

COMMON LAW HAKSIZ FİİLLER HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ VE İHMALE DAYANAN HAKSIZ FİİLLER*

Arş. Gör. Selin ÖZDEN MERHACI**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

ÖZ

Common Law hukuk düzeni günümüzde birçok ülkenin dahil olduğu en büyük hukuk sistemlerinden biridir ve kıta Avrupası hukukuna oldukça yabancıdır. Özellikle hukukun birleştirilmesi çabaları göz önüne alındığında bu hukuk sisteminde haksız fiillere ilişkin kuralların derinlemesine incelenmesi gerektiği açıktır. Kıta Avrupası hukuklarında fazlaca önem arz etmeyen kasıt ve ihmâl ayrımı haksız fiiller hukuku bakımından bu hukuk düzenini oldukça ilgi çekici kılmaktadır. Bu çalışmada Common Law'da genel olarak haksız fiiller ve daha sonra ihmalle işlenen haksız fiillerin şartları hakkında kısaca bilgi verilmesi ve karşılaştırmalı hukukun işlevsel denklik ilkesi çerçevesinde benzerlik ve farklılıkların tespitini amaçlamaktadır. Son olarak ise hukukun birleştirilmesi çalışmaları çerçevesinde getirilen çözümler ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: kasıt, ihmâl, özen yükümü, zarar, nedensellik bağı



AN OVERVIEW OF COMMON LAW OF TORTS AND THE TORT OF NEGLIGENCE

ABSTRACT

Common Law system is one of the major systems, consisted of legal systems from various countries, being significantly different when compared to the Continental Law. When we take into consideration, the efforts of unification in law, it is apparent that we need a comprehensive examination of the tort rules. One of the major factors that make this legal family extremely attractive within the context of tort law, is the distinction between intent and negligence, which is not a significant issue for the Continental Law. In this study it is firstly aimed to enlighten the general tort law and to brief the conditions for the tort of negligence. Secondly, determination of the similarities and differences are represented in the light of functional method of the comparative law. Finally, the solutions in the context of unification are explained.

Keywords: intention, negligence, duty of care, damage, causation

1) GİRİŞ

Dünya üzerindeki en büyük hukuk düzenlerinden biri olan *Common Law* hukuk düzeni, kıta Avrupası hukukçusuna oldukça yabancısıdır. Bu hukuk düzeni Roma hukukunun kurum ve kurallarını benimsememiş, devrimci bir düşünce sonucu oluşmamış ve kodifikasyon düşüncesinden etkilenmemiştir^[1]. Kıta Avrupası hukukundan en çok ayrılan yönü ise bu hukuk düzeninde kapsamlı kodifikasyonların bulunmaması ve içtihat hukukuna (case law) dayanmasıdır^[2].

Common Law terimi müşterek hukuku ifade eder. Müşterek hukuk örf ve adet hukukuna dayanır. Bu hukuk sistemi İngiltere’de doğmuş ve birkaç istisna dışında tüm İngilizce konuşulan ülkeleri etkilemiştir^[3]. *Common Law* tabiri başka farklı anlamlara da sahiptir. Bu terim; İngiltere’de gelişen, uygulanan ve İngiltere’ye özgü hukuku; 12. yüzyılda krallık veya *Common Law* mahkemeleri tarafından yaratılan hukuku, son olarak ve bu çalışmada da kullanıldığı anlamda sömürgecilik hareketleriyle veya gönüllü olarak birçok ülkede benimsenen hukuk sistemini ifade eder^[4].

İçtihat hukuku olan Case Law ise, mahkeme kararları ile yaratılan ve bağlayıcı olan hukuktur. *Schwarz*’ın ifadesiyle bu hukuk düzeninde “mahkeme kararlarının bağlayıcı kudreti prensibi (*binding precedents-stare decisis*)” geçerlidir. Bunun anlamı mahkeme kararlarının kanun gücünde olmasıdır. Her mahkeme kararı bir örnek oluşturur, tüm mahkemeleri bağlar^[5] ve bu kural *Common Law* hukuk düzenine dahil ülkelerin en önemli ortak özelliğini oluşturur.

Common Law’da haksız fiil hukukunun tarihi gelişimine gelindiğinde Roma hukukunun gelişimiyle bazı açılardan benzer bir süreç karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuk düzeninde haksız fiillerden doğan sorumluluk, Roma hukukunda olduğu gibi, belirli sorumluluk tipleriyle sınırlı olarak gelişim göstermiştir. İngiliz hukukunda *writ*’ler, haksız fiil hukukunun temeli sayılmaktadır. *Writ* aslında bir usul hukuku kavramıdır ve mahkemeye başvurabilmek için yargı sisteminin başı olan *Lord Chancellor*’dan alınan bir belgeyi ifade eder. Önceleri *writ* elde edilemezse dava açılabilmesi de mümkün değildi. *Writ*’ler olay grupları ve sayı bazında sınırlandırılmıştı ve her bir *writ* kendi usul hukuku düzenlemelerine tabiydi. Eğer davacı yanlış *writ* kullanarak dava açarsa, davası başka bir *writ*

[1] Anglo-Amerikan hukukunun tarihi gelişimi ve temel özellikleri için bkz.: Oğuz A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 253 vd; Davran B.: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963, s. 181 vd.

[2] Oğuz, s. 253-254.

[3] Bu istisnalar, İskoçya, Güney Afrika ve Louisiana’dır. David R./Brierley J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, London 1968, d. 258, dp. 1.

[4] Cruz P.D.: Comparative Law in a Changing World, London 1999, s. 101.

[5] *Schwarz* A.B.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3, 1937, s. 225.

çerçevesinde değerlendirilebilen bir talep olsa da reddedilmekteydi^[6]. Bu tarihsel gelişim sürecinde yanlış *writ* seçimi sebebiyle talebin reddedilmesi kuralı hukuk düzeninden çıkartılmış olsa da bugün hala *Common Law* hukukçuları dava açmadan önce haksız fiilleri sınıflandırmakta ve eylemin bu geleneksel haksız fiil türlerinden birinin şartlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirmektedir^[7].

II) COMMON LAW'DA HAKSIZ FİLLER

Günümüzde kıta Avrupası hukukçuları haksız fiilleri, iki temel düşünceye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, zarar verenin, zarar görenin herhangi bir hakkını veya hukuken korunan menfaatini ihlal etmesi halinde verdiği bu zarardan sorumlu olmasıdır. Ancak bu düşünce *Common Law*'un geleneksel yaklaşımı değildir. Bu hukuk düzeninde zarar gören kimsenin zararının tazminini talep edebilmesi, talebinin yukarıda da bahsedilen geleneksel dava formüllerinden (*writ*) birine uygun olmasına bağlıdır. Bu formüller ise kıta Avrupasında olduğu gibi korunmaya değer menfaatlerin listesi değildir^[8].

Nitekim *Common Law* hukukunda haksız fiiller (*torts*), kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi genel bir kurala bağlı değildir. Bu hukuk düzeninde haksız fiiller belirli tiplerle sınırlandırılmış ve sınırlı sayıda olup, bütün haksız fiilleri kapsayan unsurlar da bulunmamaktadır. *Common Law* hukuk düzeninde çeşitli türlere ayrılan haksız fiillerin kendine özgü unsurları vardır ve her biri farklı hukuki değerleri korumaktadır. Başka bir ifadeyle *Common Law* hukukçusu, bir fiilin haksız fiil olup olmadığını tespit etmek için kıta Avrupası hukukunda olduğu gibi, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı gibi bir takım unsurların bir arada bulunup bulunmadığını tespit etmek için çaba göstermez. *Common Law* hukukçusu, haksız fiilin tespitinde eylemin, hukuk düzeninin haksız fiil olarak kabul ettiği eylemlerden biri olup olmadığına bakar^[9]. Bu haksız fiillerden bazıları; *tresspass*^[10] *to person* (kişiye tecavüz), *tresspass to land* (taşınmaz mala tecavüz), *tresspass to chattels/goods* (taşınır mala tecavüz), *nuisance* (yararlanma hakkının ihlali), *defamation* (şeref ve haysiyetin ihlali), *malicious prosecution*

[6] Van Dam C.: *European Tort Law*, New York 2006, s. 87.

[7] Zweigert K./Kötz H.: *Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, s. 605.

[8] Gordley J.: *Foundations of Private Law*, Oxford 2006, s. 164.

[9] Gordley J./von Mehren A. T.: *An Introduction to the Comparative Study of Law*, Cambridge 2006, s. 240; von Bar C.: *The Common European Law of Torts Vol.I*, Oxford 1998, s. 281 vd.; Zweigert/Kötz, s. 605.

[10] İngiliz hukukunda kabul edilen en eski haksız fiil türü olan tecavüz (*tresspass*), doğrudan müdahaleye (*direct interference*) dayanır ve zararın kanıtlanmasına gerek olmadan dava edilebilir. Mala ve taşınmaz mala tecavüz hususunda tartışmalar olmakla birlikte günümüzde bu tür haksız fiillerin sadece kasıtlı işlenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir; Youngs R.: *English, French & German Comparative Law*, London 2007, s. 340.

(kötüniyetle suç itham etme)'dir^[11]. Bu birbirinden bağımsız haksız fiillerin hepsi, kendine özgü unsurlara ve hukuka uygunluk nedenlerine sahiptir ve hepsi kişinin farklı bir menfaatini korumayı amaçlar. Örneğin, şeref ve haysiyet kırıcı haksız fiiller (*defamation*) kişinin şeref ve haysiyetine ilişkin menfaatleri, yararlanma hakkının ihlali (*nuisance*) ise kişinin taşınmaz malını kullanma ve yararlanma menfaatlerini korur^[12].

Kıta Avrupası haksız fiiller hukukunun ikinci temel düşüncesi ise, bir kimsenin verdiği zarardan sorumlu olmasının üç temel sebebinin bulunmasıdır. Bunlar kural olarak zarar verenin eyleminin kasıt veya ihmal içermesi veya failin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu olmasıdır^[13]. Başka bir ifadeyle eylemin kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk kapsamında zarar verenin sorumluluğunun doğmasıdır. *Common Law* hukuk düzeninin tarihi gelişimine bakıldığında kasıt (*intent*), ihmal (*negligence*) ve kusursuz sorumluluk (*strict liability*) ayırımının kesin çizgilerle çizilmediği görülmektedir. Bu ayırım 19. yüzyılın sonları, 20. yüzyılın başlarında netlik kazanmıştır. Özellikle doktrinde eylemin ihmalle işlenmiş olması halinde zarar verenin sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusu uzun yıllar tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda ihmal, bir haksız fiil türü olarak sorumluluk hukuku kapsamına alınmıştır^[14].

Kusur açısından yaklaşıldığında da *Common Law* hukuk düzeni kıta Avrupasından ayrılmaktadır. Bu hukuk düzeninde kusur; kasıt, ihmal veya kötüniyet (*malice*) olarak değerlendirilir ve eğer bunlardan biri bir haksız fiilin şartı değilse, o zaman sorumluluğun doğması için zararın kusursuz sorumluluk çerçevesinde değerlendirilebilen bir fiil sonucu doğmuş olması gerekir. Kötüniyet *Common Law*'da iki anlama sahiptir; “*makul bir gerekçe olmadan hukuka aykırı bir fiilin kasıtlı işlenmesi*” ve “*bir kimsenin uygun olmayan veya ek bir saikle eylemi işlemesi*”. Kötüniyet genellikle ikinci anlamıyla kullanılmaktadır ve bu tür bir eylem genellikle haksız fiiller hukukunu ilgilendirmemektedir. Çünkü bir kimsenin bir eylemi yapmaya hakkı varsa, bu eylemi yaparken ki saiki haksız fiiller hukukunu ilgilendirmez. Ancak bunun istisnaları vardır. Bunlardan ilki kötüniyetin haksız fiilin oluşması için gerekli şartlardan biri olmasıdır. Örneğin, kötüniyetle suç itham etme gibi. Bir diğer durum da kötüniyetin sorumluluk ile ilgili olmasıdır. Örneğin yararlanma hakkının ihlalinde kötüniyet uygun bir eylem, uygun olmayan bir eylem haline dönüştürmektedir. Örneğin kişi yan dairede müzik dersi verirken gürültü yapmasından rahatsız olan komşunun ders

[11] *Common Law* haksız fiil hukukunda isimli haksız fiillerden (nominate torts) söz edilmektedir. Rudden yaklaşık 70 çeşit haksız fiilin varlığından söz etmiştir ve bu haksız fiil türleri gün geçtikçe artmaktadır; Ayrıntılı bilgi için bkz.: Rudden B.: *Tortices*, 67 *Tul. Civ. L. F.* 1991-1992, s. 111-120.

