



Sosyal Bilimler
Enstitüsü

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

**SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA AĞIR KUSUR VE AĞIR
KUSURUN UYGULAMA ALANLARI**

Doktora Tezi

BURAK KARA

İstanbul, 2024

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

**SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA AĞIR KUSUR VE AĞIR
KUSURUN UYGULAMA ALANLARI**

Doktora Tezi

BURAK KARA

Tez Savunma Jürisi

1. Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Murat Topuz
2. Üye	: Prof. Dr. O. Gökhan Antalya
3. Üye	: Prof. Dr. Burak Özen
4. Üye	: Prof. Dr. K. Emre Gökyayla
5. Üye	: Prof. Dr. Ekrem Kurt

İstanbul, 2024

ÖZET

SÖZLEŞMESEL SORUMLULUKTA AĞIR KUSUR VE AĞIR KUSURUN UYGULAMA ALANLARI

Sorumluluk hukukunun temel kavramlarından biri olan kusurun yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Değişen hayat ilişkileri, ekonomik ve sosyal yapı, dönemlere göre kusurun farklı şekillerde anlaşılmasına sebep olmuştur. Sübjektif kusur anlayışı, kusuru irade üzerinden değerler felsefesiyle bağlantılı olarak ahlaki bir içeriğe sahip olduğunu savunurken, objektif kusur anlayışı kusuru, iradeyle bağlantısını kopararak davranışın hukuk düzenince uygun bulunmaması olarak sunar. Ancak iradeden dolayısıyla ayırt etme gücünden vazgeçilmesi genel olarak reddedildiği için kusurun sübjektif bir yönünün olduğu ve bunun da ayırt etme gücüne karşılık geldiği çoğunlukla kabul edilir. Kusurun ağırlığı ise sübjektif yön üzerinden değil objektif yön olarak kusurun formları olan kast ve ihmal üzerinden belirlenir. Sorumluluğun doğması için kusurun ağırlık derecesinin kural olarak bir rolü olmasa da diğer deyişle sorumluluğun doğması için hafif kusur dahi yeterli olsa da Türk Borçlar Kanunu bazı hallerde ağır kusura sonuçlar bağlamıştır. Tazminat miktarının belirlenmesi, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği, bağışlayanın sadece ağır kusurundan sorumlu olması bu kapsamda zikredilebilir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmesel Sorumluluk, Ağır Kusur, Kusur Dereceleri, Borca Aykırılık.

ABSTRACT

GROSS FAULT IN CONTRACTUAL LIABILITY AND APPLICATION AREAS OF GROSS FAULT

There is no legal definition of fault, which is one of the basic concepts of liability law. Changing life relations, economic and social structure have caused fault to be understood in different ways according to the periods. While the subjective understanding of fault argues that fault has a moral content in connection with the philosophy of values through the will, the objective understanding of fault presents fault as the inappropriateness of the behavior by the legal order by severing its connection with the will. However, since the abandonment of the will and thus the power of discernment is generally rejected, it is generally accepted that fault has a subjective aspect and that this corresponds to the power of discernment. The severity of the fault is determined not on the subjective aspect but on the objective aspect, which are willful intention and negligence, which are the forms of fault. Although the degree of severity of the fault does not play a role for liability to arise as a rule, in other words, even slight fault is sufficient to create liability, the Turkish Code of Obligations has attached consequences to gross fault in some cases. Determination of the amount of compensation, validity of the non-liability agreement, and the donor being liable only for gross negligence can be mentioned in this context.

Keywords: Contractual Liability, Gross Fault, Degree of Fault, Breach of Debt.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ	3
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	5
III. TERMİNOLOJİ.....	5
IV. ARAŞTIRMA PLANI.....	7

Birinci Bölüm:

SORUMLULUK KAVRAMI VE SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN UNSURLARI

I. SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI VE SORUMLULUK HUKUKUNUN TEMEL PRENSİPLERİ	9
A. SORUMLULUK KAVRAMININ FARKLI ANLAMLARI.....	9
B. SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI	12
1. Sözleşmesel Sorumluluk	16
2. Sözleşme Dışı İlişkilerden Kaynaklanan Sorumluluk	18
3. Sorumluluk Hukukunu Yeknesaklaştırma Çabası	19
C. SORUMLULUK HUKUKUNA HAKİM OLAN TEMEL PRENSİPLER.....	25
1. Sorumluluğun Kural Olarak Kusura Dayanması	25
2. Malvarlığı İle Sorumluluğun Esas Olması	31
3. Tazminatın Kural Olarak Zarar Miktarını Aşamaması	32
4. Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyas Yoluyla Sözleşmeye Aykırılık Hallerine De Uygulanması	33
II. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN UNSURLARI	38

A. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK	42
1. Sözleşme İçeriğinin Belirlenmesi	45
a. Edim Yükümleri	46
b. Yan Yükümler	48
2. Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlüğün İhlali	50
a. Hiç İfa Etmeme Durumu	51
aa. Temerrüt	51
bb. İfa İmkansızlığı	53
b. Gereği Gibi İfa Etmeme Durumu ve Özellikle Akdin Müspet İhlali Kavramı	54
c. Sözleşmesel Sorumluluk Alanını Genişleten Kuramlar	58
aa. Culpa in Contrahendo	58
bb. Culpa Post Pactum Perfectum	60
cc. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri	61
dd. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme	62
3. Hukuka Uygunluk Sebebinin Bulunmaması	65
B. ZARAR	66
1. Olumlu Zarar, Olumsuz Zarar	70
2. Doğrudan Zarar, Dolaylı Zarar ve Yansıma Zararı	72
3. Zararın Hesaplanmasında Fark Teorisi ve Değişim Teorisi	76
C. NEDENSELLİK BAĞI	77
1. Zararın Sözleşmeye Aykırılıktan İleri Gelmesi	77
2. Zararın Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülüklerin Koruma Amacı İçerisinde Kalması (Hukuka Aykırılık Bağı)	79
3. Nedensellik Bağını Kesen Sebepler	82
D. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN KURULMASINDA KUSURUN ROLÜ	84
1. Kusur Prensibi ve TBK m. 112’de Tercih Edilen İspat Yükü Dağılımı ...	84
2. Borçlunun Her Türü Kusurundan Sorumlu Olması	86
3. Kusur Prensibinin İstisnası Olan Bazı Haller (Kusursuz Sorumluluk Halleri)	87
a. Temerrüt Faizi	87

<i>b. Temerrüt Sırasında Beklenmeyen Halden Sorumluluk</i>	88
<i>c. İfa Yardımcılarının Fiillerinden Sorumluluk.....</i>	88
<i>d. Hakkaniyete Dayalı Sorumluluk.....</i>	89
<i>e. Garanti (Tekeffül) Sorumluluğu</i>	89
<i>aa. Alacağın Devri</i>	90
<i>bb. Satış Sözleşmesinde Zapt Sorumluluğu.....</i>	91
<i>cc. Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda</i> <i>Alicının Dönme Hakkını Kullanmasının Sonucu</i>	92
<i>f. Diğer Haller</i>	92

İkinci Bölüm:

KUSUR KAVRAMI, KUSURUN AĞIRLIK DERECELERİ VE SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSUR

I. SORUMLULUĞU ÖZGÜR İRADEYE DAYANDIRAN FELSEFİ DÜŞÜNCE VE İRADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU 95

A. İRADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ AÇIKLAYAN YAKLAŞIMLAR VE KUSURUN BU YAKLAŞIMLARDAKİ KONUMU 97

<i>1. Aristoteles</i>	97
<i>2. Thomas Aquinas.....</i>	98
<i>3. İslam İtikat Düşüncesi</i>	98
<i>4. John Locke</i>	99
<i>5. Jean-Jacques Rousseau</i>	100
<i>6. Immanuel Kant.....</i>	100
<i>7. Pragmatizm</i>	101
<i>8. Varoluşçuluk</i>	101
<i>9. Determinizm.....</i>	102
<i>10. İndeterminizm</i>	103
<i>11. Değerlendirmemiz.....</i>	104

B. KUSURUN LİBERAL VE BİREYCİ AKIMDAKİ KONUMU 105

<i>1. Liberal ve Bireyci Akımın Hukukla İlişkisi</i>	105
<i>2. Liberal ve Bireyci Anlayışın Sorumluluk Tasavvurunda Kusura Duyulan Gereklilik</i>	109

II. ROMA HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMININ GELİŞİMİ 111

A. ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK ANLAYIŞI	112
B. ROMA HUKUKUNDA KUSUR (CULPA) SORUMLULUĞU	117

1. <i>Lex Aquilia</i> Kapsamındaki Haksız Fiilden Sorumluluk Bakımından <i>Iniuria</i> (Hukuka Aykırılık) ve <i>Culpa</i> (Kusur) İlişkisi	119
2. Kusur Olarak <i>Culpa</i>	119
a. <i>Dolus</i> (Kast)	121
b. Dar Anlamda <i>Culpa</i> (İhmal)	123
c. <i>Culpa-neglegentia</i> , <i>Culpa-imperitia</i> , <i>Culpa-infirmitas</i>	129
C. KUSURUN AĞIRLIĞININ SORUMLULUK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	131
III. KUSURUN MODERN HUKUKLARDA KURUMSALLAŞTIRILMASI	135
A. KUSUR YARGISI	136
B. KUSURU AÇIKLAYAN TEORİLER.....	141
1. <i>Sübjektif Kusur Teorisi</i>	141
a. <i>Teoriye Göre Kusurun Anlamı</i>	141
b. <i>Sübjektif Kusur Teorisine Yönelik Eleştiriler</i>	143
2. <i>Objektif Kusur Teorisi</i>	144
a. <i>Teoriye Göre Kusurun Anlamı</i>	144
b. <i>Objektif Kusur Teorisine Yönelik Eleştiriler</i>	147
3. <i>Objektifleştirilmiş (Karma) Kusur Teorisi</i>	148
a. <i>Teoriye Göre Kusurun Anlamı</i>	148
b. <i>Teoriye Yönelik Eleştiriler</i>	152
C. DEĞERLENDİRMEMİZ VE ÇALIŞMAMIZIN DEVAMINDA TAKİP EDECEĞİMİZ SİSTEM	154
IV. KARMA KUSUR TEORİSİNE GÖRE KUSURUN UNSURLARI.....	158
A. KUSURUN SÜBJEKTİF UNSURU.....	159
1. <i>Kusur Ehliyeti ve Ayırt Etme Gücü</i>	161
2. <i>Kusur Ehliyetinin Derecelendirilebilirliği Sorunu</i>	165
B. OBJEKTİF UNSUR	167
1. <i>Hukuka Aykırılık ve Kusurun Objektif Unsuru Hakkında Görüşler</i>	168
2. <i>Karşılaştırmada Ölçü Alınacak Kişi Modeli</i>	171
a. <i>Dışsal Kıstaslar</i>	173
b. <i>İçsel Kıstaslar</i>	173

c. Yer ve Zaman ile Faaliyetin Türü	177
d. Diğer Yardımcı Kıstaslar	178
3. Model Kişiden Beklenen Davranıştan Sapma	179
V. AĞIRLIK DERECESESİNE GÖRE KUSURUN SINIFLANDIRILMASI	180
A. GENEL OLARAK	180
B. KAST	182
1. Doğrudan Kast	188
2. Dolaylı Kast	188
3. Kastın Belirlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar	189
C. İHMAL	191
1. İhmalin Merkezinde Yer Alan Özen Kavramı ve Özenin Farklı İşlevleri	192
a. Dış Özen, İç Özen ve Üstlenme Kusuru (Başlangıçtaki İhmal) ...	194
b. Talep Edilen Özenin Ölçüsü	198
aa. Sübjektif Ölçü (Diligentia quam in suis)	198
bb. Objektif Ölçü	199
cc. Normatif Ölçü	204
dd. Diğer Kriterler	205
2. Öngörülebilirlik ve Önlenebilirlik (Kaçınılabilirlik)	206
a. Öngörülebilirlik	207
b. Önlenebilirlik	209
3. Hukuka Aykırı Sonucun Önceden Görülüp Görülmemesine Göre İhmalin Çeşitleri: Bilinçli İhmal - Bilinçsiz İhmal	210
4. İhmalin Ağırlık Derecesine Göre İhmalin Çeşitleri: Ağır İhmal – Hafif İhmal Ayrımı ve Orta İhmal Kavramı	212
a. Ağır İhmal Hakkındaki Görüşler	214
aa. Bokelmann'ın Yaklaşımı	217
bb. Röhl'ün Yaklaşımı	220
cc. Müller'in Yaklaşımı	222
b. Ağır İhmal Yargısına Zemin Oluşturan Vakıa ve Emareler	223
aa. Zararın Meydana Gelme Olasılığı	223
bb. Özen İhlalinin Süresi	224

cc. Özen İhlallerinin Sıklığı	225
dd. Olası Zarar Miktarı.....	226
ee. Önceden Gerçekleşen İkaz	227
ff. Düşünme Süresi	227
gg. Anlık Hata	228
hh. Unutma Vakıaları.....	230
ii. Yerleşmiş Özensiz Davranışlar	231
jj. Koruma Normlarına Aykırılık.....	232
kk. Durumun Zorluk Derecesi	233
c. Ağır İhmale Yaklaşımların Değerlendirilmesi ve Sonuç	234
d. Hafif İhmal	236
e. Orta İhmal	238
D. KUSURUN AĞIRLIK DERECELERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	239
1. Ağır Kusur – Hafif Kusur Ayırımının Esas Alınmış Olması	240
2. Terk Edilmiş Bir Düzenleme: Manevi Tazminat Talebinin Kusurun Özel Ağırlığına Bağlılığı	245
VI. SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSURUN UNSURLARI VE ÖZEN BORCUNA AYKIRILIK İLE KUSURUN AYRIŞTIRILMASI SORUNU	248
A. SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSUR	248
1. Sübjektif Unsur	252
2. Objektif Unsur.....	254
a. Sözleşmesel (Akdi) Kast.....	255
b. Sözleşmesel (Akdi) İhmal (Sözleşme İlişkilerinde Gerekli Özenin Yasal Açıklaması)	256
B. İŞGÖRME BORCU DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE ÖZEN BORCUNA AYKIRILIK VE KUSURUN AYRIŞTIRILMASINDAKİ GÜÇLÜK.....	257
1. Sözleşme İhlali Perspektifinden Özen Borcuna Aykırılık İle İşgörme Borcunun İçeriği Arasındaki İlişki	258
2. Kusur Perspektifinden Gerekli Özenin Ölçüsü ve İşçinin Sorumluluğu Arasındaki İlişki	267
a. İşin Tehlikeli Olup Olmaması (Mesleki Riziko)	274
b. İşin Uzmanlığı ve Eğitimi Gerektirip Gerektirmemesi.....	275

