattan bile vazgeçilebilir. Müzayaka halindeki fail, kısa bir müddet sonra durumunu iyileştirmişse, mağdur tarafından yeniden dava açılarak, müzayaka sebebiyle yapılan tenzilatın ortadan kaldırılması hakkaniyete ve adalete uygun düşer (83).

Kusurun hafif ihmâl derecesinde olması, muhakkak zararın daha az olarak tazmin edilmesini gerektirmez. Eğer fail zengin, buna karşılık mağdur çok fakir ise zararın tamamı tazmin ettirilebilir (84). Hatta zarar, çok az ise, tamamı tazmin ettirilebilir (85).

### 3. İHMALİN TAKDİRİ

İhmalin ağır veya hafif olduğunu, bunların hangi noktalarda başlayıp ve biteceğini, alt ve üst sınırını kestirmek çok güçtür.

Bir olayda kusurun kasıt veya ihmal derecesinde olduğunu, ihmal derecesinde ise, ağır veya hafif ihmal olduğunu, yahut da olayın tesadüf ve kaza sonucu ortaya çıkarak kusurdan arındığını hakim tesbit edecektir (86). Kusurun derecesi tesbit olunurken önce kasıtlı veya ihmali olup olmadığı belli edilmelidir. Çoğu zaman ihtimali kast ile şuurlu ihmal birbirine karıştırılabilmektedir (87).

(81) BECKER, a.g.e., s. 265.

(82) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 317.

(83) Von TUHR., a.g.e., s. 101.

(84) BECKER., a.g.e., s. 265.

(85) BECKER., a.g.e., s. 265.

(86) SAYMEN - BİLİR., a.g.e., s. 396; İNAN, A. N., a.g.e., s. 282; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 443.

(87) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 109; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 432.

İhmalin varlığını ve derecesini tayinde, net ve kesin bir ölçü yoktur (88). Hâkim önüne gelen her olayda ihmali ve derecesini ayrı ayrı takdir eder (89). Şu halde, ihmali geniş ölçüde takdire dayanan bir kavramdır. Hakim takdirini nasıl yapacaktır? Takdir için iki ölçü bulunmaktadır; subjektif ölçü ve objektif ölçü.

Subjektif ölçüye göre, bizzat olayın faili ele alınarak, ondan, olayda beklenileni yapıp yapmadığına bakılır. Bunun için sözkonusu olayda bizzat failin kendisinin nasıl davranması gerektiği tesbit edilir, ardından da bu davranışı ne ölçüde gösterip göstermediğine bakılarak ihmalin derecesi tesbit edilir. Günümüzde artık bu ölçü terk edilmiş olup (90), hukukumuzda sadece BK.nun 528. m.sinde bu tür ölçü aranmaktadır.

İkinci yol, faili başka bir şahısla kıyaslamadır. Bu usule objektif (mücerret) usul denmektedir. Objektif ölçünün, subjektif ölçüye tercih edilmesinin sebepleri olarak, şunlar gösterilmektedir: «a) İnsanların zekâ ve irade gibi derunî vasıflarını, maharet ve kabiliyetlerini lâıykıyla tesbit etmek imkânsızdır. b) Cemiyet hayatında emniyet mülâhazası, fertlerden faaliyetlerinde şahsi vasıfları ne olursa olsun asgari derecede muayyen bir ihtimam gösterilmesinin beklenmesini icabettirir.» (91).

Kıstas olarak kullanılacak soyut tip, mâkul ve mazbut bir kimsedir. Böyle bir kimsenin, failin fiili gibi olan hallerde, kaçınılmaz sayacağı önlemlere göre ihmali derecesi takdir edilir (92). Çünkü aynı şartlar altında herkesten aynı hareket beklenir.

Objektif tip tesbit edilirken memlekette yaşayan insanların ortalama tipi mi, yoksa failin durumuna uygun tip mi alınmalıdır? Bu usulde failin temyiz kudreti hariç, şahsi özelliklerine pek fazla değer verilmemektedir (93). Buna karşılık tesbit edilen ortalama tipin her hadiseye uygulanması da hakkın kaybolmasına sebep olabilir. Objektif tip bulunurken fail dikkate alınmalı, onun yaşına, cinsiyetine ve kültür seviyesine göre (94) ortak bir tip bulunmalıdır (95). Bu durumda failden beklenen iyi bir aile

(88) SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 396.

(89) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 112; SAYMEN - ELBİR., a.g.e., s. 396; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 443.

(90) İNAN, A. N., a.g.e., s. 282.

(91) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 51.

(92) Von TUHR., a.g.e., s. 406.

(93) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 50.

(94) Hakime duruşmada «yahu» sözünü sarfeden sanığın kültür durumu dikkate alınarak hakaret kastının olmadığına dair Yarg. 4. CD. E. 1981/5835 K. 1981/5342 T. 18.9.1981 karar bkz. YKD. C. 7, Yıl 1981 S. 11 s. 1498.

(95) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 59.

reisinden (bonus paterfamilias) beklenen ihtimam olmayıp, iyi bir işadami, doktor, mühendis v.s.nin ihtimamı olmaktadır (96).