[12] Cooke J.: *Law of Tort*, Edinburgh 2005, s. 25; Elliott C./Quinn F.: *Tort Law*, Edinburgh 2007, s. 16.

[13] Gordley, s. 165.

[14] Gordley, s. 174.

saatlerinde duvara vurarak ve bağırarak kötüniyetle gürültü yapması yararlanma hakkının ihlalini oluşturduğu kabul edilir^[15].

Kasıt ise, *tresspass*'da (tecavüzde) kasıt, failin öngörebildiği fakat sonuçlarını dikkate almadan eyleme devam ederek hukuk düzeni tarafından yasaklanan sonucun oluşmasına yönelik isteği anlamına gelir. Bu durumda kasıt failin eyleminde aranır, eylemin yol açacağı zararlı sonuçlarda ise kasıt aranmaz^[16].

III) COMMON LAW'DA İHMALE DAYANAN HAKSIZ FİİLLER

Bir haksız fiil türü olarak ihmal, sanayide makineleşmenin ve bunun yol açtığı kazaların artması sonucu *Common Law* hukuk düzeninde ayrı bir haksız fiil türü olarak ele alınmaya başlanmıştır. Bu tip kazaların yaygınlaşması sonucunda hukuk düzeni, eylemde kasıt bulunmadığından zarar verenin sorumluluğunun doğması için özen eksikliğine dayanmaya mecbur kalmıştır^[17].

Common Law hukukunda Kıta Avrupası hukukunun anladığı anlamda haksız fiillere benzer olan haksız fiil kategorisi ihmale dayanan haksız fiillerdir (*negligence*). Çünkü bu tür haksız fiillerde kıta Avrupası hukuklarında olduğu gibi, sorumluluğun doğması için öngörülen genel şartların olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılır.

İhmal, birden fazla anlama gelir. İlk anlamıyla ihmal haksız fiilin bir türü, ikinci anlamıyla ise özensiz davranıştır^[18]. İhmale dayanan haksız fiiller diğer haksız fiil türlerinden farklı olarak birçok menfaati aynı anda korumaya hizmet eder ve bu menfaatler arasında tek ortak özellik zarar verenin fiilinin ihmalle işlenmiş olmasıdır.

İhmale dayanan haksız fiillerin şartları şu şekilde sıralanabilir; Özen yükümü (*duty of care-reasonable care*) ve ihlali, nedensellik bağı ve zarar^[19].

[15] Cooke, s. 9-11.

[16] Cooke, s. 10-11.

[17] Zweigert/Kötz, 1998, s. 609.

[18] Howarth D.: Textbook on Tort, Oxford 1995, s. 25; Cooke, s. 11.

[19] Genel olarak ihmalin doğabilmesi için bu şartlar gerekmele birlikte doktrinde bazı yazarlar şartları; "eylem, nedensellik bağı ve zarar veya yükümlülük, ihlal, nedensellik bağı ve zarar" olarak sınıflandırmaktadır. Bu bölümde yapılacak açıklamalar genel kabul edilen ve diğer sayılan unsurları da içinde barındıran unsurlar olan özen yükümü ve ihlali, nedensellik bağı ve zarar ayrımına dayandırılacaktır.

A) ÖZEN YÜKÜMÜ VE İHLALI

İhmale dayanan haksız fiiller bir başkasının dikkatsizliği sonucu kişi üzerinde doğan zararların tazmin edilmesi amacını taşır. Ancak bu şekilde doğan tüm zararlar tazmin edilmez. Zararın tazmini özen yükümü doktriniyle sınırlandırılmıştır. Bir kimsenin bir başkasına karşı sorumluluğunun doğabilmesi için hukuk tarafından, zarar verdiği kişiye karşı kendisine yüklenen bir özen yükümünün mevcut olması ve bu yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekir. Aksi takdirde zarar ne kadar ciddi olursa olsun bu eylemin ihmalle işlenen haksız fiil olarak değerlendirilmesi ve bundan doğan zararın tazmin edilmesi mümkün değildir^[20]. Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde *Common Law*'da anlaşılan anlamda bir özen yükümü ve ihlali kavramı bulunmamaktadır. Kıta Avrupasında bir eylemin sorumluluk doğuran bir eylem olup olmadığının tespitinde başka bazı kavramlar benzer bir işlev görmektedir ^[21].

1) İNGİLİZ HUKUKU-ÖZEN YÜKÜMÜ (DUTY OF CARE)

İngiliz hukukunun tarihi gelişim sürecinde, özen yükümü kavramı ortaya çıkmadan önce sadece belirli tipte hukuki ilişkiler için sorumluluk kabul edilmekteydi. Örneğin doktor ve hasta ilişkisi, nalbant ve müşteri ilişkisi gibi... *Writ* ile koruma altına alınmış bu belirli tipte ilişkilere dahil olmayan bir eylemden doğan bir zarar söz konusuysa bunun tazmin edilmesi mümkün değildi^[22].

19. yüzyılda genel bir kavram oluşturulması çabaları devam etse de ilk kez 1932'de *Donoghue v. Stevenson*^[23] davasında genel bir kural olan "*neighbour test*" oluşturulmuştur. Davada davacı, arkadaşının satın aldığı biranın yarısını içmiştir. Kalan yarısını bardağına döktüğünde ise biranın içinde böcek olduğunu görmüş ve bunun üzerine hastalanmıştır. Davacı üretici firmaya karşı aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmadığından, ihmale dayanarak dava açmıştır. Lordlar Kamarası davalının davacıya karşı yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle tazminata hükmetmiştir. Bu dava sonucunda da *Lord Atkins, neighbour test* adı verilen şu kuralı geliştirmiştir; "*bir kimsenin, komşusuna zarar verme olasılığını makul bir şekilde öngörebildiği, yapma veya yapmama eylemini önlemek için makul özeni göstermelidir.*" Burada komşudan kasıt teknik anlamda yan dairede yaşayan kimse değil, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilen ihmalden, yakın ve direk olarak etkilenebilecek kimselerdir. Bu dava sonucunda makul öngörülebilirliğe dayanan, özen yükümü kavramı^[24] ve dolayısıyla da ihmale dayanan haksız fiiller ortaya çıkmış ve bir kimsenin başka bir kimsenin

[20] Elliot/Quinn, s. 16-17; Deakin S./Johnston A./Markesinis B.: Markesinis and Deakin's Tort Law, Oxford 2008, s. 116-117.

[21] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 116; Howarth, s. 25.

[22] Elliot/Quinn, s. 16; Cooke, s. 34.

[23] [1932] AC 562

[24] Cooke, s. 34; Elliot/Quinn, s. 18.

vücut bütünlüğüne zarar veren ihmalî bir eylemden doğan sorumluluğunun kabul edilmesi için arada bir sözleşme ilişkisinin bulunmasının şart olmadığı kabul edilmiştir^[25]. Tüm bunların yanı sıra bu dava, daha önce belirli ilişki kategorileriyle sınırlı olarak kabul edilen haksız fiillere başka yeni kategorilerin eklenmesinin mümkün olduğunu göstermek açısından önemli bir davadır^[26].

Ancak 1964 yılında *Hedley Byre & Co Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*^[27] davasında Lordlar Kamarası *neighbour test*'i çok geniş bir sorumluluk alanı yarattığı ve taraflar arasında özel bir ilişki gerektirmediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Davada Lord Macmillian ihmal dayanan haksız fiil kategorilerine sürekli yenilerinin ekleneceğini belirtmiştir. Nitekim *neighbour test*'in oluşturulmasından itibaren birçok ihmal kategorisi hukuk düzenine girmiştir. Örneğin okul yöneticilerinin, okul servisi şoförünün gözetimdeki öğrencileri koruması ve tehlikeye atmamasını sağlama yükümü olduğu ve bu sebeple de otobüsün kilitli olmayan kapısından yola atlayan bir öğrenciyi karşı sorumlu olduklarını veya elektrik sağlayan firmanın elektrik direğinin yanındaki ağaca bir çocuğun tırmanması ve elektrik çarpması sonucunda yaralanması halinde çocuğa karşı özen yükümü bulunması sebebiyle sorumlu olduğu kabul edilmiştir^[28].

Bu gelişmeler üzerine 1978 yılında görülen *Anns v. Merton London Borough*^[29] davasında ise Lord Wilberforce iki aşamalı bir test önermiştir; “*Şu an oluşan durumda, belirli bir olayda özen yükümünün tespiti için, olayın şartlarının özen yükümünün var olduğu kabul edilen önceki olaylarla bir araya getirmeye çalışmak zorunluluğu yoktur. Bunun yerine soruna iki aşamada yaklaşılmalıdır. Öncelikle zarar veren ve zarar gören arasında makul düşünen kişinin, kendindeki bir özensizliğin, başka birine özen yükümünün ihlali olarak ele alınabilecek bir zarar doğurma ihtimalinin olduğu düşünülmesine elverişli bir yakınlık (proximity) veya komşuluk ilişkisi olup olmadığı sorulmalıdır. Eğer bu soru olumlu yanıtlanabilirse, olumsuz olarak ele alınabilecek herhangi bir politikanın veya sorumluluğu veya kişi sınıfını sınırlandıran veya daraltan bir durumun olup olmadığı göz önüne alınmalıdır*^[30].”

Böylece ortaya çıkan iki aşamalı testte öncelikle *neighbour test* uygulanarak taraflar arasındaki ilişki tespit edilmekte ve bir tarafın diğer tarafa zarar verme riski olduğunu makul bir şekilde öngörebilmesi durumunda taraflar arasında bir özen yükümü olduğu kabul edilmekte, ikinci aşamada ise taraflar arasında sorumluluğun doğmaması için herhangi bir ilke veya bunu engelleyen bir

[25] Harpwood V.: Principles of Tort Law, London 2000, s.23.

[26] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 115; Cooke, s. 25; Murphy J.: Street on Torts, Oxford 2007, s. 25.

[27] [1964] AC 465

[28] Barnes v. Hampshire County Council [1969] 1 WLR 1563; Buckland v. Guildford Gas Light and Coke Co. [1949] 1 KB 410.

[29] [1978] AC 728

[30] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 126; Cooke, s. 35; Murphy, s. 26; Elliot/Quinn, s. 18.

politika olup olmadığı araştırılmaktadır^[31]. Bu testle zararın öngörülebilirliği ilkesi de (*foreseeability*) ön plana çıkmıştır^[32].