<i>c. İşçinin İşveren Tarafından Bilinen Veya Bilinmesi Gereken Yetenek ve Nitelikleri</i>	<i>276</i>
<i>3. Özen Borcuna Aykırılık İle İhmal Bakımından Özensizlik Arasındaki Sınır Konusunda Öğretide İleri Sürülen Görüşler</i>	<i>278</i>
<i>4. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz</i>	<i>287</i>

Üçüncü Bölüm:

AĞIR KUSURUN İŞLEVLERİ VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN UYGULAMA ALANLARI

I. AĞIR KUSURUN SORUMLULUĞUN KURULMASINDAKİ UYGULAMA ALANI VE AĞIR KUSUR HALİNDE SORUMLULUĞUN SINIRLANAMAMASI..... 291

A. AĞIR KUSURUN KARŞILIK GÖZETMEYEN FAALİYETLERDE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ 291

- 1. Bağışlayanın Sorumluluğu..... 291*
- 2. Borçlunun Yararının Bulunmadığı Diğer Hallerin Değerlendirilmesi . 294*

B. KİŞİNİN KENDİ İŞLERİNDE GÖSTERDİĞİ ÇABA VE ÖZEN (DILIGENTIA QUAM IN SUIS) ÖLÇÜTÜNÜN UYGULANDIĞI HALLERDE AĞIR KUSURUN SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ 301

C. AĞIR KUSURUN HAYVAN SATIŞINDA AYIP SORUMLULUĞU İSTİSNASINI ETKİSİZ KILMAK SURETİYLE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ 303

D. AĞIR KUSURUN SÖZLEŞMEYE DAYANAN SORUMLULUK SINIRLAMALARINI ETKİSİZ KILMAK SURETİYLE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ 304

1. Sorumsuzluk Anlaşmaları 304

a. Ağır Kusurdan Sorumsuzluk Hakkındaki Genel Düzenlemeler ... 305

aa. Borçlunun Kendi Davranışları Bakımından 305

bb. İfa Yardımcıları Bakımından..... 314

b. Satış Hukukunda Zapt ve Ayıp Bakımından Özel Düzenlemeler.. 316

aa. Zapt Bakımından..... 316

bb. Ayıp Bakımından 318

cc. İsteğe Bağlı Açık Arttırmayla Satışta Satıcının Aldatmasının Artırma Koşullarındaki Sorumsuzluk Kaydını Etkisiz Bırakması

..... 320

E. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKLA MUKAYESELİ OLARAK AĞIR KUSURUN İSTİHDAM İLİŞKİLERİNDE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ	322

II. AĞIR KUSURUN HUKUKİ DURUMU VE ÖZELLİKLE SORUMLULUĞU AĞIRLAŞTIRMA İŞLEVİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANLARI 325

A. AĞIR KUSURUN TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDEKİ ROLÜ..... 325

1. Tazminat Borçlusunun Ağır Kusuru ile Tazminatın Belirlenmesi Arasındaki İlişki 325

a. Tazminatın Belirlenmesi..... 325

b. Tazminatın İndirilmesi Sebebi Olan Kusurun Hafifliğine İlave Olarak Başka Bir Kistasın Gerekip Gerekmediği Sorunu..... 329

2. Tazminatın Belirlenmesinde Borçlunun Ağır Kusuru ile Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru Arasındaki İlişki..... 331

a. Zarar Görenin Kusuru Kavramı ve Zararı Azaltma Külfetinden Ayırt Edilmesi 331

b. Borçlunun Ağır Kusuru ile Zarar Görenin Kusuru Arasındaki İlişki 335

B. AĞIR KUSURUN AYIP SORUMLULUĞUNU AĞIRLAŞTIRICI ROLÜ (SATIŞ VE ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNDA İHBAR KÜLFETİ VE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN HÜKÜMLER)..... 336

1. Ayıbı İhbar (Bildirim) Külfetine İlişkin Olarak 337

a. Satış Sözleşmesinde 337

aa. Satıcılığı Meslek Edinmeyenler Bakımından 337

bb. Satıcılığı Meslek Edinmiş Olanlar Bakımından..... 339

b. Eser Sözleşmesinde..... 348

2. Zamanaşımına İlişkin Olarak 350

a. Satış Sözleşmesinde 352

b. Eser Sözleşmesinde..... 354

C. AĞIR KUSURUN KEFALET TEMİNATININ SONA ERMESİNDEKİ ROLÜ (TBK M. 592/4)..... 356

D. AĞIR KUSURUN, KİRAYA VEREN AÇISINDAN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESİH PROSEDÜRÜNÜ KOLAYLAŞTIRMAK SURETİYLE KİRACININ HUKUKİ DURUMUNU AĞIRLAŞTIRMASI 361

E. AĞIR KUSURU BULUNAN DAVA TARAFININ FER'İ MÜDAHİL İLE ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİ.....	362
1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Fer'i Müdahaleye İlişkin Genel Düzenleme	363
2. Satıcının Zapt Sorumluluğuna İlişkin Özel Düzenleme	364
III. AĞIR KUSURUN, ZARARDAN BİRDEN FAZLA KİMSENİN SORUMLU OLMASINDA (MÜTESELSİL SORUMLULUKTA) UYGULAMA ALANI	366
A. ALACAKLI İLE BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİ (DIŞ İLİŞKİ)	374
1. Tam Teselsül - Eksik Teselsül Ayrımı Yapılan Önceki Hukuktaki Durum ve TBK'nin Bu Ayrımı Kaldırmış Olması	374
2. Müteselsil Borçlunun Kusurunun Ağırlığının Dış İlişkideki Rolü Hakkındaki TBK Dönemindeki Görüşler	381
B. TAZMİNATIN BORÇLULAR ARASINDAKİ PAYLAŞIMI (İÇ İLİŞKİ) .	384
1. Tam Teselsül-Eksik Teselsül Ayrımı Yapılan Önceki Hukuktaki Durum	385
2. TBK m. 62 Hükmüne Göre Müteselsil Borçlunun Kusurunun Ağırlığının İç İlişkideki Rolü	387
IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AĞIR KUSURU VE ZARAR GÖRENİN AĞIR KUSURU	389
A. KAVRAM	389
B. HÜKÜMLERİ	391
1. Sorumluluğu Kaldırma	391
2. Sorumluluğu Azaltma	394
SONUÇ	398
KAYNAKÇA.....	412

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
AHBVÜ-HFD	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AISUF	: Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
aOR	: 1881 Tarihli Eski İsviçre Borçlar Kanunu
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz./bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
c.	: cümle
çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DIN	: Das Deutsche Institut für Normung

dn.	: dipnot
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
eBK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.Ü. İİBFD	: Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İHM	: İstanbul Hukuk Mecmuası
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İMHFD	: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İMÜHFD	: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
kn.	: kenar numarası
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
pn.	: paragraf numarası
R.G.	: Resmî Gazete
RG	: Reichsgericht
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ss.	: Sayfa Sayısı

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UMD	: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
vd.	: ve devamı
VDE	: Verband der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik
VVG	: Versicherungsvertragsgesetz
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht

GİRİŞ

Sorumluluk hukuku, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye büyük alana ayrılır ve sorumluluk hukuku meseleleri bu alanlara göre tasnif edilir. Sözleşme sorumluluğu, geçerli bir sözleşmeye aykırılıktan dolayı ortaya çıkan zararın giderilmesini ve bu anlamda tazminat borcundan sorumluluğu ifade eder. Ancak geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya böyle bir borç ilişkisinin sona ermiş olması durumlarında dahi sözleşmeye aykırılığı düzenleyen ve haksız fiil hükümlerine nazaran çoğu zaman daha elverişli olan hükümlerin zarar göreni korumak adına onun hukuki konumunu iyileştirmek için uygulama bulması amaçlanır. Öğreti ve uygulamada bu amaç için geliştirilen kuramların benimsenmesiyle birlikte artık sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk ifadesinin genelliği, bütün bu halleri kapsamaya yeterli gelmez. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk alanını, haksız fiilden doğan sorumluluk alanının aleyhine olacak şekilde genişletme çabasıyla ortaya çıkan gri alanları da kapsayacak bir genellemeyi yapmak üzere sözleşmesel sorumluluk ifadesini kullanmak uygundur. Bu genellemeden sonra sorumluluğun unsurlarından kusur unsurunun bu genelleme içindeki konumunu tayin etmek, bu kavramı aydınlatmak, derecelerini tespit etmek ve ağır kusura bağlanan sonuçları görmek mümkündür.

Çalışmamızı oluşturan üç ana bölüm, en geniş şekilde yaptığımız ve tezimizin başlığında ifade ettiğimiz soyutlamanın açılmasıdır. Buna göre birinci bölümde sözleşmesel sorumluluk kavramı, bunun unsurları ve kusur unsurunun bu sorumluluktaki rolü ortaya konulmaktadır. İkinci bölümde kusur kavramının, felsefi, siyasi, sosyal ve ekonomik arka planından başlanarak hukuk tarihi bakış açısıyla ortaya çıkışı ve gelişimi ele alınmakta ve kusurun zaman içinde dönüşümüne bağlı olarak bu kavramı farklı şekilde açıklayan teorilere yer verilmektedir. Benimsediğimiz kusur teorisine uygun olarak kusurun unsurlarını ve ağırlık derecelerini ortaya koyduktan sonra sözleşmesel sorumlulukta kusurun, açıklanmaya muhtaç olan özen borcuyla ilişkisi incelenmiş ve ulaştığımız kanaatle birlikte bu bölüme son verilmiştir. Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde Türk Borçlar Kanunu ile sınırlı olarak ağır kusurun sözleşmesel sorumluluktaki uygulama alanlarına, ağır kusura bağlanan ortak işlevler tespit edilerek ve buna uygun olarak oluşturulan başlıklar altında yer verilmiştir.

Tezimiz, çalışma genelinde ulaştığımız kanaatlerin maddeler halinde yer aldığı sonuç bölümüyle birlikte tamamlanmıştır.



I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

Sorumluluk hukukunun gelişim evrelerine bakıldığı zaman bir zararı giderme borcunun doğacağı koşulların, diğer deyişle sorumluluk unsurlarının aynı anda ve tekemmül etmiş bir şekilde belirginleştiği görülemeyecektir. Bugün için hukuka aykırı bir davranış, zarar, uygun nedensellik bağı ve kusur olarak sayılan unsurlar, kusur sorumluluğu denilen alana yön verirken; kusurun aranmadığı ancak tehlike yaratma gibi başkaca sorumluluk olgularına sonuç bağlandığı özel düzenlemeler ile kusursuz sorumluluk alanı şekillendirilmiştir. Sorumluluk olgu ve unsurlarının oluşumu ve gelişimi, esasen insan medeniyetinin gelişimini takip edegelmiştir. Bu süreci özellikle Roma hukukunun sorumluluk anlayışı ile Roma devletinin basitten karmaşığa giden insan ilişkilerinin gelişimi arasında gözlemlemek mümkündür. Yine sanayi devriminden önceki hayat koşulları ile sonrasında ortaya çıkan makineleşme ve seri üretime dayalı toplum yapısı da bu noktada zikredilebilir.

Kanun koyucuların değişen, gelişen ve karmaşılaşan insan ilişkilerine uygun olarak sorumluluk hukukunu şekillendirmesi karşısında ilgili hukuki kavramların aydınlatılması, düzenlemelerin arka planında yatan fikrî temelin ortaya konulması, değişen yaşam koşullarına göre bunların yeniden yorumlanması, hukuk öğretisinin başlıca faaliyet alanını oluşturmaktadır. Bu faaliyet, yasal düzenlemelerin kapsamını, birbiriyle ilişkilerini ve uygulama alanını belirlemeye ve en nihayetinde somut olay adaletinin sağlanması amacına hizmet eden çabalar ve hukuk öğretisinin bu çabaları, hukukun belli bir zaman dilimine sıkışarak durağanlaşmasının da önüne geçmektedir.

Bu noktaya kadar ifade etmeye çalıştığımız hususları somutlaştırmak adına sorumluluk hukuku literatürüne kazandırılmış olan bazı çalışmaların konularına değinmek yerinde olacaktır. Örneğin hukuka aykırılık bugün bile üzerinde tam anlamıyla görüş birliğine varılamamış, izahında çeşitli teorilerin geliştirildiği ve bu anlamda hukuk çalışmalarının dinamik bir kavramını oluşturur. Yine zarar kavramı, hem maddi hem manevi zarar bakımından; hem olumlu hem olumsuz zarar bakımından çeşitli monografik eserlerde incelenmiştir. Nedensellik bağı, nispeten istikrar kazanmış ve uygun illiyet bağı teorisinde ittifak edilmiş olsa da bu kavramın da gerek kusur kavramıyla karıştırıldığı gerekse de uygunluğun tespitinde ölçü olan hayatın olağan akışının belirlenmesinde

ortaya çıkan gri alanlar, özgün eserlerde aydınlatılmaya çalışılmıştır. Kusur kavramına baktığımızda ise kavramın, özellikle ceza hukukunun kullandığı sübjektif kınama yargısına uygun olarak klasik bir anlam kazandığı, ancak özel hukukun ceza hukukundan daha farklı amaç ve işlevleri olması sebebiyle bu klasik anlamda değişmelerin olduğu ve kusurun daha ziyade haksız fiil alanında kaleme alınan eserlerin konusu olduğu görülmektedir.