Failin davranışı, belli bir çevrede veya meslek grubunda normal karşılanıp kınanmaması hali, ihmali ortadan kaldırmaz (97). Failin iş hayatının gereklerine uyması, umumun korunması, asayişin sağlanması için konan mevzuata uyması, eğer daha fazla özeni gerektiriyorsa, yeterli gelmemektedir (98).

Failden beklenen özen olayın soyut gereklerine göre de takdir edilir; yoksa uygulamada alışıl gelen ihtimama bakılmaz (99).

Çoğu zaman kusur, bilgisizlikten bedenî kabiliyetin ve maharetin noksanlığından ileri gelir. Böyle durumlarda faile kusur yüklemek doğru değilse de başaramayacağı işleri yaptığından, gerekli olan kaçınma görevini yerine getirmediğinden kınanır ve ihmali bu noktada açığa çıkar (100).

Sonuç olarak faile uygun düşen objektif tipin yapacağı harekete göre failin ihmali ve ihmalinin derecesi bulunur.

## VI — KUSURUN ORTADAN KALKMASI

Faile, kastının ve ihmalinin yokluğu sebebiyle kusur atfedilememesi onu kusura dayalı sorumluluktan kurtarır.

Bazı durumlarda tabii kast mevcut olmakla beraber kusur ortadan kalkar. Meselâ ağır bir tehditle ve cebir altında işlenen hukuka aykırı fiilin kast unsuru kalkmamakla beraber, tehdit ve cebir kusuru bertaraf edici sebep olarak ortaya çıkar (101). Failin mevcut ve beklenen iradesi dışında bir sebeple, fiilinin gerekli kıldığı tedbiri alamamışsa da ihmali ortadan kalkar (102).

## VII — KUSURLU SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Kusura dayalı haksız fiilin tabii sonucu tazminattır. Şartların varlığı halinde mağdur, zararın doğmaması veya henüz doğmuş zarar için faile karşı kuvvet kullanma yetkisine sahiptir. Mağdur bu haklarını kullanma-

(96) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377.

(97) BECKER, H., a.g.e., s. 252.

(98) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 54.

(99) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 13.

(100) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 115; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 377.

(101) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 48; TEKİNAY, S. S., a.g.e., s. 435.

(102) Von TUHR., a.g.e., s. 406.

dığı takdirde artık kendisi zararını faile tazmin ettiremez, aksi takdirde ihmaki hak olur. Bu gibi hallerde mahkemede dâva açması gerekir.

Failin sorumluluğu, kusur açısından kusurun derecelerine göre tesbit edilir.

Zararın doğmasında failin yanında mağdurun da kusuru olabilir; müterafik kusur denen bu hal de dikkate alınır.

Zarar birden çok şahsın fiili ile doğmuş ise bunların mağdura karşı sorumlulukları ve sorumluluğun kendi aralarında paylaştırılması da haksız fiil sorumluluğunun sonuçlarındandır.

### VIII — ZARAR GÖRENİN DE KUSURLU OLMASI (MÜTERAFİK KUSUR)

Zarar gören tarafın, zararlı fiilin yapılmasına önceden izin vermesi sonuçlarını daha doğmadan kabul etmesi veya fiilin yapılmasına bizzat kendisinin de katılması veya mevcut zararın artmasına yardım ederek failin durumunu ağırlaştırması halinde tazminat ya tamamen veya kısmen indirilir (BK. 44/1).

Borçlar Kanununda bu anlamda yerini bulan hollere doktrinde «müterafik kusur», «zarar görenin kusuru», «birlikte kusur» denilmektedir (103).

Doktrinde kullanılagelen bu çeşit deyimler, kusur kavramıyla beraber kullanıldıkça hatalıdır. Çünkü; hiç kimse kendi hakkını korumaya mecbur tutulmamıştır (104). Bu sebepten şahsın kendisine zarar vermesi, hukukun emri olmayıp, şahsî menfaati gereğidir (105). İster müterafik kusur, ister zarar görenin kusuru veya birlikte kusur denilsin, lafzen yanlış olmamakla beraber artık «galat-ı meş'ur» olmuş bulunmakta ve sırf BK.nun 44/II, m.sinin gösterdiği halleri içine almaktadır.

Zarar görenin zarara rıza göstermesi müterafik kusur sayılmaktadır. Esasen zarara rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığından, fiilin haksız fiil olmasına engel olmaktadır. Zarara razı olma her zaman için geçerli olmayabilir. Hukuken geçerli olmayan rıza, haksız fiilin gerçekleş-

(103) ARSEBÜK, E. a.g.e., s. 141; BİRSEN, K., a.g.e., s. 202; Von TUHR., a.g.e., s. 103; BERKİ, Ş., a.g.e., s. 137; KISAGÜN, Adli, Müterafik Kusur, ABD. 1961 C. 18 s. 12. v.d.; TUNÇOMAĞ, K., a.g.e., s. 484; FEYZİOĞLU, F. N., a.g.e., s. 533; ATAAY, A., a.g.e., s. 99; GÖKTÜRK, H. A., a.g.e., s. 97; TANDOĞAN, H. a.g.e., s. 318; SAKA, Z., a.g.m., s. 443; ÜNAL, M. a.g.m., s. 423.