Böylece 1970 ve 1984 arası ihmale dayanan haksız fiiller kategorileri artmaya devam etmiştir. Sorumluluğun sınırları manevi zararlara ve hatta salt malvarlığı zararlarına kadar genişlemiştir. 1984'ten sonra ise Lordlar Kamarası iki aşamalı testi de reddederek ihmale dayanan haksız fiillere tekrar kategori temelli bir uygulama getirilmesi gerektiğine karar vermiş ve böylece *neighbour test* ve iki aşamalı testin geliştirdiği zararın öngörülebilirliği kavramını eleştirmiştir. Böylece zararın öngörülebilirliğinin tek başına sorumluluğun tespiti için yeterli olmadığı ve ihmale dayanan haksız fiil türlerinin bu kadar artmasının doğru olmadığı öne sürülmüştür^[33].

Ancak bu gelişmelerden sonra bile sorumluluğun kabulü için zararın öngörülebilir olup olmadığının tespiti bir ön şart olarak kalmıştır. Başka bir ifadeyle taraflar arasında özen yükümünün olup olmadığını tespit ederken öncelikle zararın öngörülebilir olup olmadığının tespiti gerekir^[34]. Daha sonra ise taraflar arasındaki yakınlığa (*proximity*) bakılmaktadır. Ancak daha önce oluşturulan bu testlerin eleştirilmesi sebebiyle mahkemeler yeni sorumluluk türlerinin tespitinde kademeli bir sistem benimsemişler ve adım adım sorumluluğun kabul edildiği olaylar ile kendi önlerine gelen olayları benzerlik ve farklılıklar açısından incelemeye başlamışlardır^[35].

2) ÖZEN YÜKÜMÜNÜN ŞARTLARI

Yakın tarihlere gelindiğinde ise özen yükümünün tespitinde mahkemelerin yeni kavramlar geliştirdiğini görmekteyiz. Özellikle *Caparo Industries plc v. Dickman* davasında^[36] mahkeme üç aşamalı bir test geliştirmiştir. Mahkeme sorumluluğun tespitinde şu sorulara yanıt aramıştır; Zarar makul şekilde öngörülebilir mi? Zarar gören ve zarar veren arasında uygun bir yakınlık ilişkisi var mı? Bu halde zarar vereni zarardan sorumlu tutmak adil ve makul müdür^[37]? Bu çerçevede sorumluluğun tespitinde üç önemli husus karşımıza çıkmaktadır: öngörülebilirlik, yakınlık, adil ve makul olma

a) Öngörülebilirlik

Bu sorulardan ilki zaten *neighbour test* ile geliştirilen bir kavramdır. Taraflar arasında makul bir yakınlık ilişkisinin tespiti için, makul bir üçüncü kişinin,

[31] Murphy, s. 26-27; Cooke, s. 36; Elliot/Quinn, s. 18.

[32] Harpwood, s. 31.

[33] Murphy, s. 27-28.

[34] Murphy, s. 28.

[35] Elliot/Quinn, s. 19.

[36] [1990] 1 All ER 568, [1990] UKHL 2, [1990] 2 AC 605

[37] Murphy, s. 33; Cooke, s. 38; Elliot/Quinn, s. 21; Harpwood, s. 33.

zarar görene zarar verebilme ihtimalini öngörmesinin mümkün olup olmağı tespit edilmelidir. Bu durumda öngörülebilirlik tek başına sorumluluğun tespiti için yeterli değildir ancak davalının eyleminden sorumlu tutulabilmesi için zarar görenin birey olarak -veya bir gruba mensup olarak- zarar görme ihtimali olduğunu hem de o tür bir zararın oluşabileceğinin öngörülebilir olması gerekir^[38].

Özen yükümünün varlığının tespitinde öncelikle tüm insanların değil de belirli bir grup insanın zarar görme ihtimalinin bulunduğu makul şekilde öngörülebilir. Bu durum açıkça şu olayda görülmektedir; *Haley v. London Electricity Board* davasına^[39] konu olan olayda sokağın ortasına elektrik şebekesinin tamiri için bir kuyu kazan davalı şirket kuyunun önüne kazım yapıldığını belirten dikkat işaretleri koymuş olmasına rağmen görme engelli bir yaya kuyuya düşerek yaralanmıştır. Bunun üzerine mahkeme davalının o sokaktan herkesin geçebileceğini öngörmesi gerektiğini, görme engelli kişilerin nüfusun az bir kısmını oluşturmasına rağmen sokaktan geçebilme ihtimallerinin makul şekilde öngörülebilir olduğunu belirterek davalının zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir^[40].

Zarar görenin birey veya bir gruba mensup olarak zarar görme ihtimalinin yanı sıra o tür bir zararın oluşabileceğinin de öngörülebilmesi gerekir. Bu durum ise Amerikan mahkemelerinde görülen *Palsgraf v. Long Island Railroad* davasında^[41] açıkça vurgulanmıştır. Olayda tren görevlileri trene binmekte olan bir yolcuya çarpmış ve yolcunun elinde bulunan ve içinde havai fişek olan çantasının düşmesine ve içindeki havai fişeklerin patlamasına sebep olmuştur. Daha sonra patlayan havai fişekler birkaç metre ötede bulunan davacının üstüne düşmüş ve davacı yaralanmıştır. Bunun üzerine mahkeme davalı tren görevlilerinin, yaptıkları fiil ile yolcuya zarar verebileceklerini öngörebileceğini fakat çantadaki havai fişekler yüzünden birkaç metre ötedeki davalının bundan zarar görebileceğini makul şekilde öngöremeyeceklerini belirterek, haksız fiilden dolayı sorumlu olmadıklarına karar vermiştir. Benzer şekilde İngiliz mahkemelerinde görülen *Langley v. Dray* davasında^[42] çalıntı arabayı süren davalıyı kovalayan davacı polislin kaza sonucunda yaralanması olayında davalının, kullandığı arabanın hızını arttırması sonucunda davacının da hızını arttıracığını ve böylece kaza yapma ihtimalini de arttıracığını öngörmesi gerektiğini ve davalının böyle bir riski arttırmama yükümü bulunduğu karar vermiştir.

[38] Murphy, s. 33; Elliot/Quinn, s. 21.

[39] [1964] 3 All ER 185

[40] Cooke, s. 133; Elliot/Quinn, s. 22.

[41] 248 NY 339 (1928)

[42] [1998] PIQR P 314

b) Yakınlık

Birçok olayda yakınlık ve öngörülebilirliğin birbirine bağımlı olduğu düşünülmektedir. Hatta yakınlık, öngörülebilirliğin başka şekilde ifade edilmesi olarak bile düşünülebilir^[43]. Nitekim *Muirhead v. Industrial Tank Specialities* davasında^[44] mahkeme yakınlığı, davalı ve davacının birbirini tanıması değil, davalının, kendi eyleminin sonuçlarının davacı üzerinde bir zarar doğurabileceğini makul şekilde öngörmesini bekleyebilmek olarak tanımlamıştır.

Bu testin ortaya çıktığı *Caparo v. Dickman* davasında, *Fidelity* firmasının hisse senetlerini satın almayı planlayan *Caparo* firması, daha önce *Fidelity* firması için *Dickman* tarafından hazırlanan yıllık denetim raporlarına bakarak şirketin kârda olduğunu görmüştür. Ancak şirketin devrinden sonra aslında şirketin kârda değil, zararda olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine *Caparo* firması *Dickman*'a dava açmış ve zararının tazminini istemiştir. Davada şirketlere Şirketler Kanunu (1985) tarafından yıllık denetim raporları hazırlama yükümlülüğü yüklendiği ve bu raporlarında amacının yeni hissedarları değil, mevcut hissedarları bilgilendirmek olduğu tespit edilmiştir. Sonuç olarak Lordlar Kamarası taraflar arasında yakınlık ilişkisi olmadığı sebebiyle *Dickman*'ın sorumlu olmadığına karar vermiştir.

Yakınlık, davalı ve davacının zarar veren eylemi arasındaki ilişki olarak da anlaşılmaktadır^[45]. *Sutradhar v. Natural Environment Research Council* davasında^[46] Lord Brennan yakınlığı, “zarar verme potansiyeli olan durum üzerindeki denetimin ve sorumluluğun derecesi” olarak ele almıştır. Olayda Bangladeş'te oturan davacı *Sutradhar*, evinin yakınındaki kaynaktan gelen ve davalı tarafından birkaç yıl önce üzerinde bazı testler yapılan ancak içine arsenik karışan suyu içerek hastalanmıştır. Ancak davalı tarafından arsenikle ilgili herhangi bir test yapılmamıştır. Davacı, davalının ya bu testleri yapması gerektiğini ya da arsenik testinin yapılmadığını kamuya duyurması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak davada Lordlar Kamarası, davalının suyun kullanıcıları üzerinde bir özen yükümü olmadığını ve yeterli yakınlık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacı, davada davalının tüm Bangladeş halkına karşı özen yükümü olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Lordlar Kamarası davalıdan arsenik için veya suyun içmeye elverişli olup olmadığına ilişkin herhangi bir test yapması istenilmediğini, davacının sadece o bölgedeki kaynaklar üzerinde genel bir araştırma yaptığını belirtmiştir. Mahkeme, davalının, davacının zararı üzerinde yeterli denetimi olmadığı ve bundan dolayı da gerekli yakınlığın doğmadığını belirtmiştir.

[43] Murphy, s. 35; Cooke, s. 40; Elliot/Quinn, s. 22.

[44] [1985] 3 All ER 705

[45] Elliot/Quinn, s. 22.

[46] [2006] UKHL 33

Buna benzer bir olay *Watson v. British Boxing Board of Control* davasında^[47] da ele alınmıştır. Olayda profesyonel olarak boks yapan davacı *Michael Watson*'ın, maç sırasında beyninde hasar oluşmuştur. Bunun üzerine maçlarda güvenlikten sorumlu olduğunu ve gerekli tıbbi yardımı hemen almış olsaydı bu zararın doğmayacağını iddia ederek, Kurul'a karşı dava açmıştır. Mahkeme Kurul'un Birleşik Krallıkta boks maçları açısından tek yetkili otorite olduğunu ve maçlar üzerinde denetim yetkisi bulunduğunu, makul özeni göstermiş olması halinde zarar doğmayacağını belirterek sorumluluğu kabul etmiştir.

Yakınlık çeşitli olaylarda birbirinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Yakınlık taraflar arasında özen yükümü doğuran yasal bir bağlantı kuracak bir ilişki olarak algılanabilir. İhmal davalarının çoğunda yakınlık davalının, davacının zararının yasal veya etkili sebebi olup olmadığı sorudur^[48].

c) *Adil ve Makul Olma*

İki aşamalı testte öngörülen “*politika*” burada “*adil ve makul olma*” olarak karşımıza çıkmakta ve bu kavramlar genellikle sorumluluğun sınırlandırılması için kullanılmaktadır. Ancak iki aşamalı testte olduğu gibi adil ve makul olma kriterleri sadece sorumluluğun sınırlandırılması için değil, aynı zamanda zarar verene özen yükümü yüklenmesi için bir sebep olarak da kullanılmaktadır.^[49]

Adil ve makul olma negatif anlamıyla kullanıldığında sorumluluğu sınırlandırmaya yaramakta ve mahkemeler özellikle bu kavramları öngörülebilirlik ve yakınlığın mevcut olduğu ancak kamu düzeni gereği sorumluluğun reddedilmesi gerektiğini düşündükleri hallerde kullanılmaktadır^[50]. Örneğin *McFarlane v. Tayside Health Board* davasında^[51] partneri vasetomi ameliyatı geçirmiş olmasına rağmen hamile kalan davacı, çocuğun doğum masraflarını talep etmiştir. Mahkeme davayı, sağlıklı bir çocuğun doğumu için tazminata hükmetmenin adil ve makul olmadığını belirterek reddetmiştir.