Tezimizde, geniş anlamda kusur sorumluluğu alanının içinde konumlandığına inandığımız sözleşmesel sorumlulukta ağır kusur kavramına odaklamamızın sebeplerine gelince, ilk olarak sözleşmeden doğan sorumluluğun da kusura bağlı olmasına rağmen bir önceki paragrafta da ifade ettiğimiz üzere kusur kavramına haksız fiil alanı dışında yeterli ilginin gösterilmemiş olmasıdır. Dahası haksız fiil kusurunun dahi dört başı mamur bir şekilde izahının yapıldığı bile bize şüpheli görünmektedir. Dolayısıyla meseleye sözleşmesel sorumluluğun şartları, kusurun bunlar içindeki yeri, haksız fiil alanındaki kusur kavramından farklı niteliklerinin olup olmadığının araştırılması çalışmanın amaçlarındandır. Yine kusurun ne olduğunu açıklamaya çalışan teoriler ışığında bugünkü sorumluluk hukukunun amaç ve işlevlerine en iyi hizmet edecek anlamı bulmak ve bunun sözleşme alanına izdüşümü bakımından zihinde canlanan ancak literatüre yeterince yansımamış hususları açık seçik ifade etmek çalışmamızın başlıca amaçlarındandır.

Türk Borçlar Kanunu başta olmak üzere mevzuatta yer alan birçok hükümde kusurun derecelendirildiği ve ağır kusura çeşitli sonuçlar bağlandığı görülmektedir. Literatüre baktığımızda ise kusurun her türlüşünün zarardan sorumlu olmak için yeterli olduğu prensibine uygun olarak kusurun dereceleri ve ağır kusura bağlanan sonuçlara özel bir önem verilmediği tespit edilmektedir. Bu sonuçlar, kanunda genellikle bir sözleşmeyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Literatüre kazandırılan eserlerde ağır kusurun, buna bağlanan sonuçların bütüncül bir kusur bakış açısıyla değil, incelenen sözleşme özelinde o sözleşmenin imkan verdiği daha dar bir bakış açısıyla ve doğal olarak bazı öncüllerin tartışmaya açılmaksızın peşinen kabul edildiği bir tarzla kaleme alındığı görülmektedir. Bu tespitimiz bizde, sözleşmesel sorumlulukta ağır kusuru çalışmanın hem kusur kavramını aydınlatma, hem kusurun ağırlığını belirleme hem de ağır kusura bağlanan sonuçları ortak paydada buluşturacak çeşitli gruplar oluşturarak bütüncül bir yaklaşım

geliştirme imkanını elde edebilme düşüncesinin pekişmesini sağlamıştır. Bu vesileyle tez konumuzu, sözleşmesel sorumlulukta ağır kusur ve ağır kusurun uygulama alanları olarak belirlemiş bulunuyoruz. Çalışmamıza attığımız önem onun, herkesin hayat felsefesine göre farklı şekilde anlam yüklemesine müsait olduğu ifade edilen kusura mercek tutması, üzerinde yeterince durulmadığı için farklı teorik izahlardan gelişigüzel harmanlanarak yapılmış tanımlara göre gelişen ve dolayısıyla kendi içinde tutarsızlıkların bulunduğu bazı yerleşmiş kanaatleri tartışmaya açması ve kendi alanında eksiklik olan literatüre özgün bir nitelikte katkı sağlaması amacına matuf olmasından kaynaklanmaktadır. Elbette ki bu amacın başarılabildiği ve başarılıp başarılmadığı ve başarılıp başarılmadığı ölçüde başarıldığı yapılacak kritiğe göre anlaşılabilecektir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Sözleşmesel sorumluluğun, yakından bakıldığında her biri ayrı bir inceleme konusu olmaya elverişli unsurları bulunmaktadır. Kusurun, diğer unsurlarla birlikte oluşturduğu bütünün içindeki yerini gösterebilmek için sözleşmeye aykırılık, nedensellik bağı, zarar gibi kavramlara değinmek gerekmektedir. Ancak çalışmamız kusur unsurunu esas aldığından diğer kavramlar, derinlemesine değil ana hatlarıyla ve tabiri caiz ise “çalışmanın amacına göre sınırlanarak” açıklanmıştır.

Ağır kusur ve ona bağlanan sonuçlar, Türk Borçlar Kanunu’nun yanı sıra Türk Ticaret Kanunu gibi daha özel nitelikteki hükümleri içeren mevzuatta da yer almaktadır. Biz çalışmamızı esas olarak Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan hükümlerle sınırlamış bulunmaktayız. Yine meseleyi sözleşme temelli sorumluluğa göre incelediğimiz için çalışma, haksız fiil hukukunun kendine özgü niteliklerini içermemektedir. Bununla birlikte TBK m. 114/2 hükmü çalışmamızın başlıca dayanak noktası olduğundan haksız fiil hükümlerinin bütünüyle dışlanması gibi bir durum da söz konusu değildir.

III. TERMİNOLOJİ

Sözleşmesel sorumluluk ifadesi, sorumluluğun sözleşmeyle ilgili olduğu halleri kapsayan bir anlama sahiptir. Bu ifade yerine sözleşmeden doğan sorumluluk, sözleşme temelli sorumluluk, sözleşmeye aykırı davranıştan sorumluluk gibi ifadeler de kullanılabilir. Nitekim çalışmamızda tekrara düşmemek ve üslubu kısırlaştırmamak

adına bu ifadeler de yer yer kullanılmıştır. Ancak tez başlığında “sözleşmesel” ifadesini tercih etmemiz, gramatik açıdan birtakım eleştirilerin de konusu olabilir. Burada birkaç cümleyle bu tercihimizin gerekçelerini açıklamak uygun olacaktır. Öncelikle literatürde sözleşmesel ifadesinin bilinçli veya bilinçsiz olarak sözleşmeden doğan sorumluluğu ifade etmek için kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Anlatılmak istenen meselenin daha kısa olan bu ifadeyle anlatılabiliyor olmasının onun kullanımının artmasına ve dilimize iyice yerleşmesine sebep olduğu kanaatindeyiz. Tam bu noktada eskimiş bir ifade olan “akdî” kelimesine de değinmek gerekir. Bilindiği üzere akit, bağıt, sözleşme anlamlarına gelmektedir. Sözleşmeyle ilgili olan sorumluluğu ifade etmek üzere “akdî mesuliyet” ifadesi özellikle 818 sayılı eBK’nin yürürlüğü döneminde yazılan eserlerde kullanılmıştır ve eskimiş bir ifade olmasına rağmen bugün dahi kullanılabilmektedir. Bizim tercihimiz, bu ifadenin güncel hukuk dilinde en iyi karşılığını oluşturduğunu düşündüğümüz “sözleşmesel sorumluluk” ifadesini kullanmaktır. Bu tercihimizin örneğin ferdî yerine bireysel; tarihî yerine tarihsel; siyasî yerine siyasal; zihnî yerine zihinsel; kutsî yerine kutsal; fizikî-ruhî yerine fiziksel-ruhsal; ilmî yerine bilimsel kelimelerinin artış gösteren kullanım eğilimine de uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu doğrultuda sözleşmesel sorumluluğun bir unsuru olan kusuru da ifade etmek için eski kullanımda karşılığı “akdî kusur” olan “sözleşmesel kusur” ifadesini tercih ediyoruz. “Sözleşmesel kusur” tercihimizin, bu terimin Almanca ve Fransızca dillerindeki karşılıklarına da uygun düştüğü kanaatindeyiz. Şöyle ki Almanca’da “das vertragliche Verschulden”; Fransızca’da “la faute contractuelle” ifadeleri kullanılmaktadır. Sözleşme anlamına gelen “Vertrag” ve “contract” kelimelerinden türetilen “vertraglich” ve “contractuel” terimlerini dilimizde karşılamak üzere aitlik veya ilgili olma anlamını kazandıran -sel/-sal ekinin sözleşme kelimesine eklenerek elde edilen “sözleşmesel” kelimesinin kullanılmasını isabetli bulmaktayız.

Çalışmamızda “yüküm” ve “yükümlülük” sözcükleri, aynı anlamda ve ihlali halinde tazminat borcunu doğuran ödevleri ifade etmek üzere bazen biri bazen diğeri kullanılmıştır. Külfet ise konusunu oluşturan davranışın gerçekleştirilmemesi halinde tazminat borcu doğurmamakla birlikte mükellefinin hukuki durumunu elverişsiz hale sokmaktadır ve çalışmada da “külfet”, borç veya yükümle eşdeğer olmayan bu teknik anlamına sadık kalınarak kullanılmıştır.

Fiil, eylem ve davranış kelimelerinin kullanılmasında “haksız fiil” veya “davranış yükümü” gibi yerleşmiş terimlerde bütünlüğün bozulmamasına dikkat edilerek ancak genel olarak iş, oluş ve hareketi anlatmak üzere biri diğerinin yerine geçebilecek şekilde kullanılmıştır. İhmali davranış, öğretilde başvurulmuş bir terim olmakla birlikte biz ihmal kelimesinin bu tez özelinde yalnızca kusura atıfta bulunmasını istediğimizden ihmal davranış ifadesi yerine pasif davranış ifadesini tercih etmiş bulunuyoruz. Dolayısıyla yapmama, kaçınma, katlanma gibi davranışlar pasif davranışa; yapma, etme gibi davranışlar aktif davranışa karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır.

Teori ve kuram; öğreti ve doktrin; nedensellik ve illiyet gibi bazı eş anlamlı terimlerin her ikisini de, üslupta birliği rahatsız edici seviyede bozacağını düşünmediğimiz, aksine anlatımda zenginlik sağlayacağına inandığımız için çalışmamızın çeşitli yerlerinde kullanmış bulunuyoruz.

IV. ARAŞTIRMA PLANI

Sorumluluk hukukunun genel görünümü, sorumluluğunun zaman içinde kusura bağlanmasının arkasında yatan düşünce, bir kimsenin kusur sorumluluğu bağlamında tazminat yükümlüsü olması için gereken unsurlar ve nihayet bu unsurlardan biri olan kusurun bizzat kendisi, araştırma planında sıraya konulmuştur. Birinci bölüm özel hukuk sorumluluğunun genel hatları ve sözleşmesel sorumluluktan söz açılabilmesi için gerekli olan şartlar ile kusur dışındaki diğer sorumluluk unsurlarının açıklanmasına ayrılmıştır. İkinci bölüm kusurun zaman içinde bir hukuk terimi haline gelmesi ve hukuk düzenlerince tanımının yapılmasından kaçınılan bu kavramı açıklayan teorileri konu edinmektedir. Sorumluluğun gerekçesinin, kişinin davranışlarını serbestçe yönlendirebilmesine dayandığı yönündeki yaygın kanaat, irade özgürlüğüne eğilmeyi gerektirmektedir. Bir sorumluluk unsuru olan kusurun açıklanmasında irade özgürlüğüyle ilgili felsefi arka planın ve ayrıca hukuki bir kavram olarak kusurun tarihi köklerinin açıklanması çalışmamızın ikinci bölümünde kendisine yer bulmuştur. Kusur kavramına ilişkin çeşitli teoriler ekseninde kavram hakkında belli bir fikre sahip olunduktan sonra kusurun derecelerini sahip olunan bu fikre uygun olarak anlamlandırmak mümkün olacağından üçüncü bölüm öncesinde kast, ağır ihmal ve hafif ihmal kavramları da ikinci bölüm dahilinde tutulmuştur. Üçüncü bölüm, borçlar

hukukunda ağır kusura sonuç bağlanan hallerin ortak özellikleri göz önüne alınarak oluşturulmuş olan alt başlıkları içermekte ve bu başlıklarda tespit edilen ağır kusurun sonuçları, araştırma planının son halkasını oluşturmaktadır.



Birinci Bölüm:

SORUMLULUK KAVRAMI VE SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN UNSURLARI

I. SORUMLULUK KAVRAMI, SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI VE SORUMLULUK HUKUKUNUN TEMEL PRENSİPLERİ

Sorumluluk teriminin dilimizdeki genel anlamı, kişinin kendi davranışlarını veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir. Hukuki terim olarak sorumluluk, sosyal bir varlık olan insanın toplum hayatında uğradığı zararın kime yükletileceği dolayısıyla tazmin borçlusunun kim olacağı sorunuyla ilgilenmektedir. Buradan hareketle sorumluluk hukuku öğretide, bir kişinin başkasına verdiği zararı hangi şartlar altında tazmin etmekle yükümlü olduğunu gösteren kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır¹. Bugünkü anlamıyla sorumluluk, özel hukuk yaptırımı olarak zararın tazminine ilişkin edim sorumluluğunu ifade eder². Haksız bir fiille ya da borcunu ifa etmemek suretiyle başkasına zarar veren kişinin bu zararı giderme borcuna sorumluluk adı verilir³. Bu bağlamda sözleşmesel sorumluluk ifadesi de sözleşme yükümlülüğünün ihlali sonucunda karşı tarafa verilen zararın tazmin edileceği olasılıkları kapsar⁴.