(104) ARSEBÜK, E., a.g.e., s. 142; Von TUH., a.g.e., s. 103.

(105) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 143.



mesine engel olmaz. Ancak, zarar da müterafik kusurla gerçekleşmiş olur ve tazminat da düşürülür (106). Burada kastedilen rıza, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek haklarla ilgilidir; aksine tasarrufu mümkün haklar için verilen rıza, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla tazminatı ortadan kaldırır (107).

Rızanın, zararın doğumundan önce verilmiş olması lâzımdır. Sonradan verilen rıza, konuyla ilgili olmayıp, tazminat alacağından vazgeçme sayılır.

Zararı meydana getiren fiile yardım etmekte müterafik kusurdur. Yalnız bu durumda çok hassas davranılmalıdır. Eğer zararın tamamı mağdurun fiilinden doğmuşsa, zararlar failin fiili arasındaki İliyet Bağı kopmuşsa tazminat borcu doğmaz (108). Meselâ, ev sahibinin içki şişesine zehir koyarak buzdolabına koymak suretiyle gösterdiği ihmâlkâr davranışı, eve gelen yakın bir misafirin bunu içmek suretiyle gördüğü zarar, müterafik kusurdan doğar. Ama bu zehiri eve gizlice giren hırsız içerse, hırsızın gördüğü zarardan ev sahibi sorumlu olmaz.

Meydana gelen zararın artmasına mağdurun sebep olması da müterafik kusurdur. Mağdur kendi fiili ile zararı arttıramayacaktır. Aynı zamanda zararın artmaması için tedbir alacaktır. İstenilen tedbir, normal ve makûl bir insanın kendi işlerinde kendi menfaati icabı veya kaçınması lâzım gelen hareket tarzıdır (109).

Verilen zarar, bir ameliyatı gerektiriyorsa, mağdur buna izin vermedir. Eğer ameliyat çok riskli ve neticede pek ümitli değilse, ayrıca fail tarafından masraflar temin edilmemişse, mağdur ameliyata izin veremez; aksi halde izin vermeme müterafik kusurdur (110).

Eğer beklenen makûl hareket, mağdurun şahsî bir eksikliğinden ileri geliyorsa; meselâ mağdur âmâ, sağır veya gayrimümeyyiz işe, onun, kusuru sözkonusu olamayacağından, müterafik kusur hükümleri uygulanamaz (111). Gayrimümeyyiz küçüklerin de kusuru olamayacağından tazminatın tayininde müterafik kusur hükümleri uygulanamaz (112).

(106) SCHWARZ, A., a.g.e., s. 143; TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 321.

(107) OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 406.

(108) BERKİ, Ş., a.g.e., s. 141.

(109) TANDOĞAN, H., a.g.e., s. 319; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 408.

(110) Von TUHR., a.g.e., s. 108.

(111) Von TUHR., a.g.e., s. 104; OSER - SCHÖNENBERGER., a.g.e., s. 409; KISAGÜN, A., a.g.m., s. 11.

(112) KISAGÜN, A., a.g.m., s. 12; Yarg. 4. HD. E. 1981/1247 K. 1981/3013 T. 11.3.1981 YKD. C. 7 Yıl 1981 S. 11, s. 1422.

Gayrimümeyyizler, hakkaniyet icap ettiğinde BK.nun 54/1 kıyasen, kendilerine bağlanamayan kusurlu hal yükletilerek müterafık kusur hükümlerine göre tazminat tayini yoluna gidebilir (113).

Müterafık kusuru iddia eden tazminat yükümlüsü bu iddiasını ispat eder. Müterafık kusurun tazminata ne derecede etki edeceğini hakim takdir ve tayin eder.

### SONUÇ

Kusurun haksız fiilde iki önemli fonksiyonu bulunmaktadır. Birincisi, haksız fiilin esaslı unsurlarından olması sebebiyle, yokluğu haksız fiil sorumluluğunun doğmasına engel olur. İkincisi, kusurun derecelenmesi ile haksız fiil sorumluluğunun sınırı da esneklik kazanır. Ağır kusur (kasıd veya ağır ihmal) halinde tazmin sorumluluğu, zararın tamamı veya tamamına yakındır. Hafif kusur (hafif ihmal) halinde ise tazminat, oluşan zarardan daha az olabilir.

Kusur, failin dışında zarar gören açısından da ele alındığında (müterafık kusur halinde) ya zarar verenin sorumluluğu azalmakta veya tamamen ortadan kalkmaktadır.

Kusursuz sorumluluk hallerinde kusur, doğrudan doğruya sorumluluk unsuru olarak aranmamakla beraber, sorumluluğun doğmasında önemli yeri vardır.

Sonuç olarak kusur, sorumluluğun doğması ve tazminat miktarının tesbitinde önemli bir göreve sahiptir.