Caparo davasından sonra başlayan dönemde bu kavramlar pozitif anlamıyla da yani sorumluluğun doğması içinde kullanılmıştır. *Commissioners of Customs and Excise v. Barclays Bank plc* davasında^[52] Gümrük ve Dolaylı Vergiler Dairesi yaptığı araştırmalar sonucunda iki adet şirketin katma değer vergisini ödemediklerini tespit etmiş ve mahkemeden bu iki şirkete ait banka hesaplarının dondurulması kararı almıştır. Ancak banka hesapları dondurulmamış ve şirketler banka hesaplarındaki tüm paraları çekmişlerdir. Bunun üzerine Daire bankaya karşı ihmalden dolayı dava açmıştır. Lordlar Kamarası davada bir mahkeme

[47] [2001] QB 1134

[48] Cooke, s. 40.

[49] Murphy, s. 42.

[50] Elliot/Quinn, s. 23.

[51] [2002] 2 AC 59; [1999] 4 All ER 961.

[52] [2006] UKHL 28

kararının yerine getirilmemesi halinde sorumluluğun kabul edilmemesi halinin adil ve makul olmayacağını belirterek, bankanın özen yükümünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

3) MAKUL ÖZEN/MAKUL KİŞİ (*REASONABLE CARE/REASONABLE PERSON*) VE ÖZEN YÜKÜMÜNÜN İHLALI

İngiliz hukukunda ihmalin tespiti özen yükümüne (*duty of care*) dayanırılmışken, Amerikan hukukundan makul özenden (*reasonable care*) bahsedilmektedir. Amerikan doktrini özellikle özen yükümünün tespitinde makul bir kişi esas alarak özen yükümüne aykırı bir davranışın mevcut olup olmadığı tespit etmektedir. Bu tespiti yaparken de makul özen ve makul kişi kavramları ön plana çıkmaktadır^[53]. Nitekim *Restatement*'a^[54] göre “fail, eğer makul özeni göstermezse fail o davranışında ihmalkârdır”.

Amerikan hukukunda özenin ölçüsünde en çok başvurulan ölçüt “*makul kişi*” ölçütü olup, özen yükümünün ihlal edilip edilmediğinin tespitinde aynı veya benzer bir durumdaki makul, sağduyulu bir kimsenin esas alınması anlamına gelmektedir. Eğer davalı bu şekilde bir davranış sergilemişse yani makul bir üçüncü kişinin davranacağı gibi davranmışsa ihmalden dolayı sorumlu değildir. Eğer kişinin, makul olmayan bir fiili sonucu bir kimsenin zarar gördüğü anlaşılırsa bu kişinin makul olmayan bir davranışta bulunduğu kabul edilir ve ihmalden dolayı sorumlu olur^[55].

İngiliz hukukunda ise makul olma standardı özen yükümünün ihlali edilip edilmediğinin tespiti için kullanılmaktadır. Başka bir ifadeyle özen yükümünün tespitinde Amerikan hukukunda kullanılan makul kişi ve makul özen kavramları, İngiliz hukukunda özen yükümünün ihlali üst başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu kapsamda ele alındığında Amerikan hukukunda özen yükümü ve özen yükümünün ihlali bir arada ele alınan kavramlar olup hatta zaman zaman birbirleri yerine kullanılmaktadır. Bazı hallerde hakim veya avukatların davalının davacıya karşı herhangi bir yükümü bulunmadığını belirtmeleri, aslında özen yükümü mevcut olmasına rağmen, bir ihlal olmadığı anlamına gelebilmektedir^[56].

[53] Glannon J.W.: *The Law of Torts*, New York 2005, s. 70.

[54] *Restatement of Laws*, hukuk akademisyenleri ve uygulayıcıları tarafından kurulan Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından bazı hukuk kurum ve kurallarını içtihat hukukunun belirsizliğini gidermek amacıyla derlenen kitaplardır. *Restatement*'lar bağlayıcı olmamakla birlikte olması gereken hukuku açıklar ya da içtihat hukukuyla kabul edilen kuralları derler. *Restatement*'larda kuralın arkasından kıta Avrupası hukukundaki şerhlerde olduğu gibi kurala ilişkin yorum (comment) yer alır; *Restatement (Third) of Torts: General Principles* §4.

[55] Diamond J.L. /Levine L.C. /Madden M. S.: *Understanding Torts*, USA 1996, s. 47.

[56] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 287.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir husus da makul kişinin kim olduğudur. Burada makul kabul edilen kişi farazi bir kişidir. Makul kişiden beklenen, öncelikle zarar verme tehlikesini öngörebilmesidir. Daha sonra bu kişiden, eylemiyle ortaya çıkan riskin kapsamını tespit edebilmesi beklenir. Bu kapsamda kişinin küçük bir malvarlığı zararı riskini göze alabilmesi makul bulunurken, vücut bütünlüğüne verilecek bir zararın makul görülemeyeceği söylenebilir. Nitekim bu kişi, tehlikenin gerçekleşme olasılığını da dikkate alabilmelidir. Makul kişi tüm bunların yanı sıra alternatif ve daha az riskli başka bir eylem varsa onu tespit edebilmelidir. Son olarak bu kişi, zarar verme riskini azaltmak için makul önlemler alabilmelidir^[57]

Bu hukuk düzeninde 20. yüzyılın başlarında, makul kişi standardının tespitinde objektif üçüncü kişinin mi, yoksa zarar verenle aynı şartlara sahip subjektif üçüncü kişinin mi esas alınması gerektiği konusu doktrinde tartışılmıştır. Yapılan tartışmalar sonucunda ise subjektif kişi standardının tespitinin güç olması sebebiyle objektif üçüncü kişinin esas alınması gerektiği doktrin ve uygulamada baskın görüş olarak kabul edilmiştir. Böylece hukuk, herkese objektif makuliyet standardına uygun davranma yükümlülüğü yüklemiştir^[58].

Zarar verenin, kendisinden beklenen davranış ölçüsünün altında bir davranışta bulunması, özen yükümünün ihlali anlamına gelmektedir. Haksız fiillerde özen standardı hiçbir surette başkalarına zarar verilmemesi anlamına gelmemektedir. Aksine haksız fiillerde makuliyet standardı getirmektedir. Eğer iki taraf arasında bir özen yükümü mevcutsa, bu durumda kişi zararın doğmaması için makul bir kimseden beklenen davranışı yerine getirmelidir. Yani kişinin başkası üzerinde zarar doğmaması için elinden gelen her şeyi yapması beklenemez. *Simmonds v. Isle of Wight Council* davasında^[59] okulun spor gününde salıncaklarda sallanırken yaralanan 5 yaşındaki çocuğun ailesi okulun haksız fiilden dolayı sorumlu olduğunu belirterek tazminat talep etmişlerdir. Fakat mahkeme okulun, çocuklara karşı özen yükümü olduğunu kabul etmiş ancak çocukların yaralanmaması için gerekli ve makul önlemleri aldığını ve bir oyun alanını her türlü tehlikeden yoksun hale getirilmesinin mümkün olmadığını belirterek, haksız fiilden dolayı sorumlu olmadığına karar vermiştir^[60].

[57] Glannon, s. 71-72; Makul kimsenin nasıl düşündüğünün tespitinde kullanılan bu faktörlerin hangi ağırlıkta önem taşıdığı ise ayrı bir sorundur. *United States v. Carroll Towing Co.* (159 F.2d 169 (2d. Cir. 1947)) davasında geliştirilen ve Hakim Hand'in adıyla anılan Hand formülü ile olayın gerçekleşme ihtimali ile zararın çarpımının özen maliyetlerinden küçük olması halinde kişinin ihmali bir davranışta bulunmadığı kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Sanlı K. C.: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, İstanbul 2007, s. 205 vd.

[58] Diamond/Levine/Madden, s. 49.

[59] [2003] EWHC 2303 (QB)

[60] Elliot/Quinn, s. 79.

İngiliz mahkemeleri olayın şartlarına göre makul kişinin nasıl davranması gerektiği hususunun tespitinde bazı unsurlardan yararlanır. Bunlar; davalının özel durumu, davacının özel durumu, tehlikenin büyüklüğü, tehlikeye karşı getirilen korumanın elverişliliği ve tehlikenin üstlenilmesinin kamuya sağladığı yararadır^[61].

B) ZARAR

İhmalin ikinci şartı zarardır. İhmale dayanan haksız fiillerde zarar mevcut değilse, kişinin eylemi ne kadar ihmalkâr da olsa kendisinden herhangi bir talepte bulunulması mümkün değildir. Burada tartışılan husus ise hangi tür zararların tazmin edileceği sorunudur. *Common Law*'da zarar kavramından ne anlaşılması gerektiği konusu, kıta Avrupasında olduğu gibi doktrinde sıklıkla ele alınan bir konu değildir. *Common Law* hukukçuları bir haksız fiil sonucunda hangi zararların tazmin edileceği sorusunu sıklıkla sormaz. Bunun tarihsel bir sebebi bulunmaktadır. Yakın geçmişe kadar davalının eğer bir haksız fiil işlediği kanıtlanırsa, zararın tespiti jüriye bırakılmıştı. Bu sebeple de sorumluluğun sınırlarını belirlemek tamamen hakim ve jürinin takdirine kalmıştır. Bu sınırın tespitinde ise özen ve nedensellik bağı kullanılan araçlardı^[62].

Özellikle İngiliz hukukundaki zarar anlayışının haksız fiilin türüne göre değiştiği görülmektedir. Nitekim zararın ispatı olmadan dava edilebilir olan haksız fiiller yani kasıtlı işlenen haksız fiillerde zarar kavramı daha esnekken, ihmalle işlenen haksız fiillerde daha katı bir zarar anlayışı mevcuttur. Zarar anlayışı katılaştıkça zararın sınırlandırılması için daha çok nedensellik bağı unsuruna başvurulduğu görülmektedir. Zararın ispatı şart olmadan dava edilebilir haksız fiiller bir kenara bırakılacak olursa, davacı, bir malvarlığı değerinin azaldığını ve zararlı davranış arasında sıkı bir nedensellik bağının bulunduğunu ispatlamalıdır. Benzer şekilde bu hukuk düzeninde zarar verenin ihmali eylemi tespit edilmiş olsa dahi, özen yükümünün var olmadığı gerekçesiyle sorumluluk reddedilebilir. Bunun sebebi de hukuk düzeninin farklı zarar türlerine aynı korumayı bahsetmemiş olmasıdır. Örneğin vücut bütünlüğü veya mal hukuken korunan menfaatler olarak özen yükümü kapsamında ele alınırken, salt malvarlığı zararları kapsam dışı bırakılabilir. Nitekim mahkemeler, kişiye veya mala verilen bir zarar söz konusu olduğunda zararı özen yükümü ve nedensellik bağında yakınlık prensibi ile sınırlandırırken, manevi zararlar veya salt malvarlığı zararlarında zararın ispatını güçleştirmektedirler. Ancak bu halde de sorumluluğu, zarar doğmadığı sebebiyle değil, özen yükümü ve yakınlık prensibiyle reddetmektedirler^[63]. Nitekim *Walker*, ihmalle işlenen

[61] Elliot/Quinn, s. 79-80.

[62] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 117, 940.

[63] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 940.

haksız fiillerin unsurları olan özen yükümü, ihlal ve zararın “aynı probleme üç farklı bakış” olarak tanımlamıştır^[64].

Amerikan hukukunda da tazminatın genellikle zarar yerine kullanıldığı görülmektedir. Genellikle mahkemeler ve doktrin tazminat (*damages*) kelimesini zarar görenin kayıp veya hasarını (*loss or injury*) tanımlamak için kullanır. Ancak bu terimler her zaman aynı meblağı ifade etmez. Zararın miktarı bazen tazminattan fazla ya da az olabilmektedir. Hatta *Common Law* hukuk düzeninde mahkemenin zarar olmadan da tazminata hükmedilebilmesi mümkündür^[65]. Bu sebeple de kıta Avrupası hukukçusunun anladığı anlamda zarar kavramı *Common Law*'da bulunmadığı söylenebilir.