A. SORUMLULUK KAVRAMININ FARKLI ANLAMLARI

¹ **İMRE, Zahit**, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler, *İÜHF*, Y. 1981, C. 45, S. 1- 4, ss. 401-420, s. 403; **ZELLER, Rebecca**, Haftungsbeschränkungen des BGB Funktion und Wirkungsweise, Rechtskultur Dogmatik Band 3, H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regensburg, 2013, s. 25; **KILIÇOĞLU, Mustafa**, Tazminat Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, (Kıs. KILIÇOĞLU, M.), s. 4; **NARTER, Sami**, Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 2; **BERK ERİŞİR, Bengi**, Roma Hukukunda Sözleşmeye Dayalı Kusursuz Sorumluluk Çerçevesinde Custodia'dan Diligentia'ya Geçiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 7. Krş. **FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, pn. 793; **DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre**, Sorumluluk Hukuku, (Çev. Salim Özdemir), Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983, s. 1.

² **ANTALYA, O. Gökhan**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 63-83, (Kıs. ANTALYA, *Sorumluluk*), s. 66.

³ **TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, pn. 1268; **ŞENOCAK Zarife**, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Sözkese Matbaacılık, Ankara 1998, (Kıs. ŞENOCAK, Hekim), s. 3; **AKINCI, Şahin**, Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2021, s. 32.

⁴ **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 218; **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 1054; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 9; **BAYSAL, Başak**, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 143, dn. 512.

Bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle bir normun ihlalinin sorumlu olan kişi, hukuki sonuç olarak bununla bağlantılı bir zorlamaya da katlanmalıdır. Bir olgu, sorumluluk nedeni olarak belirlenerek normun ihlali, sorumlu tarafa atfedilir. Hiçbir yasa koyucunun yaptırıma maruz kalacak kişi sorununu cevapsız bırakamayacağı açık olduğu için sorumluluk kavramı, hukuk sisteminde gerekli bir işlevi yerine getirir⁵.

Sorumluluk konusunda yapılan incelemelere bakıldığında *–den sorumluluk* ve *–ile sorumluluk* olmak üzere sorumluluğun iki farklı anlama sahip olduğu ve bu iki farklı anlamın birbirinden ayrılmasının oldukça önemli olduğu belirtilmektedir. Sorumluluk yükümlülüğü (borcu) olarak da ifade edilebilecek olan *–den sorumluluk*, bir kimsenin zarar doğuran bir vakıadan dolayı tazminatla yükümlü olduğunu, bu anlamda tazminat borcunun kaynağını ifade eder⁶. Hukuk düzenince yasaklanan, meşru görülmeyen fiillerin gerçekleştirilmesi sonucunda bir zararın ortaya çıkması halinde hukuka aykırı fiili gerçekleştirilene bu zararı giderme, tazmin etme yükü yüklenir. Zararı tazmin etme, giderme yükümlülüğü anlamında kullanıldığında sorumluluk, içeriği ve kapsamı daha sonra yapılacak muhakemeyle netleşecek olan bir borcu ifade eder. Dolayısıyla bu anlamdaki sorumluluk, daima bir borç teşkil eder. Ancak her borç, bu borcun borçlusu için bir sorumluluk hali doğurmaz meğerki borcun -kural olarak kusurlu- ihlali sebebiyle bir zarar ortaya çıkmış olsun⁷. Tazminat borcu olarak ortak yaptırımı öngören haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluk, sorumluluk hukuku çatısı altında incelenmektedir⁸.

–ile sorumluluk ise bir yükümlülüğü, dolayısıyla tazminat borcunun kaynağını değil; alacaklının hakkını elde edebilmek için cebri icra yoluna başvurabilmesini ve diğer

⁵ **AEBI, Hans Kaspar**, Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht, Verlag P. G. Keller, Winterthur 1957, s. 26.

⁶ **SCHWARZ, Andreas B.**; Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (Çev. DAVRAN, Bülent), Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948, s. 76; **TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 3; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, §2, kn. 44; **EREN**, s. 510; **ANTALYA, Sorumluluk**, s. 63; **BAŞALP, Nilgün**, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 5.

⁷ **TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 20.

⁸ Geniş anlamıyla sorumluluk hukuku, hem haksız fiil sorumluluğunu hem de sözleşmesel sorumluluk kurallarını düzenleyen hukuk dalını ifade eder, bkz. **BAYSAL, Başak**, Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76, On İki Levha Yayıncılık, (Kıs. BAYSAL, HFH), s. 6, dn. 1.

tarafından da borçlunun buna katlanmak zorunda olmasını ifade eder⁹. Borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesi, borçlunun arzu ve iradesi, dürüstlük ve güvenilirliği, ifa kabiliyetiyle yakından ilgilidir. Alacaklının, borçlunun sorumlu olduğu bir ifa engeliyle karşılaşması halinde hakkını elde edebilmesi ve hakkın akamete uğramaması için modern hukuklarda (sınırlı sorumluluğun kabul edildiği bazı ilişkiler bir kenara bırakılırsa) genellikle borçlunun haczi kabil malvarlığı değerlerinin tümü alacaklının hizmetine sunulur. Devlet gücünün kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde alacaklı, borçlunun malvarlığına el koymaya muktedirdir ki borçlunun bu anlamda sorumluluğu *–ile sorumluluk* olarak ifade edilir. İle sorumluluğun ilgi alanını, borçlunun malvarlığına¹⁰ alacaklının yetkili devlet organları aracılığıyla el koyması oluşturduğundan, sorumluluğun bu anlamda kullanımı, sorumluluk mecburiyeti (zorunluluğu) olarak da ifade edilebilir¹¹.

Öğretinin sorumluluk hukukunda hangi meselelerin ele alınması gerektiği konusundaki yaklaşımı, genellikle geniş anlamda, dar anlamda ve en dar anlamda sorumluluk ayrımlarının yapılmasını gerektirmiştir. Geniş anlamda sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk ile birlikte sözleşme dışı sorumluluk hallerini bir üst başlıkta toplayarak ele

⁹ SCHWARZ, s. 77; TANDOĞAN, s. 3, dn. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §2, kn. 46; EREN, s. 510; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 20; ANTALYA, *Sorumluluk*, s. 63; REİSOĞLU, *Safa*, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2014, s. 37; NARTER, s. 3; ÖZEL, *Çağlar*, Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış, *H.Ü. İİBF D.* 2000, C. 18, S. 2, ss. 415-432, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/huniibf/issue/30302/327757>, (Erişim T. 15.11.2022), s. 416.

Bu noktada eksik borç veya tabii borç olarak ifade edilen kavrama da dikkat çekmek gerekir. Bazen hukuk düzeni bir kimsenin borçlu olduğunu kabul etmekle beraber o kimseye karşı bir tazyik yani bir dava ve icra imkanı tanımamaktadır. Bu türden borçların ifası ancak isteğe bağlı kalmaktadır. Borçlu kendi arzu ve iradesiyle borcu yerine getirirse bu ifa muteberdir, sebepsiz zenginleşme teşkil etmez. Bu tür borçlar rehin veya kefalet ile teminat altına alınabilir ve yenilenebilir.

¹⁰ Malvarlığı, kişinin ekonomik değer arz eden hakları ile borçlarının bütününden oluşur. Her kişinin tek bir malvarlığı bulunur. Malvarlığı ile sorumluluk, kişi olma statüsü ile birbirine neden sonuç ilişkisi içinde bağlı olan bir kavram setidir. Teknolojik gelişmeler, hukuku, yapay zekaya da bir kişilik tanınarak onun da bir sorumluluk süjesine dönüştürülmesi önerilerine muhatap etmektedir. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda (Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics) yer alan “elektronik kişi” yaklaşımına burada dikkat çekmekle yetiniyoruz. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKKURT, Sinan Sami, Yapay Zekanın Otonom Davranışlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, *UMD*, Y. 2019, S. 13, ss. 39-59, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/45986/581875>, (Erişim T. 31.01.2024), s. 46 vd.; BAK, Başak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, *TAAD*, Y. 2018, S. 35, ss. 211-232, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693619>, (Erişim T. 31.01.2024), s. 220 vd.

¹¹ SCHWARZ, s. 77; BAŞALP, s. 6.

alan yaklaşımdır ki Fransız hukukçularının bu sistemi benimsediği belirtilmektedir¹². Dar anlamda sorumluluk ise Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi sözleşmesel sorumluluk dışında kalan sorumluluk hallerini kapsamaktadır. En dar anlamda sorumluluk, özel kanunlarda veya genel kanunlardaki kusur prensibine istisna olarak özel hükümlerle düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerini ifade etmektedir¹³.

B. SORUMLULUĞUN KAYNAKLARI

Sosyal bir canlı olarak insanın toplum halinde yaşayabilmesi ve gelişimini sürdürebilmesi, kimseye zarar vermeme düşüncesinin gelişmesini gerektirir. Medenileşme ve ahlaki kavramların yerleşmesi ile birlikte başkasına zarar veren bu zararı gidermelidir düşüncesini temel alan bir sorumluluk bilincine ulaşılır. Hukuk düzeni ister akla ister dogmatik kurallara dayalı olsun, zarar olgusunun¹⁴ ortaya çıkmasını engellemek üzere bazı davranışların yapılması bazılarında ise kaçınılması yönünde bir tavır alır. Hukuk düzeninin bu tavrına rağmen zarara sebebiyet veren fiil gerçekleştirilmişse yaptırım olarak sorumluluğun gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Hukuk düşüncesindeki gelişimin ve pratik hayattaki gereklilere göre hukuk politikasının tercihi ile sorumluluk sebepleri ve unsurları belirir.

Sorumluluğun kaynakları olarak bir sınıflandırmaya gidildiğinde ölçüt olarak ihlal edilen bir yükümlülüğün kaynağından hareket edilir. Çoğu zaman yüküm ihlali, herhangi bir şekilde neden olunan bir sonuçtur. Örneğin, “neminem laedere” normu, bir başkasına zarar vermeyi kesinlikle yasaklar, bu nedenle zararın verildiği durum ve hal önemsizdir. Böyle bir norm, buna uyulmasının fiilen mümkün olup olmadığına bakılmaksızın yalnızca onu ihlal etmenin istenmeyen sosyal etkisi göz önüne alınarak

¹² DESCHENAUX/TERCIER, s. 2; TANDOĞAN, s. 3; EREN, s. 511; NARTER, s. 5; TOKAT, Hüseyin, Karayoluyla Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Akdî Sorumluluk, *AÜHFD*, Y. 2016, C. 64, S. 4, ss. 2909-2975, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42360/510064>, (Erişim T. 21.01.2024), s. 2926.

¹³ EREN, s. 511; OĞUZ, Habib, Sorumluluk Hukukunda Kusur, *TAAD*, Y. 2016, S. 28, ss. 273-286, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52664/694113>, (Kıs. OĞUZ, H.), (Erişim T. 15.11.2022), s. 274. En dar anlamda sorumluluğu, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu olarak anlayan görüş için bkz. ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, Seçkin, Ankara 2019, (Kıs. ANTALYA, BHGH C. V/1, 2), pn. 4; TOKAT, s. 2941.

¹⁴ Zarar olgusunu ifade etmek için Roma hukukunda *interesse* ifadesi kullanılırdı. Bu ifadeyle zarar gören kişinin, zarar veren olayın neticelerinin gerçekleşmemesindeki menfaati kastedilirdi. *Interesse*, modern hukuk doktrininde menfaat teorisinin etkisiyle zararı ifade etmek için kullanılmıştır. Bu hususta bkz. TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin, Ankara 2020, s. 28.

yürürlüğe konulur¹⁵. Ancak hukuk, gerçekten uygulanabilecek olanı da emreder. Yine de fiilen yerine getirilemeyen ve dolayısıyla icrası da mümkün olmayan hukuki bir yükümlülük her zaman orijinal haliyle uygulanamaz. Doğrudan uygulanamayan hukuki bir yükümlülük, bu amaçla fiilen ve hukuken uygulanabilir bir şekle dönüştürüldükten sonra dolaylı olarak uygulanır. Pozitif hukuk sistemlerinde yaygın olarak görülen bu durum, özel hukukta tazminat ödeme yükümlülüğü ve ceza hukukunda cezaya çarptırılma yükümlülüğünü içerir¹⁶.

Bir fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle söz konusu fiilin bir insan davranışına karşılık gelmesi gerekir. Dış alemde insanın bilinçli davranışlarıyla meydana gelen ve hukuk düzeninin kendisine sonuç bağladığı olaylara hukuki fiil denilir¹⁷. İradi, bilinçli bir insan davranışıyla gerçekleşebilen hukuki fiiller bir davranışta bulunma şeklinde olumlu ya da bir davranışta bulunmaktan kaçınma şeklinde olumsuz yani aktif veya pasif şekilde olabilir¹⁸. Söz konusu davranışın hukuka aykırı olduğu ifade edildiğinde ise bu davranışın hukuk düzenini ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır¹⁹. İradi insan davranışı olarak hukuki fiil ya hukuk düzeninin onay verdiği bir karakter gösterir ve hukuka uygun fiil olarak ya da hukuk düzenine aykırı bir karakter gösterir ve hukuka aykırı fiil olarak isimlendirilir²⁰. Hukuka aykırı fiiller de bir haksız fiil veya bir borca aykırılık şeklinde kendini gösterir²¹. Şu hâlde hem sözleşmeden doğan sorumlulukta hem de haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırı bir

¹⁵ AEBI, s. 28.

¹⁶ AEBI, s. 29.

¹⁷ HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 31; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Basım, İstanbul 1999, (Kıs. UMUR, Ders N.), s. 181.

¹⁸ DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, pn. 1082, 1083.

¹⁹ BAŞALP YILDIRIM, Nilgün, Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce Ve Eleştiriler, GSÜHFD, Y. 2019, C. 1, S. 1, ss. 293-332, <https://app.trdizin.gov.tr/>, (Erişim T. 20.06.2022), s. 295; TOPUZ, s. 406.

²⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, pn. 602; DURAL/SARI, pn. 1085; HELVACI/ERLÜLE, s. 31; UMUR, Ders N., s. 182; BERK ERİŞİR, s. 16.

²¹ von TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1979, §46, I, s. 406; OĞUZMAN/BARLAS, pn. 602; DURAL/SARI, pn. 1085; HELVACI/ERLÜLE, s. 31; UMUR, Ders N., s. 182, 209.

Borca aykırılık her zaman haksız bir fiil oluşturmadığı halde her borca aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılıktır. Çünkü borca aykırı davranan kişi Borçlar Hukuku kurallarına aykırı davranmakla aynı zamanda hukuka aykırı davranmış olmaktadır, bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, (Kıs. KILIÇOĞLU, A.), s. 803.

durum bulunur²². Özel hukuk alanında objektif ve soyut hukuk kurallarının herkese yüklemiş olduğu genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu ise teknik ifadesiyle haksız fiil²³; alacaklı ve borçlu taraflar arasında mevcut olan bir borç ilişkisinin -ki bu çoğu zaman bir sözleşme ilişkisidir- borçlu tarafa yüklediği özel bir yükümlülüğe aykırılık söz konusu ise borca aykırılık karşımıza çıkar²⁴. Buradan hareketle, sorumluluğa sebep olan hukuka aykırılık sözleşmesel yüküm ihlali teşkil ediyorsa sözleşmeye dayalı sorumluluk ya da daha kısa olarak sözleşmesel sorumluluk; diğer sorumluluk hallerinde ise sözleşme ilişkisine dayalı olmayan yani sözleşme dışı sorumluluk şeklinde ayırım yapılmaktadır²⁵. Bu ayırımın kökeni Roma hukukuna kadar uzanmaktadır²⁶.

²² **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Borçlar Hukuku 1. Cild, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Garanti Matbaası, İstanbul 1968, s. 252, **RADO, Türkan**, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 22.

²³ **von TUHR/PETER**, §46, I, s. 407. Haksız fiilde hukuka aykırılık kavramı hakkında bkz. **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 205 vd.; **BAŞALP YILDIRIM**, s. 298 vd.; **KURTULAN, Gökçe**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, *MÜHF-HAD*, Y. 2017, C. 23, S. 1, ss. 465-504, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/30773/332748>, (Erişim T. 15.11.2022), s. 468 vd.; **KAHRAMAN, Zafer**, “Medeni Hukuk Bakımından Pervasızca Hareket”, Prof. Dr. Sermet Akman’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, ss. 405-428, s. 407.

²⁴ **von TUHR/PETER**, §46, I, s. 406-407; **NOMER, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2021, pn. 13; **EREN**, s. 532; **ANTALYA**, *Sorumluluk*, s. 67-68.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda da sorumluluk unsurları, TTK m. 553’e göre hukuka aykırılık, zarar, kusur ve nedensellik bağı olarak tespit edilmekte ve hukuka aykırılık unsurunu karşılayan olgu, kanun veya esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali olarak belirtilmektedir, bkz. **UZEL, Necdet**, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı”, *Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler* (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 375-413, s. 390. Benzer şekilde limited şirket ile müdürler arasındaki ilişkinin çoğu zaman vekalet sözleşmesine dayandığı, müdürlerin şirkete karşı sorumluluğunda hukuka aykırılık unsurunu sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleştireceği belirtilmektedir, bkz. **YURTMAN, Hazalcan**, “TTK M. 625/2 Kapsamında Limited Şirket Müdürlerinin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler* (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 469-517, s. 489.

²⁵ **YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 29-61, <https://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/2008C.14S.4/29-61.pdf>, (Erişim T. 22.01.2024), s. 30; **EREN**, s. 532; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 4, 5; **İMRE**, s. 418; **NARTER**, s. 5-6; **AKINCI**, 33; **ÇAKIRCA, Seda İrem**, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 1; **TOPUZ**, s. 409-410; **KARAN, Yeliz**, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 723; **BERK ERİŞİR**, s. 7.

Yapay zekanın otonom davranışlarından kaynaklanan zararların da bu klasik ayırma uygun olarak akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk esaslarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi yönünde bkz. **AKKURT**, s. 48 vd.

Ancak öğretide gerçek anlamda haksız fiil veya hiçbir şekilde sözleşme niteliği taşımayan bazı sorumluluk türlerinin bulunması karşısında sorumluluk kaynaklarını, geniş anlamda hukuki işlem ve bu niteliği taşımayanlar için de yasal borç ilişkisi şeklinde sınıflandıranlar da vardır, bkz. **ULUSAN, İlhan**,

Hukuka aykırı davranış ister genel davranış kurallarına aykırılık ister mevcut bir hukuki ilişkiden doğan borca aykırılık şeklinde gerçekleşsin²⁷ bunun hukuki sonucu, fiili

Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan kitabındaki makalesinin ayrı basımı, Aristo, İstanbul 2021, s. 2, dn. 4.

Yine öğretide, öğretide yerleşmiş olan anlamıyla “sözleşmeye dayalı tazminat talebi” ve “sözleşmeye dayalı olmayan tazminat talebi” ayrımını eleştiren Jäggi'nin görüşüne de kısaca temas etmek istiyoruz. Yazara göre hukuka aykırı fiilleri, haksız fiil ve bunun yanında bağımsız bir tür olarak sözleşme ihlali olarak sunmak kavram inşasında yapılan bir hatadır. Doktrin, zararın olgularının birliğini gereksiz yere bölmüş ve iki (sözde) bağımsız tazminat talebi türü yaratmıştır. Bu hatanın büyük bir etkiye sahip olmamasının tek nedeni, OR md. 99'nun OR md. 43 ve devamına yaptığı kapsamlı atıftır. Tazminat talebini tetikleyen olguları kategorize ederken, başlangıçta bir ikilik ortaya çıkmaktadır. Tazminat, borçlu ya tazminat vaaında bulunduğu için (örneğin zarar sigortacısı olarak) ya da borçlunun iradesinden bağımsız olarak talep edilebilir. Yalnızca ilk durumda tazminat ödeme yükümlülüğü, kelimenin tam anlamıyla bir “sözleşmesel yükümlülük”tür. Buna karşılık, ikinci türdeki durumlar, tazminat ödemeye ilişkin sözleşme dışı yükümlülükler, yani borçlu tarafından istenmeyen tazminat yükümlülüklerine yol açmaktadır. Özellikle “sözleşmeye dayalı tazminat talebi” terimi söz konusu olduğunda, bu terimin yalnızca tazminat ödeme vaaından kaynaklanan talepler için kullanılması gerekir. Diğer durumlarda zararı giderim yükümlülüğünde teklik esastır, iki sorumluluk arasındaki fark sadece tazminat hakkındaki kuralların değişik olmasıdır. Borçlunun vaaından ileri gelmedikçe tazminat ödeme yükümü, borçlunun iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkması nedeniyle kesinlikle sözleşme dışıdır. Bu nedenle taleplerin yarışması da söz konusu olamaz. Bkz. **JÄGGI, Peter**, “Zum Begriff Der Vertraglichen Schadenersatzforderung”, Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Universitätsverlag, Freiburg (Schweiz) 1968, ss. 181-197, özellikle bkz. s. 183-184.

Aral'ın haklı olarak belirttiği üzere Jäggi'nin bu anlayışına göre haksız fiil alanı genişlemekte, sözleşmesel sorumluluğun uygulama alanı daraltılmış olmakta ve sadece ifa etmeme ile ibaret kalmaktadır. Böylece, borç ilişkisiyle taraflar arasında kurulan özel hukuki bağın ve hatta akdi borç ilişkisinin anlamı tamamen kaybolmaktadır. Buna karşılık, başkasına zarar vermeme genel yükümünün ve bunun ihlaline uygulanacak haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı aşırı ölçüde genişletilmiş bulunmaktadır. Mevcut kanun hükümleri karşısında Jäggi'nin yaptığı ayrımı katılmak mümkün değildir. Bu hususta bkz. **ARAL, Fahrettin**, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 133 vd.

²⁶ **TOPUZ**, s. 407; **DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan**, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Kıs. DEMİRCİOĞLU, CİC), s. 75; **ANTALYA, Sorumluluk**, s. 68; **BERK ERİŞİR**, s. 15, 17.

Roma hukuku kaynaklarında borç doğuran olayların en eski sınıflandırma biçiminin, Gaius'un Institutiones'inin Borçlar bölümünün başlangıcında bulunan ve “*Şimdi borçlara geçelim: bunlar iki büyük türe ayrılır; nitekim her borç ya bir sözleşmeden veya bir haksız fiilden doğar*” şeklinde tercüme edilen metinde görüldüğü ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **OĞUZ, Arzu**, Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara -1989, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 7; **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem**, Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), İmaj Yayınevi, Ankara 2002, (Kıs. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*), s. 5.

²⁷ Sorumluluk doğurucu davranışın hukuka aykırılığının haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık şeklinde görünmesinin birbiriyle ilişkisine de kısaca değinmek gerekmektedir. Haksız fiile vücut veren hukuka aykırılıklar, çoğu zaman sahiplerine belli bir alanda tam bir hakimiyet sağlayan ve üçüncü kişileri bu alana saldırıdan meneden mutlak hakların ihlal edilmesiyle kendiliğinden gerçekleşir. Sözleşmeden doğan nisbi hakların ihlali ise bu şekilde dar anlamıyla bir hukuka aykırılığa neden olmaz, sadece sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla sorumluluk hukuku bağlamında hukuka aykırılık geniş anlamda kullanılmaktadır. Fakat bazen sözleşmesel bir yüküm ihlali aynı zamanda bir mutlak hakka aykırılığa sebep olabilir ki bu durumda geniş anlamda hukuka aykırılığın iki türü de gerçekleşmiş olur. Zarar gören tazminat talebini dilerse sözleşme temeline dilerse haksız fiil temeline dayandırabilir. Örneğin kira konusu eşyaya kiracının zarar vermesi halinde eşya maliki aynı zamanda kiraya veren ise uğradığı zararın tazminini dilerse haksız fiil hükümlerine dilerse kira sözleşmesine dayandırabilir. Krş. **TUNÇOMAĞ**, s. 254.

gerçekleştirenin sorumluluğuna, diğer deyişle özel hukuk yaptırımını olarak tazminat borcuna yol açmasıdır²⁸.

1. Sözleşmesel Sorumluluk

Sözleşme dışı sorumluluğun aksine, sözleşme sorumluluğunun dayanağını geçerli bir sözleşme oluşturur²⁹. Sözleşme sorumluluğunun doğabilmesi için, sözleşme, sözleşmenin ihlali, zarar, nedensellik bağı ve kusur unsurlarının bulunması gerekir³⁰. Sorumluluk unsurları kendi içinde çok farklı olsa da her zaman zarar verici olay olarak adlandırılan -örneğin ifa imkansızlığı- bir olgu bulunur³¹. Bu olgu sözleşme ilişkisinde bulunan bir yükümün ihlaline karşılık gelir ve sorumluluk için bu ihlalin zarara yol açması gerekir. Sözleşme sorumluluğunda kusurun karine olarak var olduğu kabul edilir. Meydana gelen zarar ile kusurlu eylem arasında olması gereken uygun nedensellik bağının varlığına ise borç ilişkisi karine oluşturur³².

Sözleşmenin kurulması, sözleşme taraflarının amaç ve yararlarının belli bir edim programı içerisinde dış dünyaya yansımaları; sözleşmenin ifası da sözleşmeden beklenen menfaatlere ulaşmayı sağlar. Bu anlamda borcun sırf ifa edilsin diye oluşturulduğu, borcun doğal ve temel amacının ifa olduğu tespiti yapılabilir³³. Sözleşmenin kurulmasıyla tarafları birbirine bağlayan hukuki bağ, ahde vefa (pacta sunt

²⁸ OĞUZMAN/BARLAS, pn. 602; HELVACI/ERLÜLE, s. 31; TOPUZ, s. 415; BERK ERİŞİR, s. 7. Krş. KAHRAMAN, s. 407.

²⁹ CUENDET, Jean, La Faute Contractuelle Et Ses Effets, Imprimerie Staempfli & Cie Sa, Berne 1970, kn. 10; KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, Staempfli Verlag AG, Bern 2006, § 46, pn. 1.

³⁰ İZVEREN, s. 1182; TANDOĞAN, s. 415; KOLLER, § 47, pn. 12; HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, §26, pn. 67; REİSOĞLU, s. 352; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, s. 145; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 423-431; BAYSAL, HFH, pn. 2.7; KILIÇOĞLU, A., s. 811-815; EREN, s. 1078; ARAL, s. 111; TOPUZ, 435; ŞENOCAK, Hekim, s. 9-11; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 17, 36.

³¹ KOLLER, § 46, pn. 15.

³² ÇAKIRCA, s. 33.

³³ SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, §1, kn. 7; İZVEREN, Adil, Akdi Mükellefiyetlerin İfa Edilmemesi (Akdi İhlali) ve Neticeleleri, Adalet Dergisi, Y. 44, S. 10, Ankara Ekim 1953, ss. 1180-1192, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/adalet-dergisi.html>, (Erişim T. 31.10.2022), s. 1181.

servanda) prensibinde ifadesini bulur ve ahde vefasızlık diğer deyişle sözleşme hükümlerine sadık kalmamak, sözleşmenin ihlali olarak karşımıza çıkar³⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK), ifa ihlallerinin diğer deyişle sözleşmeye aykırılık biçimlerinin düzenlenme tarzı, genel bir çerçeve kuralın altında toplanmak şeklinde olmamıştır; kanun farklı yerlerinde farklı ifa ihlalleri ve bunlara bağlanan sonuçlar ayrı ayrı ve tekrar eder şekilde düzenlenmiştir³⁵. Ancak yine de sözleşmenin ihlaline bağlanan temel sonuç, ahde vefa prensibine bağlı olarak alacaklının, ifa mümkün oldukça borcun aynen ifasını talep etmesidir. Borcun ifa imkanı kalmadığında, borç ifa edilmekle birlikte alacaklının ifaya olan menfaati tam olarak sağlanamadığında alacaklının uğradığı zararın giderilmesini talep etme hakkı tali bir hak olarak belirir³⁶. TBK m. 112'de bu husus, borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu şeklinde ifade edilmiştir³⁷. Yine bazı özel hallerde borcun ifası mümkün olmakla birlikte alacaklıya bundan vazgeçme imkanı sunularak, klasik yaklaşıma göre aynen ifadan vazgeçme halinde olumlu; sözleşmeden dönme halinde olumsuz zararını talep etme hakkı söz konusu olur. Tüm bu hallerde bahis konusu olan borçlunun zararı giderme yükümlülüğünün esası, borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Bu taahhüt genellikle bir sözleşmeye dayandığından taahhüdün ihlali nedeniyle borçlunun sorumluluğu sözleşmesel sorumluluk olarak ifade edilir ve kaynağı

³⁴ ULUSAN, s. 3; ANTALYA, BHGH C. V/1,2, pn. 987.