C) NEDENSELLİK BAĞI

Tüm kıta Avrupası hukuk sistemlerinde nedensellik bağı haksız fiillerin temel şartlarından birini oluşturur. Nedensellik bağı *Common Law* haksız fiil hukukunun da önemli bir ögesidir ve tüm haksız fiil türlerinde olması gereken bir unsur olmakla birlikte özellikle ihmale dayanan haksız fiillerde önem taşımaktadır^[66]. Nitekim zararın varlığını kanıtlama şartı olmadan dava edilebilir haksız fiillerde zarar ve özen yükümünün ihlali arasındaki nedensellik bağı tazminat için zorunlu bir şart değildir ancak, telafi edici bir tazminata hükmedilebilmesi için gereklidir. Aksi halde mahkemeler genellikle nominal tazminata hükmetmektedir^[67].

Common Law hukuk düzeninde nedensellik bağı, zarar verenin sorumluluk doğuran eylem veya faaliyetinin zarar görenin zararının gerçek ve özellikle İngiliz hukukunda yakın nedeni (*proximate cause*) olması olarak anlaşılır^[68].

İngiliz hukukunda nedensellik bağının kurulabilmesi için davacının iki hususu ispatlaması gerekir. Bunlardan ilki olgusal bağlamda davalının kusurlu davranışının zararı doğurduğu (*causation/factual causation/causa in fact*), ikincisi ise zararın uzak olmadığı ve diğer çevresel unsurlar veya başka kişilerden bağımsız olarak davalının eylemine atfedilebilir olduğudur (*legal causation/*

[64] Walker D. M.: *Law of Delict in Scotland*, Edinburg 1981, s. 171.

[65] Dobbs D.B.: *Law of Remedies*, St Paul-Minn. 1993, s. 209.

[66] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 244.

[67] Elliot/Quinn, s. 93-94; Nominal tazminatlar da sembolik bir miktardan (genellikle 1 dolar, 5 sterlin gibi...) ibarettir. Bu tür tazminatlar haksız fiil sonucunda herhangi bir zarar söz konusu olmaması halinde hükmedilen tazminatlardır. Burada amaç, kişinin bir haksız fiil işlediğini tespit etmek ve zarar görenin hakkının sınırlarını çizmektir; Dobbs, s. 222; McBride N. J./Bagshaw R.: *Tort Law*, Edinburg 2008, s. 680; Diamond/Levine/Madden, s. 232.

[68] Diamond/Levine/Madden, s. 7; Elliot/Quinn, s. 93; Cooke, s. 143.

proximate cause/remoteness)^[69]. Amerikan hukukunda da tamamen aynı olmasa da benzer bir yaklaşım söz konusudur^[70].

Nedensellik bağının tespitinde ilk aşamada şu sorunun cevabı aranır; Zarar verenin eylemi olmasaydı zarar doğacak mıydı? *Common Law* hukuk çevresinde bu sorunun cevabının aranmasına “*but for, factual causation veya cause in fact*” testi^[71] denilmektedir. Ancak bu test bazı hallerde ve özellikle birden fazla davranışın zarar verici sonucu doğurduğu hallerde uygulanamamaktadır. Bu sebeple de *Common Law*’da “*but for*” testine alternatif olarak geliştirilen ve nedensellik bağını kurmaya yarayan bazı kurumlar mevcuttur. Bunlardan biri ise Amerikan hukukunda kabul edilen “*substantial factor*” testidir. İngiliz hukukunda nedensellik bağının tespitinde “*but for*” testinin yanı sıra “*uzak / yakın / öngörülebilir / direk (remote / proximate / foreseeable / direct)*” gibi isimlerle adlandırılan kavramlar kullanılmaktadır^[72]. Amerikan hukukunda da yakın nedensellik (*proximate causation*) kavramından bahsedilmektedir.

1) NEDENSELLİK BAĞININ TESPİTİNDE “BUT FOR” VE “SUBSTANTIAL FACTOR” TESTİ

But for testinde zarar gören, zarar verenin eylemi olmasaydı zararlı sonucun doğmayacağını kanıtlamalıdır. Nedensellik bağının temelinde yatan düşünce davalının makul olmayan davranışı olmasaydı davacı tarafında herhangi bir zarar doğmayacağı düşüncesidir^[73]. Eğer mahkeme önünde davalının ihmali eylemi olmadan da zararın büyük ihtimalle doğacağı kanıtlanırsa, nedensellik bağı kurulmamış olur. Bu durumda davalının özen yükümünü ihlal edip etmediği de önem taşımaz^[74].

But for testi şu örnekle açıklanabilir. İngiliz mahkemelerinde görülen *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital*^[75] davasında ele alınan olayda gece bekçisi bir hastaneye mide bulantısı şikâyetiyle başvurmuştur. Görevli hemşire doktora hastanın geldiğini haber vermesine rağmen doktor, hastayı muayene etmeyi reddederek, hastaya eve dönmesini ve sabah şikâyetleri devam ederse geri gelmesini tavsiye etmiştir. Ancak hasta beş saat sonra arsenik zehirlenmesinden ölmüştür. Hastaneye karşı açılan davada mahkeme, doktorun özen yükümlülüğünü hastayı muayene etmekten kaçınarak yerine getirmediği sonucuna

[69] Howarth, s. 88.

[70] Glannon, s. 140.

[71] Latince’deki sine qua non terimi *Common Law* hukuk doktrininde “*but for*” testi olarak adlandırılmıştır. Bkz.: Hart H.L.A./Honoré T.: *Causation in the Law*, Oxford 1985, s.109 vd; Glannon, s. 141.

[72] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 244-245.

[73] Epstein R. A./Gregory C. O. /Kalven H.: *Cases and Materials on Torts*, USA 1977, s. 271; Howarth, s. 90; Glannon, s. 141.

[74] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 249.

[75] [1969] 1 QB 428; [1968] 1 All ER 1068

varmakla birlikte, doktorun bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin ölümün direk sebebi olmadığına ve bu sebeple de hastanenin tazminat yükümlülüğü olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü hasta muayene edilmiş olsa da arsenik zehirlenmesi sebebiyle tedavi edilmesi mümkün değildir. Yani hastanenin özen yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmasaydı (*but for*) dahi hasta zaten ölecek olduğundan davranışla zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır^[76]. Söz konusu olay nedensellik bağının tespitinde *but for* testinin uygulanışını göstermek açısından önemlidir.

Ancak *but for* testinin uygulanması her zaman yukarıdaki örnekteki kadar kolay değildir. Bazı durumlarda zarara sebep olması muhtemel birden fazla olay söz konusu olur ve bu durumda nedensellik bağını kurmak zordur. *McGhee v. National Coal Board*^[77] davasında davacı maden ocağında çalışmaktadır. İş yerinde maruz kaldığı tuğla tozu yüzünden bir cilt hastalığına yakalanmıştır. Mahkeme davalının özen yükümünün tozun engellenmesini kapsamadığını çünkü tozun işin doğası gereği doğduğunu ve bir önlem alınmasının mümkün olmadığını kabul etmiştir. Ancak davacı işyerinde yeterli temizlik araç ve gerecinin bulunmadığını (lavabo, sabun vs...) ve bu önlemler alınmış olsaydı zararın doğmayacağını ileri sürmüştür. Tıbbi deliller yeterli temizlik imkânının sunulmuş olması halinde davacının bundan zarar görmeyeceğini kanıtlayamamıştır. Davada *Lord Wilberforce*, “zarar ve kusur arasında bir nedensellik bağı gösterilemese de, davalı özen yükümünü ihlal ederek zarar doğması riskini arttırdığından ve zarar da bu risk alanı içinde doğduğundan, davalı eğer zarar için başka bir neden gösteremezse, zarara kendisi katlanmalıdır” sonucuna varmıştır. Başka bir ifadeyle davalının zarar doğması riskine yaptığı katkı değerlendirilmiştir. Bu dava ile bir anlamda ispat yükü tersine çevrilmiştir. Bu yaklaşım ise mahkemeler tarafından uzun yıllar kullanılmıştır^[78].

Ancak daha yeni bir dava olan *Wilsher v. Essex Area Health Authority* davasında^[79] Lordlar Kamarası *Lord Wilberforce*'un yaklaşımını reddederek başka bir yaklaşım benimsemiştir. Davaya konu olan olayda davacı *Wilsher* 6 aylık doğmuş ve bir hastalık yüzünden bir göz kör olmuş diğer gözü ise az görmektedir. Davacı, hastanenin prematüre bebeğe fazla dozda oksijen verdiğini ve bunun da körlüğe yol açtığını iddia etmiştir. Tıbbi deliller, aşırı oksijen dışında prematüre bebeklerde bu probleme ilişkin beş adet sebep göstermektedir. Lordlar Kamarası bunun üzerine, “altı ihtimalden sadece birine karşı hastanenin önlem almamış olması, zararın diğer beş sebepten birinden doğmadığı anlamına gelmez” diyerek, nedensellik bağının kurulamadığına karar vermiştir. Nitekim

[76] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 249; Howarth, s. 90; Elliot/Quinn, s. 94; Cooke, s. 144.

[77] [1973] 1 WLR 1

[78] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 249-250; Elliot/Quinn, s. 96-97; Howarth, s. 96.

[79] [1988] AC 1074

zarar gören, prematüre bebeklerde körlüğe yol açabilecek diğer dört sebebin hepsine bir şekilde maruz kalmıştır.^[80]

Bazı durumlarda da zarara sebebiyet veren birden fazla davalı söz konusu olabilir. Bu hallerde Amerikan hukukunda *substantial factor* testi, mahkemeler tarafından but for testine ek olarak kullanılmaktadır. Bu test, birden fazla sebebin bir araya gelerek *but for* testinin uygulanmasına engel olması ve eylem ve zarar arasında nedensellik bağının kurulamaması halinde kullanılır. Ancak bu test *but for* testiyle birlikte değil, *but for* testinin uygulanmadığı hallerde kullanılır. Başka bir ifadeyle asıl olan *but for* testidir. Örneğin A, B'nin evinin arka bahçesinde ufak bir yangın çıkarır, C'de aynı anda B'nin evinin önünde bir yangın çıkarır ve bu iki yangın birleşerek B'nin evinin tamamen yanmasına neden olursa, *but for* testine göre bir nedensellik bağının mevcut olmadığı söylenebilir. Çünkü A'nın eylemi olmasaydı B'nin evi yine de yanacaktı. Aynı şekilde C'nin eylemi olmasaydı B'nin evi yine de yanacaktı. Bu sebeple mahkemeler *substantial factor* testi ile zarar verenin, zarar görenin zararına maddi olarak bir katkısı olup olmadığını tespit ederek nedensellik bağını kurarlar^[81]. Başka bir ifadeyle davacının, davalının zararına maddi bir katkıda bulunmuş olması halinde nedensellik bağının kurulduğu kabul edilir. Bir anlamda İngiliz mahkemelerinde görülen *McGhee* davasına benzer bir yaklaşım izlenmektedir.

Mahkemeler *Anderson v. Minneapolis, St. P. & S. S. M. Ry. Co.* davasında^[82] *substantial factor* testinin uygulanması gereken bir olayla karşılaşmışlardır. Olayda iki yangın birleşerek davacının evinin yanmasına sebep olmuştur. Yangınlardan sadece birine davalının ihmali sebep olmuştur. Olayda davalının ihmali olmasaydı, davacının zararı doğmayacaktı sonucuna varılamamaktadır. Mahkeme jürinin davalının eyleminin, zararın doğumunda maddi veya önemli bir unsur teşkil ettiğine karar vermesi halinde nedensellik bağının kurulacağını kabul etmiştir. Bu testle davalı, davacının evi diğer yangınla yanacak bile olsa, zarardan sorumlu tutulmuştur^[83].