³⁵ ATAMER, M. Yeşim, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (Kıs. ATAMER, İfa Engelleri), s. 221, 223 vd.; ANTALYA, BHGH C. V/1,2, pn. 999.

³⁶ Zararı tazmin borcu haksız fiillerde borç ilişkisinin birinci derece konusu iken sözleşmelerde ikinci derece konusudur. Ancak bir kişinin maruz kalacağı zararın tazmin edileceğine yönelik yapılan sözleşmelerden doğan borçlarda tazminat, borç ilişkisinin asli konusunu oluşturur. Bkz. TOPUZ, s. 414, 418-419; BERK ERİŞİR, s. 22.

³⁷ Borç ve sorumluluk kavramları üzerindeki ilk araştırmaları yapan Cermen hukukçuları, borç ve sorumluluk kavramlarını birbirinden ayırmayı gerekli bulmuşlar ve “debitum” ile “obligatio” terimlerine dayanarak “Schuld” ve “Haftung” kavramlarını geliştirmişlerdir. Debitum, borçlunun ifa etmek zorunda olduğu, alacaklının ise kabul ettiği bir yükümlülüğü gösterir. “Obligatio” ise üstlenilmiş bir sorumluluktur. Debitum ve obligatio'nun birbirinden ayrı olması, onların farklı kişiler tarafından üstlenilmesi, yani borçlu ile sorumlunun farklı kişiler olabilmesi, imkanını ortaya çıkarmıştır. Bu hususta bkz. OĞUZ, s. 4, 5.

itibarıyla bu sorumluluk ayrımı, sözleşme dışı ve özellikle haksız fiil sorumluluğunun karşısında yer alır³⁸.

Sözleşmesel sorumluluk, özellikle bir edim yükümlülüğü altına girildikten sonra bu yüküme uyulmaması dolayısıyla edim borçlusundan ortaya çıkan zararın giderilmesinin istenebilmesini, buna uyulmaması halinde ifayı zorla sağlamak için devlet gücüne başvurularak borçlunun malvarlığına el konulabilmesini ifade eder³⁹. Bu bakımdan sözleşmesel sorumluluk belli kişiler arasında borca aykırı davranıştan önce kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığını gerektirir. Bu ilişki sayesinde hukukun zorlama gücü, sözleşmenin de bir sorumluluk sebebi oluşturabileceğini sözleşmeyle kabul etmiş olan kişiye karşı kullanılır.

Ancak taraflar arasında edim yükümleri doğuran bir sözleşme meydana gelmiş olmasa bile ya da böyle bir ilişki, daha sonra sona ermiş bile olsa⁴⁰ edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi bağlamında, (aşağıda değinileceği üzere özen ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde) sözleşmesel sorumluluk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir⁴¹.

2. Sözleşme Dışı İlişkilerden Kaynaklanan Sorumluluk

Aralarında daha önce kurulmuş hukuki bir ilişki bulunmayan ya da bulunsa bile bu ilişkiyi ihlal etmeksizin, taraflardan birinin diğerinin zararına sebep olması halinde bu

³⁸ SCHWARZ, s. 97; TANDOĞAN, s. 405; TUNÇOMAĞ, s. 251; FEYZİOĞLU, s. 144.

³⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 30; OĞUZ, s. 11; TOKAT, s. 2926. Krş. ZELLER, s. 25.

⁴⁰ TBK m. 35'e göre yanılan, yanılmasında kusurlu ise, sözleşmenin hükümsüzlüğünden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. TBK m. 47'e göre yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmeyi temsil edilen onaylamazsa yetkisiz temsilci, temsil yetkisinin bulunmadığını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen karşı tarafın sözleşmenin geçerli olmamasından doğan zararını karşılamakla yükümlüdür. Tüm bu sorumluluk halleri kanunda ifadesini bulmuş olan edim yükümünden bağımsız ilişkilerdir ve doktrinde çoğunlukla culpa in contrahendo sorumluluğu içinde incelenmektedir, bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, kn. 1553; HELVACI, Serap/KARASU, Bülent, "Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu", MÜHF-HAD, Y. 2018, C. 24, S. 1, ss. 197-214, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/38395/445665>, (Erişim T. 02.02.2024), s. 209.

Kanunda bu şekilde açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte (örneğin TBK m. 27'de düzenlenen sözleşmenin kesin hükümsüzlük hallerinden biri olan sözleşme konusunun imkansız olması bağlamında, sözleşmeye konu olan edimin ifasının imkansız olduğunu bildiği halde karşı tarafa bilgi vermeyerek sözleşmeyi yapan tarafın, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü olması, bkz. REİSOĞLU, s. 345; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 977) bu gibi diğer hallerin var olduğunun anlaşılması karşısında çeşitli soyutlama ve kuramsallaştırmalar yapılmıştır. Bugün için bu konuda en kapsayıcı yaklaşım edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri kuramıdır. Bkz. aşağıda § Birinci Bölüm, II, A, 2, c, cc.

⁴¹ Krş. OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1201, dn. 8.

zararın, zarar görenin üzerinde bırakılmaması ve giderim yükümlülüğünün zarara sebebiyet verene yüklenmesine yönelik kurallar sözleşme dışı sorumluluk hukukunun konusunu oluştururlar. Sözleşme dışı sorumluluk, hukuk düzeninin herkese yüklediği “kimsenin malına zarar verme”, “kimseyi öldürme” gibi genel⁴² ve objektif bir yükümlülüğün ihlalinden doğan zararların tazmini ile ilgilenir⁴³.

Sözleşme dışı sorumluluğun genel çerçevesini TBK’nin bir borç kaynağı olarak düzenlediği haksız fiil kuralları oluşturur. TBK m. 49 hükmünden anlaşıldığı üzere, teknik anlamda haksız fiil sorumluluğunun doğması kusur, hukuka aykırı bir fiil, zarar ve uygun nedensellik bağı unsurlarının varlığını gerektirir⁴⁴. Ancak sözleşme dışı sorumluluk potasında, teknik anlamda haksız fiillerin yanında, kusura dayanmayan ya da hukuka aykırı olmayan fiillerden ve bazen de bir iradi insan fiili dahi bulunmaksızın ortaya çıkan zararlardan sorumluluk halleri de bulunur⁴⁵. Yine zarardan bağımsız kendine özgü bir borç kaynağı olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk da bu potada değerlendirilmektedir⁴⁶.

3. Sorumluluk Hukukunu Yeknesaklaştırma Çabası

⁴² Genelliklerinden dolayı içeriksel olarak belirsizdir. Sadece somut hayat durumlarında belli bir içeriği kazanırlar. Bu, örneğin başkalarının bedenine zarar vermeme yükümünün, belirli koşullar altında yaya X’e çarpmamak için motorlu taşıtı durdurma yükümü haline gelir, bkz. JÄGGI, s. 185.

⁴³ KILIÇOĞLU, M., s. 4; TANDOĞAN, s. 7; EREN, s. 532; ULUSAN, s. 8 vd.; TOPUZ, s. 410; NARTER, s. 17; OĞUZ, s. 14.

⁴⁴ KANETİ, Selim, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 647; BAŞOĞLU, Başak, Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İNÜHFD*, Y. 2015, C. 6, S. 2, ss. 29-56, s. 30. Öğretide sorumluluğun yani zararın, zarar görenden zarar verene aktarılmasının söz konusu olduğu durumlarda ister sözleşme dışı olsun ister sözleşmeye dayalı olsun ve hatta isterse devletin sorumluluğu alanında olsun kural olarak bu sorumluluk unsurlarının sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Elbette ki sözleşmeye dayalı tazminatta “hukuka aykırı bir eylem”, yerini, “sözleşmeye aykırı bir eylem”e bırakacaktır. Bu hususta bkz. FELLMANN, Walter, “Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes”, *ZBJV*, C. 123, S., Y. 1987, ss. 317-335, (Kıs. FELLMANN, Schadenersatz), Stämpfli, Bern, s. 320.

⁴⁵ KANETİ, s. 644-645. Benzer durum Roma hukukunda da bulunmaktadır. Bu hususta bkz. OĞUZ, s. 15 vd.

⁴⁶ BAŞOĞLU, s. 36 vd.; NARTER, s. 5.

Gerçek vekaletsiz iş görme olarak anılan durumlarda ise taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olmasa da iş görenin sorumluluk rejimi sözleşmesel sorumluluk düzenlemelerine uygun olarak belirlenmiştir. Şöyle ki, vekaletsiz iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurdan sorumludur. Bu durum TBK m. 527/1 hükmünde “*Vekaletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece öğretide vekaletsiz iş görenin, TBK m.112-116’da düzenlenen genel akdi sorumluluk esaslarına tabi olduğu, buna göre bir zararın gerçekleşmesi, bir akit benzeri borcun ihlali, uygun nedensellik bağı ve kusur unsurlarının varlığı halinde vekaletsiz iş görenin sorumlu olacağı belirtilmektedir. Sözleşmesel sorumluluk esaslarına göre burada da kusur karinesi kabul edilmelidir. Bkz. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022, s. 761.

Yukarıda da değinildiği üzere İsviçre – Türk borçlar hukukunda sorumluluk hukukunun, klasik Roma hukukuna dayanan ve haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk şeklinde ikili yapının etkisi altında düzenlendiği görülmektedir⁴⁷. Haksız fiil sorumluluğu, objektif ve soyut hukuk kurallarının herkese yüklemiş olduğu bazı yükümlülük ihlallerinden doğar. Sözleşmesel sorumluluk ise genel yükümlülüklerin ihlali ile değil alacaklı ve borçlu arasında mevcut olan bir borç ilişkisinin öngördüğü özel bir yükümlülüğün ihlalinden doğar⁴⁸.

Haksız fiilden kaynaklanan bir borç ilişkisinin niteliğine bakıldığında bu ilişkinin, haksız fiil faili ile mağduru arasında kendi isteklerine dayanmayan, tesadüfi ve yüzeysel bir ilişki olduğu görülür. Olası bir mağdur adayı olarak herkesin, kendisine zarar verilmemesi noktasında genel olarak herkesten beklediği soyut bir güven beklentisi vardır. Buna karşın sözleşme ilişkisinde taraflar arasında kendi istekleriyle ortaya konulmuş ve özel yoğunlukta bir güven duygusu gelişir. Özellikle sürekli edim borcunu içeren sözleşmelerde bu güven duygusunun yoğunluğu daha da artar⁴⁹.

TBK’de haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme hukuku kuralları karşılaştırıldığında, borçlunun sorumluluktan kurtulmak için borca aykırı davranışında kusursuz olduğunu ispat yükünü taşıması, diğer deyişle borçlunun kusurlu olduğu karinesi; zamanaşımı süresinin iki yıl yerine genel olarak on yıl olması; saf malvarlığı zararının⁵⁰ söz konusu olduğu durumlarda çoğu zaman haksız fiil sorumluluğunun işlevsiz kalmasına rağmen sözleşmesel sorumluluğun bu tür zararların karşılanmasına hizmet etmesi; yardımcı kişinin fiillerinden zarar görenler için TBK m. 66’ya kıyasla tabiyet ilişkisi aranmaması ve kurtuluş kanıtı getirme imkanı bulunmaması nedeniyle TBK m. 116 hükmünün

⁴⁷ DEMİRCİOĞLU, CiC, s. 37; AKÜNAL, Teoman, Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, YD., Y. 1975, Sıra 14, S. 55, ss. 222-237, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/temmuz1988.pdf>, (Erişim T. 25.05.2022), s. 222; ATAMER, Yeşim M., Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD., 1996, C. 22, S. 1-2, ss. 99-132, (Kıs. ATAMER, Üçüncü Kişi Zararı) <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1996.pdf>, (Erişim T. 30.05.2022), s. 101 vd.

⁴⁸ ULUSAN, s. 9; TANDOĞAN s. 7; TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1271; TUNÇOMAĞ, s. 252.

⁴⁹ SEROZAN, §23, kn. 1.

⁵⁰ Geniş bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 10 vd.

Sözleşme tarafların ifa menfaatini koruma amacı taşır. Bu itibarla edimin ifa edilmemesi sonucunda ortaya çıkan zarar genelde saf malvarlığı zararıdır. Sözleşme sorumluluğunun belki de birinci fonksiyonu, bir mutlak hak ihlaline bağlı olmayan saf malvarlığı zararlarını tazmin etmektir. bkz. KIRCA, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2004, s. 21.

kendileri için daha elverişli olması, sözleşmesel sorumluluğun zarar gören için daha elverişli hükümler getirdiğini ortaya koymaktadır⁵¹. Sorumluluk rejiminde hükümlerin sözleşmesel sorumlulukta zarar gören için daha elverişli hale gelmesi, iki ilişkinin niteliklerindeki yukarıda ifade edilen güven duygusunun farklı yoğunlukta olmasından kaynaklanmaktadır⁵².

Sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin elverişli olmasına rağmen taraflar arasında bir sözleşme kurulmuş değilse kavramsal olarak bakıldığında sözleşmeden doğan zarar da söz konusu olamaz ve ortaya çıkan zararın giderilmesinin, şartları varsa haksız fiil hükümlerine terk edilmesi gerekir. Ancak sorumluluk hukukunun sözleşmesel ve geniş ifadesiyle sözleşme dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılmasının yetersiz kaldığı bazı haller tespit edilmiş ve bu yetersizlikleri aşma çabası gözlemlenmiştir. Bu noktada ilk olarak sorumluluğun doğabilmesi için aranan hukuka aykırılık şartının tam olarak gerçekleşmediği haller belirir. Türk-İsviçre hukukunda hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisi, hukuka aykırılığı belirlerken korunan hukuki değerler arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre hayat, vücut bütünlüğü, mülkiyet, gibi mutlak hukuki değerlere zarar vermek hukuka aykırıdır. Mutlak hakları üçüncü kişilerin saldırılarına karşı doğrudan doğruya korumayı amaçlayan davranış normlarına temel koruma normları denir ve bu normlar herkese mutlak hakkı ihlal etmeme ödevi yükler⁵³.

Mutlak hak olarak değerlendirilemeyen bazı ekonomik menfaatlerin ihlali halinde saf malvarlığı zararı⁵⁴ olarak ifade edilen bir zarar söz konusu olur. Malvarlığı başlı başına korunan hukuki bir varlık değildir. Malvarlığına zarar vermek de tek başına hukuka

⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1429-1434; KIRCA, s. 35 vd.; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1282, 1283, 1284; BAŞALP, s. 132, dn. 103; KARAN, s. 746 vd.

⁵² BAYSAL, s. 287. Gerçekten belli bir edim borcunu iradesiyle üstlenmiş olan tarafın o borcun ifa edileceğine dair karşı tarafta uyandırdığı güven, özel, somut, boşa çıkarılmayacağı taahhüt edilmiş bir güvendir. Haksız fiil sahası içerisinde kişilerin birbirlerine karşı duydukları güven, esas olarak mutlak haklarına saygı gösterileceğine, bunların ihlal edilememesi hususunda hukuk düzeninin koymuş olduğu genel bir kurala riayet edileceğine dair herkese karşı duyulan genel, soyut, varsayımsal bir güvendir. Borçlar hukukumuzda sözleşmesel sorumluluğun zarar gören lehine daha elverişli hükümler getirmesiyle şu hususu vurgulamış olmaktadır: taraflar arasında özel bir güven yaratan ilişkilere sağlanan koruma, genel ve varsayımsal bir güvenin ihlali halinde taraflara sağlanan korumadan daha yüksek olmalıdır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, *Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları* (ss.219-230), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 224.

⁵³ KIRCA, s. 15; ALTOP, Atilla, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 101; BAŞALP, s. 132, dn. 103.

⁵⁴ ÇAĞLAYAN AKSOY, s. 10 vd.; KIRCA, s. 9 vd.

aykırılık oluşturmaz, ancak bu değerleri koruma amacı güden bir normun ihlal edilmesi durumunda hukuka aykırılık oluşur⁵⁵. Özel koruma veya davranış normu olarak ifade edilen bu normların ihlali hukuka aykırılık için kurucudur. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için malvarlığını özel olarak koruyan bir normun ihlalinin aranması, normun koruma amacı olarak nitelendirilmektedir⁵⁶.

Saf malvarlığı zararlarının, eğer bir özel koruma normu yoksa ve bir sözleşmeye aykırılık da söz konusu değilse sorumluluk hukuku kapsamının dışında kalması ve nihayetinde zarar görenin bu zararlara katlanması sonucu doğar⁵⁷. Eğer böyle bir durumda zararın zarar gören üstünde kalması hakkaniyete aykırı düşüyorsa sorumluluk hukukun yetersizliğiyle karşı karşıya kalınır⁵⁸. Yine esasında aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmayıp mutlak bir hakkın ihlali nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna yol açan bir davranışın mağdurunun, zararının tazmini için daha elverişli hükümler içeren sözleşme temeline dayanması haklı görülebiliyor ise sorumluluk hukukunun bu ayrımlı yapısı eleştiriyi hak eder.

Bu çerçevede sözleşmesel sorumluluğun, sözleşme öncesi aşamaya da tesir edebilmesi amacıyla culpa in contrahendo; edim yükümü – koruma yükümü⁵⁹ ayrımıyla başlayan edim yükümü içermeyen borç ilişkilerinin var olabileceği düşüncesi; sözleşmenin sona ermesinden sonra bu ilişkideki güvenin ihlaline dayanan bazı zararları sözleşme temelinde gidermek üzere culpa post pactum perfectum gibi bir dizi gelişme

⁵⁵ **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 326.

⁵⁶ **KIRCA**, s. 16.

⁵⁷ Objektif hukuka aykırılık teorisi, saf mal varlığı zararlarının korunmasını genel olarak reddetmekle zarar veren, önceden öngörülemez ve sınırları belli olmayan tazminat talepleri ile karşı karşıya kalmaktan kurtarmaktadır. Böylece kişilerin davranış ve muamele hürriyetleri mümkün olduğunca sınırlandırılmamış; sorumluluğun sınırlarının ise öngörülemez kadar genişletilmemesi sağlanmış olur. Bkz. **KIRCA**, s. 19.

⁵⁸ Kadının doktordan talep ettiği ligasyon işleminin gereği gibi yapılmamış olması nedeniyle eşler tarafından istenmeyen bir çocuğun dünyaya gelmesi vakasında çocuğun bakım masrafları ve daha sonra nafakasını karşılayan kocanın, bu harcama kalemlerini zarar olarak doktora yükleyebilip yükleyemeyeceği sorunu, bunun bir örneğidir. Öğretide kocanın haksız fiil hukuku hükümlerinden normun koruma amacı içinde olmadığından yararlanamayacağı; eğer sözleşme görüşmelerine katıldığına veya eşinin kendisini temsil ettiğine dair kanıt sunamazsa sözleşmeye de dayanamayacağı; tazminat talebi bakımından ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin sonuç verebileceği belirtilmektedir. Bkz. **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 334.

⁵⁹ Koruma yükümlülükleri, tarafların karşılıklı irade beyanları ile üstlendikleri edim yükümlülüklerinin doğumundan önce fiili bir olgu ile doğmaktadır. Bu fiili olgu, en azından bir hukuki işlemin kurulması ihtimalini içeren bir sosyal temas veya diğer deyişle hukuki işlem teması olabilir ve böyle bir temas, sözleşmeler bakımından irade beyanının yerini, haksız fiiller bakımından hukuka aykırı müdahalenin yerini edim yükünden bağımsız borç ilişkilerinde tutar, bkz. **DEMİRCİOĞLU**, s. 223.

yaşanmıştır⁶⁰. Buna ilaveten, sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilerin sözleşme kapsamındaki bir yükümlülüğün ihlali nedeniyle zarara uğramaları da mümkündür. Nisbilik ilkesi gereği sözleşme ilişkisi dışında kalması gereken üçüncü kişileri de bazen sözleşmesel sorumluluğun elverişli şartlarından faydalandırmanın adaletin bir gereği olduğu belirtilmektedir⁶¹.

Sözleşme görüşmelerini durup dururken kesme, sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açma, eksik veya yanlış bilgi ve öğütlerde bulunma çoğu zaman haksız fiil teşkil etmez ve haksız fiil sorumluluğunu tetiklemez; ancak yukarıda değinilen gelişmeler ekseninde sorumluluğa yol açabilir⁶². Tüm bu bilgiler ışığında bakıldığında sorumluluk hukukunun mevcut yapısının eleştiriye açık olduğu görülmekte ve ayrımlı yapının ortadan kaldırılarak yeknesak bir sorumluluk rejiminin ortaya konulması önerilebilir. Zira bugün için yasal düzenlemeler birbirine benzer olaylarda birbirinden farklı hükümlerin uygulanmasına neden olmakta, ancak bu ayrımı haklı kılacak tatmin edici gerekçelendirmeyi yapamamaktadır. Üstelik bazı durumlar, yukarıda işaret ettiğimiz gibi mevcut düzenlemelere göre yapay bir şekilde sorumluluk hukukunun dışında kalmakta ve bu durum zarar görenin, hakkaniyete aykırı şekilde, zararına katlanması riskine yol açmaktadır.

İsviçre’de 1988’den itibaren yürütülen sorumluluk hukuku revizyon çalışmaları⁶³, Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesaklaştırılması Hakkında Kanun Tasarısı ile kamuoyuna sunulmuştur⁶⁴. Tasarının önemli bir yeniliği olarak karşımıza, haksız fiil ve sözleşmeden doğan sorumluluğun birleştirilmesi⁶⁵ çıkmaktadır. Tasarıyı

⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1434; SEROZAN, Rona, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”, *İÜMHAD*, Y. 1990, C. 15, S. 18, ss. 27-42, (Kıs. SEROZAN, Kavramlar), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/259924>, (Erişim T. 30.05.2022), s. 34 vd.; AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık 2004, s. 22 vd.; BAŞALP, s. 132.

⁶¹ ATAMER, Üçüncü Kişi Zararı, s. 106 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 137.

⁶² SEROZAN, §23, kn. 1.

⁶³ Bugüne kadar olan sürecin özeti hakkında bkz. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html> (Erişim T. 05.06.2024).

⁶⁴ HONSELL, Heinrich/Zafer ZEYTİN, "Reform Attempts in Swiss Liability Law" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, vol. 22, no. 4, December 2004, p. 179-202, HeinOnline, (Erişim T. 10.01.2022), s. 179; BAYSAL, HFH, pn. 1.31.

⁶⁵ BAYSAL’ın aktardığına göre iki sorumluluk türünün birleştirilmesi düşüncesi esasen eskiye dayanmaktadır. Şöyle ki Sainctelette 1884 yılında sözleşmesel sorumluluk terimini eleştirmiş ve bunun

hazırlayanların haksız fiil ve sözleşme sorumluluğunu birleştirmedeki amaçları, iki sorumluluk kaynağını birbiri ile uyumlu hale getirmek; zamanaşımı, ispat yükü, yardımcılarından dolayı sorumlulukla ilgili şartlar bakımından farklıları ortadan kaldırmaktı⁶⁶. Tasarıda sözleşmenin kötü ifası sebebiyle tazminat talebi haksız fiil kapsamında düzenlenmiş; “*haksız fiil sorumluluğu*” olarak kullanılan ifade yerine, “*zarar verme ile sorumluluk*” ifadesi kullanılmıştır⁶⁷.

Tasarıyla mevcut durumdaki düalist yaklaşım tartışılmış ve tasarının hukuka aykırılığa ilişkin m. 46 hükmünde dört hale yer verilmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre hukuk düzeni tarafından korunan bir hakkın ihlalden doğan zarar verme eylemi hukuka aykırıdır. İkinci fıkraya göre ise bir kişinin zarar veren davranışı, dürüstlük kuralına, emredici ve yasaklayıcı hükümlere aykırı ise ya da bir sözleşmeyi ihlal ediyorsa, hukuka aykırıdır. Böylece hukuka aykırılık, sözleşme-haksız fiil ayrımını ortadan kaldıracak şekilde somutlaştırılmıştır. Ancak sorumluluğun bu şekilde genişletilmesi, hareket ve irade özgürlüğünün kaybı sonucunu doğuracağı gerekisiyle öğretide çoğunlukla reddedilmiştir⁶⁸.

Türk Borçlar Kanununun hazırlık sürecinde önemli bir etkiye sahip olan bu tasarı İsviçre’de yasalaşmamış, dolayısıyla da sorumluluk için tek bir rejim fikri de şimdilik rafa kalkmıştır⁶⁹. Eğer bu çaba olumlu neticelenseydi borçlar hukukunun bütün yapısı köklü olarak değiştirilmiş olacak ve culpa in contrahendo gibi birçok kurama da gerek

yerine “garanti” ifadesinin kullanılmasının gerektiğini, çünkü sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız olduğunu; borca aykırılık durumunda borcun yapısında bir değişiklik olmadığını, sadece borcun ifasının tazminat şeklinde yapılmasının söz konusu olduğunu savunmuştur. 1892 yılına ise Grandmoulin buna karşı çıkarak borca aykırılık sonucu ortaya çıkan sorumluluğun yapısı gereği haksız fiil sorumluluğu olduğunu, borca aykırılığın kendisinin kusurlu bir davranış teşkil ettiğini ve bu nedenle bu davranışın sözleşmede kararlaştırılan temel borçtan farklılaştığını ve haksız fiil karakteri kazandığını belirtmiştir. Böylece sorumlulukların birliği düşüncesi doğmuştur. Bkz. BAYSAL, s. 287, dn. 998.

⁶⁶ HONSELL/ZEYTİN, s. 182; ANTALYA, *Sorumluluk*, s. 65.

⁶⁷ HONSELL/ZEYTİN, s. 181.

⁶⁸ HONSELL/ZEYTİN, s. 188. Tasarının bu düzenlemesinin en çok eleştirilen nokta olduğu ve yasalaşmadaki en önemli gerekçeyi teşkil ettiği belirtilmektedir, bkz. BAYSAL, HFH, pn. 1.32.