Amerikan mahkemelerinde görülen *Summers v. Tice*^[84] ve benzer şekilde Kanada mahkemelerinde görülen *Cook v. Lewis*^[85] davalarında da *but for* testi kullanılmamıştır. Olayda iki davalı aynı anda silahını ateşleyerek davacıyı gözünden vurmuştur. Her iki davalının da eylemi özen yükümüne aykırı olmakla birlikte davacıyı vuran kurşunun hangi davalının silahından çıktığı tespit edilememiştir. Bu sebeple de *but for* testi uygulanamamıştır. Ancak Kaliforniya Yüksek Mahkemesi kurşunun davalılardan hangisinin silahından çıktığı tespit edilemediği için davalıların sorumluluk altına girmemelerini adil

[80] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 250-251; Howarth, s. 105.

[81] Diamond/Levine/Madden, s. 194; Glannon, s. 145.

[82] 179 N.W. 45 (1920)

[83] Glannon, s. 145.

[84] 199 P.2d 1 (Cal. 1948)

[85] [1951] SCR 830

bulmamıştır. Böylece mahkeme, İngiliz hukukuna benzer şekilde ispat yükünü tersine çevirerek davalılara kendi eyleminin zararı doğurmadığını kanıtlama yükümlülüğü yüklemiştir. Eğer kendileri bunu ispatlayamıyorsa zarardan her ikisinin de sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Bazı mahkemeler bu yaklaşımı benimsemekte, diğer bazıları ise kabul etmeyerek geleneksel *but for* testini uygulamaktadır^[86].

İngiliz mahkemelerinde ise birden fazla davalının söz konusu olduğu *Fitzgerald v. Lane* davasına^[87] konu olan olayda, bir yaya karşıdan karşıya geçerken sağ şeritten gelen aşırı hızlı araba kendisine çarpmış, havaya uçan davacıya daha sonra sol şeritten ve yine aşırı hızla gelen araba çarpmış ve davacı kaza sonucu felç geçirmiştir. Davalılardan her ikisinin de özen yükümünü ihlal ettiği mahkemece kabul edilmiştir. Bunun üzerine ikinci davalı kendi eylemi olmadan da ilk davalının davacıya çarpması sebebiyle zararın doğacağı iddiasında bulunmuştur. Yüksek mahkeme *McGhee* davasında kullandığı metodu kullanarak her iki davalıyı da davacının zararını arttırdığı ve nedensellik bağının kurulmadığını ispatlayamadıkları gerekçesiyle sorumlu tutmuştur^[88].

İngiliz mahkemelerinin birden fazla zarar verenin olduğu olaylarda genel eğilimi, zarar verenleri verdikleri zarar oranında sorumlu tutmaktır. Yeni tarihli bir dava olan *Holtby v. Brigham & Cowan* davasında^[89] birden fazla işyerinde asbest soluduğu için hastalanan davacı çalıştığı işyerlerinden birine karşı dava açmış ve mahkeme, davacının ihmalinin zararın sebebi olmasına gerek olmasının şart olmadığına, ihmalin zarara katkı yaptığına kanıtlanmasının yeterli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme şirketin zarara yaptığı katkı oranında sorumlu olacağını kabul etmiştir^[90].

Yine Amerikan hukukunda ispat yükünün nedensellik bağı sebebiyle tersine çevrildiği diğer bir hal ise ayıplı ürünlerin yol açtığı zararlardan doğan pazar payı sorumluluğudur. *Sindell v. Abbott* davasında^[91] hamileyken içinde *diethylstilbestrol* maddesi bulunan ilacı kullanan kadının çocuğu olan davacı kanser hastalığına yakalanmıştır. Hastalığın ilaç sebebiyle oluştuğu kesin olmasına rağmen, davacının hangi firmaya ait ilacı kullandığı tespit edilememiştir. Bunun üzerine mahkeme ispat yükünü tersine çevirerek davalıların, davacının kendi hazırladığı ilacı kullanmadığını kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir. Eğer bunun ispatı mümkün olmazsa, davalıların kadının ilacı kullandığı zamandaki

[86] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 252; Epstein R.: Torts, New York 1999, s. 94-95, Epstein/Gregory/Kalven, s. 288-289; Glannon, s. 147, Diamond/Levine/Madden, s. 195.

[87] [1989] 1 AC 328

[88] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 252-253.

[89] [2000] 3 All ER 421.

[90] Elliot/Quinn, s. 99.

[91] 607 P.2d 924 (Cal. 1980), cert denied, 449 U.S 912 (1980)

pazar payına göre zarardan sorumlu olmaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak bazı federe devletler bu yaklaşımı reddetmiştir^[92].

Amerikan hukuku için genel bir kural getirmek gerekirse, *but for* testinin esas olduğu belirtilmelidir. Ancak bazı hallerde bu test, nedensellik bağıni kuramamakta ve zarar verenin sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. İşte bu hallerde eğer sorumluluğun sınırlandırılması adalet duygusuyla bağdaşmayan sonuçlara yol açacaksa mahkemeler *but for* testinden sapmaktadır. Amerikan hukukunda bu sapmalar, *substantial factor* testiyle birden fazla zarar verenin söz konusu olduğu hallerde zarara ortak olanlardan her biri dolaylı olarak birbirlerinin verdiği zararlardan sorumlu tutularak olabileceği gibi, nedensellik bağıni kurmak için ispat yükünün ters çevrilmesi şeklinde de olabilir. Ancak tüm bu istisnalar son derece sınırlı şekilde uygulanmaktadır^[93]. Benzer şekilde İngiliz hukukunda da nedensellik bağıinin tespitinde *but for* testinden sapmalar söz konusu olabilmektedir.

2) NEDENSELLİK BAĞININ TESPİTİNDE YASAL NEDEN (LEGAL CAUSE), UZAKLIK (REMOTENESS) VEYA YAKIN NEDEN (PROXIMATE CAUSE)

But for testi fazla kapsamlı bir nedensellik bağıni kurmaktadır. Bir kimse; Amerika keşfedilmeseydi ya da otomobiller üretilmeseydi, zarar doğmayacaktı savunmasında bulunabilir. Bu teste göre de nedensellik bağıni kurulmuş olur. Bu nedenle de *Common Law* hukuk düzeninde *but for* testinde nedensellik bağıinin nerede kesilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmıştır^[94].

İngiliz hukukunda zararın davalının eylemi sebebiyle doğduğunun ve zararın ihlalden çok uzak olmadığının kanıtlanması gerekir. Uzaklık testi olgusal olmaktan çok yasal bir anlam taşımakta ve hangi zararların tazmin edileceğini, hangilerinin ise tazminat dışı bırakılması gerektiğini tespit etmektedir. Uzaklık, zarara davalının yol açtığı ancak zararın ihlalden çok uzak olması sebebiyle tazmin edilmeyeceği anlamına gelir. İhmalle işlenen haksız fiiller arasında uzaklık makul öngörülebilirlik testi (*reasonable foreseeability test*) ile tespit edilir^[95]. Yani buna göre, eğer makul bir kişi eyleminin sonucunda doğan zararın öngörülebiliriyorsa, nedensellik bağıni kurulmuş demektir. Amerikan hukukunda ise, İngiliz hukukundaki uzaklık, yakın neden olarak adlandırılır ve yakın nedenin tespiti de öngörülebilirlik testine dayandırılır. Bu makul öngörülebilirlik ve öngörülebilirlik testleri her iki hukuk düzeninde de benzer şekillerde uygulanmaktadır.

[92] Epstein /Gregory /Kalven, s. 296-297; Deakin /Johnston /Markesinis, s. 253; Diamond /Levine /Madden, s. 196.

[93] Deakin /Johnston /Markesinis, s. 324-325.

[94] Epstein /Gregory /Kalven, s. 271.

[95] Elliot /Quinn, s. 104.

İngiliz hukukunda bu test *Overseas Tankship (UK) v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound No1)* davasıyla^[96] ortaya çıkmıştır. Olayda davalıların çalışanlarının ihmali yüzünden gemilerine yükledikleri yağ denize sızmıştır. Birkaç saat içinde yağ davacıya ait iskeleye yayılmış ve iskelede zarara yol açmıştır. Ancak esas zarar, birkaç gün sonra bir kıvılcım yüzünden yağın alev alarak yangına sebebiyet vermesi yüzünden doğmuştur. Olayda mahkeme ilk olaydaki zararın tazmin edilmesi gerektiğine ancak yangın çıkabilmesi için yayılan yağın çok yüksek bir ısıya ulaşması gerektiğine ve bu sebeple de yangının öngörülebilir bir zarar olmadığına karar vermiştir. Böylece makul öngörülebilirlik testi ihmale dayanan haksız fiiller açısından öngörülebilirliğin tespitinde standart bir test olmuştur^[97].

Bradford v. Robinson Rentals Ltd davası^[98] makul öngörülebilirliğin uygulanışını açıkça göstermektedir. Olayda davalı, işçisi olan davacı kamyonet şoförünü aşırı soğuğa maruz bırakmış ve şoför soğuk yüzünden cilt hastalığına yakalanmıştır. Mahkeme davalının davacıyı soğuk ve aşırı yorgunluğa maruz bırakarak grip ve zatürree gibi hastalıklara yakalanmasına sebebiyet verecek davranışlarda bulunduğunu kabul etmiştir. Cilt hastalığının da bu sayılan hastalıklardan “*aynı tür ve tipte*” bir hastalık olduğuna karar vererek, davalıyı zarardan sorumlu tutmuştur^[99].

Common Law hukuk düzeninde özellikle vücut bütünlüğüne verilen zararlar da eylem sonucu hangi bir tipte veya türde bir zararın öngörülebildiği önemlidir, yoksa zararın kapsamı önem taşımaz. Eğer bu zarar vücut bütünlüğüne verilen öngörülebilir bir zararsa, kapsamının büyüklüğüne bakılmadan tazmin edilmelidir. Bazı yazarlar *eggshell skull* kuralı adını verdikleri bir test ile vücut bütünlüğüne verilen zararların kapsamını genişletmektedir. Bu test, zarar gören kişide mevcut olan bir sebepten ötürü, zararın öngörülebilenden daha büyük olması halinde, zararın kapsamına bakılmaksızın nedensellik bağının kurulmuş olmasını ifade eder. *Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.* davasında^[100] davalının işçisi, işyerinde sıcak dökme demirle dudağını yakmıştır. Yanık yarası daha sonra kansere çevirmiş ve işçi ölmüştür. Mahkeme, davalının yeterli önlemleri almayarak özen yükümünü ihlal ettiğine ve bu sebeple de zarar, hangi “*tip veya türde*” olursa olsun davalının sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu karar

[96] [1961] AC 388

[97] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 271-272; Murphy, s. 160-161; Elliot/Quinn, s. 105; Diamond/Levine/Madden, s. 206-207.

[98] [1967] 1 All ER 267; *Common Law*'da işverenin sorumluluğu (employers' liability) haksız fiil türlerinden biri olarak ele alınmaktadır. Özellikle işverenin işçilere karşı olan sorumluluğu ihmale dayanan haksız fiiller ve özen yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu ise bir başkasının işlediği haksız fiilden dolayı sorumluluk (vicarious liability) başlığı altında ayrı bir haksız fiil kategorisini oluşturmakta ve işçinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı işverenin sorumluluğunu düzenlemektedir.

[99] Murphy, s. 161.

[100] [1962] 2QB 405

İngiltere ve tüm *Commonwealth* ülkeleri tarafından vücut bütünlüğüne verilen zararlar açısından esas alınmıştır^[101]. Böylece zararın öngörülebilir olması yeterli bir kriter olarak kabul edilmiş, zararın beklenen şekilde değil de başka şekilde doğmuş olması veya zararın öngörülenden daha büyük olması zararın öngörülebilirliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir.

Malvarlığı zararlarında ise mahkemelerin eğilimi vücut bütünlüğüne verilen zararlara nazaran daha belirsizdir. Bazı olaylarda mahkemeler malvarlığı zararları alanında da zararın “türü” konusunda esnek bir yaklaşım sergileme eğiliminde olsalar da genelde vücut bütünlüğüne verilen zararlara nazaran daha sınırlı bir öngörülebilirlik yaklaşımı sergilenmektedir. *The Wagon Mound No2* olarak anılan *Overseas Tankship (UK) v. Miller Steamship Co.* davasında^[102] malvarlığı zararlarında da esneklik eğilimi olduğunu göstermektedir. Olayda, *The Wagon Mound No1* davasında gerçekleşen olay sonucu iki ayrı gemi yanmıştır ve gemi sahipleri şirkete karşı dava açmışlardır. İlk davada yangından şirketi sorumlu tutmayan mahkeme, bu davada davacıların sunduğu deliller sonrasında şirketi çıkan yangın dolayısıyla gemilerde doğan zarardan sorumlu tutmuştur. Birinci davada mahkeme yangın sebebiyle doğan zararı öngörülebilir bulmamışken, bu davada her tür olmasa bile belirli türde malvarlığı zararlarının öngörülebilir olduğuna karar vermiştir^[103]. Ancak *The Wagon Mound No2*'den sonra malvarlığı zararlarında zarar anlayışı, biraz esneklik kazansa da yine de öngörülebilirlik, vücut bütünlüğüne verilen zararlara nazaran daha sıkı uygulanmaktadır. Bu durum malvarlığı zararlarının vücut bütünlüğüne verilen zararlara nazaran daha önemsiz görülmesi ve malvarlığı zararlarının sigorta kapsamında giderilebilmesi sebebiyle makul görülmektedir^[104].

Amerikan hukukunda ise, davacının, davalının kusurlu eyleminin, zararın yakın sebebi olduğunun kanıtlanması şarttır. Davacı zararla, ihlal arasındaki nedensellik bağına ispatlasa da mahkeme davalının eylemi ile davacının zararının çok uzak olduğu gerekçesiyle sorumluluğu reddedebilmektedir. Bu nedenle davacı *but for* testi ile gerçek nedensellik bağına kurulduğunu kanıtlanmanın yanı sıra zararın, davacının eyleminin yakın (*proximate cause*) ya da yasal sebebi (*legal cause*) olduğunu kanıtlamalıdır^[105]. Yakın sebebin doğup doğmadığının tespitinde mahkemeler öngörülebilirlik testini kullanmaktadır. Öngörülebilirlikten anlaşılması gereken, davalının yaptığı eylemin genel sonuçlarını veya zararın türünü öngörmesidir. Sonuç olarak öngörülebilirlik testi iki aşamayı içerir; ilki sonucun veya zararın türünün öngörülebilir olması, ikincisi ise müdahale yerine geçen bir gücün bulunmamasıdır^[106].

[101] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 273; Murphy, s. 165; Elliot/Quinn, s. 107.

[102] [1967] 1 AC 617

[103] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 274.

[104] Deakin/Johnston/Markesinis, s. 274; Cooke, s. 167.

[105] Glannon, s. 187-188; Diamond/Levine/Madden, s. 204-205.

[106] Diamond/Levine/Madden, s. 206.

Amerikan hukukunda da İngiliz hukukunda olduğu gibi *The Wagon Mound No1* davası öngörülebilirliğin nasıl tespit edilmesi gerektiği konusunda yol göstermektedir^[107].

Öngörülebilirlik şartının yerine getirilmesi için, sonuç veya zararın türünün makul şekilde öngörülebilir olması gerekirken, zararın kapsamının ve oluşma şeklinin öngörülebilir olması gerekmez. Örneğin bir benzin istasyonunun yanında bir ateş yakılırsa ve bu ateş benzin istasyonunun yanmasına sebep olursa, bu yangında alev alan bir fare ise yan taraftaki başka bir benzin istasyonuna gider ve o istasyonun da yanmasına sebep olursa, ikinci istasyondaki yangının öngörülebilir olmaması sebebiyle tazminat dışı bırakılması mümkün değildir. Olayın oluşma şeklinin öngörülebilir olması gerekmediği gibi, zararın kapsamının da öngörülebilir olması gerekmez. Başka bir ifadeyle yangının öngörülebilenden daha geniş bir alana yayılmış olması tazminat yükümlülüğünü sınırlandırmaz^[108].

Öngörülebilirlik testine ek diğer bir kavram ise müdahale yerine geçen bir gücün bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, davalının zarar veren ihmaline eklenen başka bir etkinin varlığıdır. Umulmayan veya olağan üstü hallerde nedensellik bağının kesildiği kabul edilir. Yangın, deprem, yıldırım düşmesi gibi doğal olaylar nedensellik bağını kesen sebepler olarak görülür. Ancak bu doğal olayların da beklenilmiyor olması gerekir. Örneğin *Johnson v. Kosmos Portland Cement Co.* davasında^[109] mahkeme davalıyı, mavnaya yıldırım düşmesi sonucunda doğan zarardan davalının mavnadaki petrolü almayarak özen yükümünü ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutmuştur. Mahkeme olayda yıldırım düşmesinin zaman ve yer olarak umulmayan bir olay olmadığını, beklenen bir durum olduğunu belirtmiştir^[110].

Amerikan hukukunda da İngiliz hukukunda kabul edilen *egg-shell skull* kuralı benimsenmiştir. Örneğin bir kimsenin kafatası kemiğinin normal insanlardan ince olması sebebiyle zarar verenin ufak bir darbe sonucu, zarar görenin kafatası kemiğini kırması halinde bu zararın öngörülebilir olmadığı söylenemez^[111].

Sonuç olarak belirtilmelidir ki Amerikan hukukunun nedensellik bağına yaklaşımı da İngiliz hukukuna benzer şekildedir. İngiliz hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda yakın sebep kavramı *Restatement*'ta da ele alınmıştır. Ancak doktrinden farklı olarak *Restatement* §431 ise yasal neden (*legal cause*) kavramını kullanmaktadır. Buna göre yasal neden, a) davalının eyleminin zararın meydana gelmesinde maddi sebebi (*substantial factor*) olması ve b) zarar verenin sorumluluğunu sınırlandıracak bir hukuk kuralının olmamasıdır. Başka bir ifadeyle *Restatement* öncelikle eylemin zarara yaptığı maddi katkıya

[107] Glannon, s.188; Epstein, s. 270-271; Diamond/Levine/Madden, s. 206-207.

[108] Diamond/Levine/Madden, s. 208.

[109] 64 F.2d 193 (6th Cir. 1933)

[110] Diamond/Levine/Madden, s. 209.

[111] Diamond/Levine/Madden, s. 211.

bakmaktadır, daha sonra da nedensellik bağıny kesen bir umulmayan veya olağanüstü hal olup olmadığı tespit edilmelidir. Diğer maddeleri genel kabul görmüş olmasına rağmen *Restatement*' in yasal nedensellik kuramı doktrin ve mahkemeler tarafından bertaraf edilerek, öngörülebilirlik testi ile nedensellik bağınyın tespitine devam edilmiştir^[112].

IV) DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Karşılaştırmalı hukuk açısından *ihmal*ın ele alınış biçimine bakıldığında öncelikle Fransız hukukunda ihmal, bir kimsenin dikkatli davranmaması veya "iyi aile babası" olmaması anlamına geldiği belirtilmelidir. Bu hukuk düzeninde özen kavramı üzerinde durulmadığı görülmektedir. Alman hukuk düzeninde ise ihmal, BGB § 276'da ele alınmış ve insan ilişkilerinde gerekli özenin gösterilmemesi halinde kişinin eyleminin ihmali bir eylem olduğu kabul edilmiştir. Özen kavramı ise § 823 kapsamında değerlendirilmektedir. Özen yükümünün olup olmadığı ihlal edilen hakkın niteliği ile belirlenmektedir. Bu kapsamda karşımıza üç yaklaşım çıkmaktadır. Buna göre İngiliz hukukunda ihmale dayanan sorumluluk özen yükümlülüğü üzerine kurulmuşken, Fransız hukukunda özenin işlevi yoktur. Alman hukukunda ise özen belirli alanlarda doğrudan olmayan zararların tazmini ve ihmalden doğan sorumluluğu genişletmek için kullanılmaktadır^[113].

Bu noktada Kıta Avrupası haksız fiiller hukukunda zarar verenin eyleminin kasıtlı ya da ihmalle işlenmiş olması Anglo-Amerikan hukuk düzenindeki kadar önem taşımadığı da belirtilmelidir. Zarar kasten yapılan bir eylemle de olsa, ihmali bir eylemle de olsa, eğer diğer şartlar yerine getirilmişse, zarar veren zararı tazmin etme borcu altındadır^[114]. Bu kuralın tek istisnası genel ahlaka aykırı olarak verilen zararlardır. Bir tek bu halde eylemin kasıtlı veya ihmalle işlenmiş olması önem taşır; zarar verenin sorumluluğunun doğması için eyleminin kasıtlı bir eylem olması şarttır (OR/BK m. 41/2, BGB § 826)^[115].

Zweigert/Kötz özellikle Alman hukukçularının ihmale dayanan haksız fiillerin şartlarından olan eylemin ihmal ile işlenmiş olması ve ihmali eylem ile zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağı bulunması zorunluluğuna aşına olduklarını belirtmektedir. Ancak *Common Law*'un ayrılan yönünün, zarar verenin eyleminin ihmali bir eylem olmasının yanı sıra zarar görenin mensubu bulunduğu kişi karşı özen yükümünün olması ve bunu ihlal etmiş olması olduğunu tespit

[112] Diamond/Levine/Madden, s. 215-216.

[113] Youngs, s. 366-368.

[114] Van Dam, s. 802; Eren F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 535; Kılıçoğlu A.: Borçlar Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 297

[115] Van Dam, s. 802; Eren, s. 535.

etmiştir. Yazarlar bu anlamda bir yükümlülüğün, Alman hukukunda mevcut olmadığını belirtmektedir^[116].

Nitekim kıta Avrupası hukuk düzenlerine bakıldığında haksız fiiller alanında sorumluluğun kurulması açısından kasıt ve ihmal arasında fark bulunmadığını, ihmalde “özen” kavramı mevcut olsa da *Common Law* hukukçusunun anladığı anlamda bir “özen yükümünün ihlali” kavramı bulunmadığı ileri sürülebilir. Nitekim *Van Dam* özellikle Alman hukuku için *Common Law*’daki özen yükümünün ihlalinin hukuka aykırılık bağı ile karşılandığını belirtmiştir^[117]. Kanaatimizce bunun İsviçre ve Türk hukukları açısından yanlış olduğunu savunmak için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır.

Bunun yanı sıra ihmal kavramı üzerinde duran *Wagner*, çeşitli ülkelerin haksız fiil hukuklarını karşılaştırdığı çalışmasında, kıta Avrupası hukuklarını etkileyen ve Roma hukukundan gelen ihmalin “iyi aile babası” olmak anlamına geldiğini, Anglo-Amerikan hukukunda ise bu kavramın “makul kişi” olarak adlandırıldığını ve bu iki kavramında aynı hususu ifade ettiğini belirtmektedir^[118].

Haksız fiiller bakımından ihmal, Avrupa Medeni Kanunu çalışmaları kapsamında hazırlanan DFCR^[119]’nin “İhmal” başlıklı VI.3:102. maddesinde ise şu şekilde ifade edilmiştir; “bir kimse, (a) zarara katlanacak kişinin bu zarardan korunmasını amaçlayan bir kanun hükmünün gerektirdiği özen ölçütünü sağlamayan veya (b) aksi halde olayın şartlarında makul dikkate sahip bir kişiden beklenmeyecek bir özen derecesini karşılamayan bir eylemle zarar verdiği hallerde, hukuken ilgili zarara ihmal ile sebep olur”^[120]. Maddenin yorumunda ise kanun hükmüyle getirilen özeninin gösterilmemesi veya iyi aile babası ya da makul kişiden beklenen davranışın gerçekleşmemesi halinde kişinin eyleminde ihmal olduğu kabul edilmektedir^[121]. Görüldüğü üzere bu maddenin yorumunda da “iyi aile babası” ve “makul kişi” kavramları aynı anlamda kullanılmıştır.

Zarar kavramı açısından çeşitli hukuk sistemlerinin yaklaşımları ele alındığında, kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinde zarar kavramının kanunda açıkça tanımlanmadığı görülmektedir.

[116] Zweigert/Kötz, 1998, s. 610.

[117] Van Dam, s. 804.

[118] Wagner G./Zimmermann R. (ed.): The Oxford Handbook of Comparative Law, Comparative Tort Law, Oxford 2006, s. 1024.

[119] Study Group on European Civil Code/Research Group on EC Private Law: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference Vol. IV, Munich 2009, s. 3401 vd.

[120] Çeviri için ayrıca bkz.: Koç N.: Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Y.8, S. 16, Güz 2009, s. 29-47.

[121] Study Group on European Civil Code/Research Group on EC Private Law, s. 3402.

Avusturya Medeni Kanunu'nda^[122] ise “zarar bir kimsenin malvarlığında, haklarında veya şahsında meydana gelen her türlü kayıp” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım ile bütün hallerin kapsam dahiline alınması amaçlanmıştır. Nitekim tanım vermekten kaçınan hukuk düzenlerinde benzer bir kaygı güdülmüş ve bütün halleri kapsayacak bir tanım vermenin güçlüğü sebebiyle herhangi bir tanım vermekten kaçınılmıştır. Kural olarak kıta Avrupası hukukunda zararın olmadığı yerde hukuki sorumluluk da olmaz. Ancak *Common Law* hukuk düzeninde aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu hukuk düzeninde haksız fiilleri “zararın kanıtlanmasına gerek olmadan dava edilebilir haksız fiiller-actionable per se” ve zararın ispatının şart olduğu haksız fiiller olarak ikiye ayırmak mümkündür^[123]. Bu açıdan bakıldığında zarar kavramı bakımından büyük farklılıklar bulunmaktadır. Ancak şu da unutulmamalıdır ki kıta Avrupası hukuklarında olduğu gibi ihmale dayanan haksız fiillerin şartlarından biri zararın ispatıdır. Bu şart ise kıta Avrupası hukuku ile *Common Law* hukuk düzeninde ihmale dayanan haksız fiillerin önemli benzerliklerinden bir tanesidir.

Zarar kavramı DFCR kapsamında ele alındığında VI.-2:101. maddede “hukuken ilgili zarar (*legally relevant damage*)” kavramına^[124] yer verildiği görülmektedir. Bu maddeye göre, “(1) ekonomik olup olmamasına bakılmaksızın kayıp veya hasar eğer; (a) bu Bölümdeki hükümlerden biri gerektiriyorsa, (b) kayıp veya hasar, hukuk ile verilen bir hakkın ihlalinden kaynaklanıyorsa (c) kayıp veya hasar hukuken korumaya değer bir menfaatin ihlalinden kaynaklanıyorsa; hukuken ilgili bir zarardır... (4) Bu kitaba göre, (a) ekonomik kayıplar kar veya gelir kaybı, doğan yükümlülükler ve malın değerindeki azalmayı kapsar; (b) ekonomik olmayan kayıp, elem ve ıstırap ve yaşam kalitesinin bozulmasını kapsar.” Devam eden maddelerde ise hukuken ilgili zararın özel örneklerine yer verilmiş ve bu zararlar, kişisel hasarlar ve takip eden kayıplar, bir başkasının ölümü sebebiyle bir 3. kişinin uğradığı kayıplar, haysiyet, özgürlük ve gizliliğin ihlali, bir kimse hakkında yanlış bilginin yayılmasından doğan kayıplar, gizliliğin ihlalinden doğan kayıplar, mülkiyetin veya hukuki egemenliğin ihlalinden doğan kayıplar, yanlış bilgi veya tavsiyeye güvenden doğan kayıplar, ticaretin hukuka aykırı şekilde bozulmasından doğan kayıplar, çevrenin bozulması sebebiyle devlet tarafından katlanılan sorumluluklar, yalan beyandan doğan kayıplar ve bir yükümlülüğün ifa edilmemesi sebebiyle doğan kayıplar olarak sayılmıştır (VI.-2:101 – VI.-2:211).

[122] ABGB § 1293 Schade

“Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat”

[123] Von Bar C.: The Common European Law of Torts Vol II, Oxford 2005, s. 12 (Vol. II).

[124] Bu kavram Koç tarafından “hukuken giderilebilir zarar” olarak dilimize çevrilmiştir. Ancak bu çalışmada İngilizce aslına sadık kalmak adına “hukuken ilgili zarar” kavramı kullanılmıştır; bkz: Koç, s. 29 vd.

Nedensellik bağı, Anglo-Amerikan hukukunda kıta Avrupasında olduğu gibi sadece ihmalle işlenen haksız fiiller için değil, kasıtlı işlenen haksız fiiller veya kusursuz sorumluluk kapsamında tazmin yükümlülüğünün doğması için de gerekli bir unsurdur. Kanun hükmü ile düzenlenmiş haksız fiil hukuku geleneğinin hakim olduğu kıta Avrupası ülkelerinde nedensellik bağı önemli bir rol oynamasına rağmen, herhangi bir yasal düzenlemeye konu edilmemiştir. Nedensellik bağına ilişkin kurallar, mahkeme ve doktrin tarafından oluşturulmuştur^[125].

Van Dam nedensellik bağının tespiti için genel olarak uygulanabilecek bir kriter geliştirmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Aynı şekilde *Von Bar* da nedensellik bağının mahiyetine ilişkin genel bir cevabın verilemeyeceğini ileri sürmüştür^[126]. *Van Dam*, genel bir nedensellik bağı kuralı yaratmanın zorluğunun altında yatan en büyük sebebin nedensellik bağının, sorumluluğa ilişkin diğer konulara sıkı şekilde bağlı olmasında yattığını vurgulamaktadır. Yazar, çeşitli hukuk düzenleri için genel bir kural getirmenin zor olduğundan bahsederek, bir ülkede nedensellik bağı sorunu olarak ele alınabilecek bir olgunun, diğer bir ülkede haksız fiilin şartların başka biri, örneğin özen yükümünün ihlali kapsamında ele alındığını belirtmektedir^[127].

DFCR'in nedensellik bağına ele alan maddesi olan VI.-4:101. maddesi şu şekildedir; “(1) Zararın (a) o kişinin eylemi sonucunda veya (b) o kişinin sorumlu olduğu tehlike kaynağı sonucunda doğduğu kabul edilebiliyorsa; o kişi bir başkasında hukukten ilgili zarara yol açar.” Yine maddenin yorum kısmında nedensellik bağına ilişkin bu maddenin amacının bu konuda genel ve kapsamlı bir kuralın oluşturmak olmadığını nitekim konunun derinliği ve karmaşıklığının buna izin vermediği belirtilmektedir. Bu nedenle bu hükmün tüm hukuk düzenleri tarafından kabul edilmesi mümkün temel bir kuralı düzenlediği ve nedensellik bağının *conditio sine qua non* veya başka bir ifadeyle *but for* testine indirgenmediği vurgulanmıştır. Özellikle bu kavramların nedensellik bağına yeterince açıklamadığı ifade edilerek bu konuda detaylı tartışmaların doktrine bırakılması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur^[128].

Genel olarak ele alındığında, *Common Law* hukuk düzeni ile kıta Avrupası hukuk düzeni arasında bazı kurumların yakınlaştırılmasının veya hukukun birleştirilmesi kapsamında ortak kavramların yaratılmasının, özellikle zarar ve nedensellik bağı açısından, pek de kolay görünmediği belirtilmelidir. Ancak bu farklı bakış açısındaki farklılıklara rağmen uygulamada bu iki hukuk düzeninin de ihmal ile işlenen bir eylemden doğan zararın giderilmesi açısından benzer yaklaşımlar sergilediği de belirtilmelidir.

[125] Van Dam, s. 266.

[126] Von Bar, Vol. I, s. 461.

[127] Van Dam, s. 266 vd.

[128] Study Group on European Civil Code/Research Group on EC Private Law, s. 3570.

KAYNAKÇA

- Cooke John: Law of Tort, Edinburgh 2005.
- Cruz Peter de: Comparative Law in a Changing World, London 1999.
- David Rene/Brierley John E.C.: Major Legal Systems in the World Today, London 1968.
- Davran Bülent: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1963.
- Deakin Simon/Johnston Angus/Markesinis Basil: Markesinis and Deakin's Tort Law, Oxford 2008.
- Diamond John L./Levine Lawrence C./Madden Stuart M.: Understanding Torts. USA 1996.
- Dobbs Dan B.: Law of Remedies, St Paul-Minn. 1993.
- Study Group on European Civil Code/Research Group on EC Private Law: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference Vol. IV, Munich 2009.
- Elliott Catherine/Quinn Frances: Tort Law, Edinburgh 2007.
- Epstein Richard A./Gregory Charles O./Kalven Harry: Cases and Materials on Torts, USA 1977.
- Epstein Richard A.: Torts, New York 1999.
- Glannon Joseph W.: The Law of Torts, New York 2005.
- Gordley James/von Mehren Arthur T.: An Introduction to the Comparative Study of Law, Cambridge 2006.
- Gordley James: Foundations of Private Law, Oxford 2006.
- Harpwood Vivienne: Principles of Tort Law, London 2000.
- Hart H.L.A./Honoré Tony: Causation in the Law, Oxford 1985.
- Howarth David: Textbook on Tort. Oxford 1995.
- Kılıçoğlu Ahmet: Borçlar Hukuku, Ankara 2011.
- Koç Nevzat: Başkasına Verilen Zararlardan Sözleşme Dışı Sorumluluk. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8(16), 2009, s. 29-47.
- McBride Nicholas J./Bagshaw Roderick: Tort Law, Edinburg 2008.
- Murphy John: Street on Torts, Oxford 2007.
- Oğuz Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk. Ankara 2003.
- Rudden Bernard: Tortious. Tulane Civil Law Forum, 67, 1991-1992, s. 111-120.
- Sanlı, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi. İstanbul 2007.
- Schwarz Andreas B.: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 3, 1937, s. 215-236.
- Van Dam Cees: European Tort Law. New York 2006.
- von Bar Christian: The Common European Law of Torts Vol II, Oxford 2005.
- von Bar Christian: The Common European Law of Torts Vol. I. Oxford 1998.
- Wagner Gerhard: Comparative Tort Law. The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006.
- Walker David Maxwell: Law of Delict in Scotland, Edinburg 1981.
- Youngs Raymond: English, French & German Comparative Law, London 2007.
- Zweigert Konrad/Kötz Hein: Introduction to Comparative Law, Oxford 1998.