⁶⁹ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1272. Sorumluluk hukukunda zamanaşımına ilişkin olarak kısmi bir revizyona karar verilmekle birlikte önerilen yeniliklerin çoğu üzerinde fikir birliğine varılamadığından kapsamlı bir değişiklikten vazgeçilmiştir. Yine sorumluluk hukukunun kapsamlı bir şekilde revize edilmesi ve yeknesak hale getirilmesi, esas olarak akademik çevreler tarafından savunulsa da uygulamanın içtihatlar göre şekillenmesi ve politikacıların sistematikten ziyade somut toplumsal sorunların çözümüyle ilgilenmeleri gerekçeleriyle yeni bir uzman komisyonu oluşturulmasına da sıcak bakılmamıştır. Bu hususta bkz. <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-24953.html>, (Erişim T. 05.06.2024).

kalmayabilecekti. Ancak culpa in contrahendo teorisi ve bu teori ile birlikte gelişen koruma yükümlülüğü, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, bütünlük menfaati gibi kavram ve kurumlar, borçlar hukukunun klasik yapısını köklü olarak bozmadan biraz esnetmeye ve meselelere bakış açısını değiştirerek hakkaniyete uygun sonuçlar elde etmeye hizmet etmektedir. Alman hukukuna bakıldığında da 2002 revizyonuyla birlikte BGB'nin bu kuramları yasalaştırarak kabul ettiği görülmektedir⁷⁰.

C. SORUMLULUK HUKUKUNA HAKİM OLAN TEMEL PRENSİPLER

1. Sorumluluğun Kural Olarak Kusura Dayanması

Sözleşme alanında veya sözleşme dışı alanda meydana gelen zarar yükünün, zarar görenden zarar verene aktarmak için yasal bir dayanak gerekir. Bu dayanak bakımından kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere başlıca iki model düşünülebilir⁷¹. Daha doğru bir ifadeyle farklı dönemlerde farklı hukuk düzenlerinde temelde birbirine zıt iki sorumluluk prensibi uygulanmıştır. Bunlardan ilki, zarara sebep olanı ancak kusurlu olduğu durumlarda sorumlu tutan ilkeye göre, zarar veren kişi özel durumuna bakıldığında kınanabiliyor ise fiilinden ötürü sorumlu tutulabilir. Sübjektif nedenleri, verdiği zararlardan kendisini bağışlayabilecek nitelikte ise sorumlu olmamalıdır. İkincisi, yani kusursuz sorumluluk ilkesine göre sübjektif durumlar değil yalnızca objektif olaylar dikkate alınmalıdır. Örneğin borçlu, bir şey vermekle, yapmakla veya yapmamak suretiyle bir sonucu sağlamalıdır. Borçlu bunu sağlamadığı ya da haksız fiil faili hukuka aykırı davrandığı için bir zarara sebep olmuşsa bu durum sorumlu tutulması için yeterlidir. Burada ilk bahsedilen sübjektif, ikincisi objektif

⁷⁰ DEMİRCİOĞLU, s. 225; ARAL, s. 58. Alman hukukunda revizyona kadar, imkansızlık, temerrüt ve akdin müspet ihlali ifa engellerinin üç esas olgusunu teşkil etmiştir. İmkansızlık ve temerrüt, hiç ifa etmemenin hukuki biçimleri olarak ortaya çıkmış, koruma yükümlülüklerinin ihlali akdin müspet ihlali alanına eklenmiştir. İfa engellerinin bu şekilde bölünmesi kısa süre içinde eleştirilere maruz kalmıştır. Komisyon, her üç ifa engeli türünü de kapsayacak nitelikte daha genel bir “yükümlülük ihlali” kavramı önermiştir. “Yükümlülük ihlali nedeniyle tazminat” genel maddesine geçiş tam olarak uygulanmamıştır. Bu hususta özet bilgi için bkz. DEUTSCH Erwin, “Die Fahrlässigkeit im Neuen Schuldrecht” *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 202, (2002): 889–911; <https://www.jstor.org/stable/pdf/40995817.pdf>, (Erişim T. 01.06.2023), ss. 889–911, (Kıs. DEUTSCH, Fahrlässigkeit), s. 895 vd.

İsviçre ve Türk hukukları üzerinde önemli bir etkiye sahip olan Alman hukukuna atfen yaptığımız açıklamalar, ilgili olduğu konulara derinlik kazandırmak amacıyla çalışmamızın bu kısmında olduğu gibi ilerleyen bölümlerinde de kendisine yer bulacaktır.

⁷¹ ZELLER, s. 26.

sorumluluk ilkesinin uygulanmasıdır⁷². Kusursuz sorumlulukta mal varlığının korunması ön planda iken, kusura dayalı sorumlulukta hareket özgürlüğünün korunması ön plandadır⁷³.

Teorik hukuk ilminin gelişmediği eski topluluklarda uyumsuzluk konusu haksız bir eylemin kast veya ihmalle ya da tamamen kusursuz bir şekilde işlenmesi sorumluluk açısından bir farklılığa gidilmesini sağlamıyordu. Önemli olan haksız davranış sonucunda ortaya çıkan zararın intikam düşüncesine dayalı olarak karşılık bulmasıydı⁷⁴. Ancak zaman içinde toplumların gelişmesi, haksız bir eylem karşısında verilecek tepkinin ölçüsünde, davranışta bulunanın kusurunun hukuki bir kıymet taşıdığına anlaşılmamasını sağlamıştır ve hukuk alanına dahil olan kusur ilkesi gelişim göstererek günümüz sorumluluk hukuk sisteminde de kendine yer bulmuştur⁷⁵.

Kusur ilk defa Roma hukukunda ortaya çıkmış, ortak hukukta ve sonrasında özellikle 19. yüzyıl hukuk ilminde oldukça genişletilmiş ve bir kusur bulunmadıkça sorumluluğun asla doğmayacağı sonucuna varılmıştır⁷⁶. Roma hukukunun kabul edilmesiyle birlikte, Almanya'da zarar verenin ister bir sözleşme ilişkisi içinde ister

⁷² OĞUZ, s. 17; RADO, s. 22; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 42 vd.

⁷³ ZELLER, s. 26.

⁷⁴ Bu durum Roma hukukunun ilk devirlerinde kusursuz sorumluluğun hakim olmasında da gözlemlenebilir. Şöyle ki Roma'nın en eski devirlerinde haksız fiilden sorumluluk bakımından objektif sorumluluk anlayışına uygun olarak, bir kimsenin hukuka aykırı ve zarar doğuran bir fiil işlemesi sorumlu tutulması için yeterliydi. XII Levha Kanununda kasıtlı olan ve olmayan hukuka aykırı fiil ayrımı yapılmış ise de haksız fiilde kusuru düzenleyen ilk kanun Lex Aquilia'dır. Gelişim süreci devam ettikçe önce klasik dönemde kusur olarak kast yanında ihmâl kavramı da dikkate alınmış ve Iustinianus hukukunda kusur sorumluluğu genel prensip olarak benimsenmiştir. Bkz. GÖNENÇ, Fulya İlçin, Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi, MÜHF-HAD, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 13-28, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/2008C.14S.4/13-28.pdf>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 26; AKINCI, s. 34 vd.; NARTER, s. 6. Aynı durum Cermen hukuku için de geçerliydi, bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, Y. 1984, C. 2, S. 2, ss. 175-305, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213641>, (Erişim T. 17.09.2022), (Kıs. KOÇHİSARLIOĞLU, Obj. Sorumluluk), kn. 16 vd.

Kusur ilkesinin Ortak Hukuk'ta ve Pandekt Hukuku'nda varlığını sürdürmesi nedeniyle hayvan tutucusunun, oturanın sorumluluğu gibi Roma hukukundan gelen kusura dayanmayan sorumluluk halleri, münferit sorumluluk olguları olarak ele alınmış ve bu hukuk düzenlerinde kusursuz sorumluluk konusunda teorik bir açıklama getirilmemiştir. Ancak 19. asırdan itibaren kusur sorumluluğunun yetersizliği karşısında kusursuz sorumluluk olguları hukuk hayatına girmiş ve teorik izahı bu dönemde yapılmaya başlanmıştır. Bu sebeple modern hukuklardaki kusursuz sorumluluk olgularının, Roma hukuku temeline oturmasından ziyade teknolojik gelişmelerin ve modern yaşamın bir sonucu olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bkz. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 144, dn. 115.

⁷⁵ HIRSCH, Ernst, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s. 298; RADO, s. 24; NARTER, s. 6-7; ÖZEL, s. 419; OĞUZ, s. 18. TAHİROĞLU, s. 44.

⁷⁶ TUNÇOMAĞ, s. 252.

dışında meydana gelsin, yalnızca kusurlu olması halinde zarardan sorumlu olduğu görüşü hakim olmuştur. Bu fikir, 17. yüzyılın doğal hukuk düşüncesinde, özellikle de kanon hukukunun etkisi altında yerleşik hale gelmişti. Kusur ilkesi 19. yüzyılın hukuk doktrinine hakim olmuş ve böylece Fransa, Prusya, Avusturya gibi ülkelerin doğal hukuk kanunlarında kendisine yer bulmuştur⁷⁷.

Kusur, sorumluluk sebebi olarak mevcut olgular çerçevesinde her bir kusurun bir tazminat talebine yol açması anlamına gelmektedir ve bir isnadiyet olarak vazgeçilmezdir⁷⁸. Isnadiyet, davranışın ve bunun sonuçlarının sorumluluğu olarak kişisel sorumluluk ilkesinin bir ifadesidir. Kusur, sorumluluk için birincil isnat kriteridir⁷⁹.

Kusur, yaygın bir görüşe göre fiili gerçekleştiren kişinin zihin ve iradesiyle ilgili bir kavramdır. Beklenen davranışa karşılık gelen içsel tutum sağlanmadığı takdirde, ihlal ve daha geniş anlamda zararın sonuçları, ona neden olan kişinin iradesine dayandırılabilir⁸⁰. Hukuka uygun olmayan sonucu isteyen veya bu sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kimse kınanmalıdır ve kişi kınanabilir olduğu için kusurludur. Tazmin yükümü, insanın hareketlerini ahlak ve hukuk kurallarına uydurması ve eğer bu kuralların dışına çıkmışsa fiilin zararlı sonuçlarına bizzat katlanması gerektiği fikrinden kuvvet almaktadır⁸¹. Kişi hakkında varılan kusur yargısı, onun sorumluluğunun doğmasına ve sorumluluğunun sınırlarının belirlenmesine hizmet eder⁸².

Kusur, sözleşmesel sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğunun ortak prensiplerinden biri olduğu gibi kusurun niteliğinin de her iki sorumluluk alanında değişmediği belirtilmektedir⁸³. Aslında Roma hukukunda farklı kollardan ilerleyen sözleşme ile haksız fiil sorumluluğunun birleştirilmesi 17. yüzyıldan itibaren başlamıştır. Bu yüzyılda Alman hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerine lex

⁷⁷ **FELLMANN, Walter**, “Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”, *ZSR*, C. 106, S. I, Y. 1987, ss. 339-366, (Kıs. **FELLMANN**, Verschulden), Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel, s. 340.

⁷⁸ **DEUTSCH**, Fahrlässigkeit, s. 893.

⁷⁹ **FELLMANN**, Verschulden, s. 341.

⁸⁰ **DEUTSCH**, Fahrlässigkeit, s. 890, 902.

⁸¹ **TUNÇOMAĞ**, s. 252.

⁸² Kusur kavramının analizi çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu oluşturduğundan kavram hakkında detaylı açıklama için oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁸³ **CUENDET**, kn. 243; **BAYSAL**, s. 182.

Aquila uygulanmıştır. Bu bağlamda modern hukuklarda haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanması esas, Alman hukukunun etkisiyledir⁸⁴.

Hukukumuzda gerek sözleşmesel sorumluluk gerekse de haksız fiil sorumluluğu, kusur unsurunun varlığına bağlıdır. Bu durum haksız fiiller için TBK m. 49 hükmünde ve genel olarak tüm borçlarda borçlunun giderim yükümlülüğü için m. 112’de ifade edilmiştir. Bu sebeple çokça istisnası⁸⁵ bulunmakla birlikte, hukuka aykırı bir davranış sonucunda meydana gelen bir zarardan sorumluluk kusura bağlıdır⁸⁶. Kusur ilkesi gereğince, ortaya çıkan zararı bir başkasına yükletmek, zarar ancak sorumlu tutulmak istenen kişinin kusurlu bir eyleminden doğmuşsa mümkündür. Zararı doğuran sebepler açısından kusurlu davranış dışında kalan sebepler umulmayan hal veya beklenmedik hal olabilir ve bu hallerde “casum sentit dominus” yani “beklenmedik halden doğan zarara, zarar gören katlanır” ilkesi geçerlidir⁸⁷. Böylelikle kusur ilkesi, birey ile toplum üyelerinin kolektivist varlığı arasında doğru ilişkiyi kurmaya hizmet eder⁸⁸.

Kanun koyucunun sorumluluğu kusura dayalı olarak belirlemesiyle yaptırım, doğal bir olguya değil henüz yapılmamış bir değer yargısına bağlı olmaktadır. Uygulanacak yaptırıma ilişkin karar, hukuku uygulayan merciye bırakılır. Böylece kanunu uygulayan, fiilen kanunu koyan gibi olur. Böyle bir tekniğin avantajı, katı, soyut, mutlak bir hukuki düzene kıyasla bireysel ilişkilerde adaleti çok daha iyi sağlayabilen esnekliğinde

⁸⁴ **TOPUZ**, s. 408-409, 414.

⁸⁵ Kusursuz sorumluluk, endüstrinin, teknolojik gelişme ve hızlı makineleşmenin meydana getirdiği sanayi toplumunun bir ürünüdür. 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren doktrin ve uygulamada giderek kendine yer bulmuş ve kanun koyucular özel düzenlemelerle bu sorumluluğa mevzuatta yer vermişlerdir. TBK m. 65 hakkaniyet sorumluluğu, m. 66 adam çalıştıranın sorumluluğu, m. 67 hayvan bulunduranın sorumluluğu, m. 69 yapı malikinin sorumluluğu, m. 71 tehlike sorumluluğu genel düzenlemesi burada ilk olarak belirtilebilir ise de mevzuatta yer alan diğer kusursuz sorumluluk örnekleri (TMK’da düzenlenen ev başkanın sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunu’nda yer alan motorlu araç işleteninin kusursuz sorumluluğuna ilişkin hükümler gibi) ile bu tablo oldukça genişlemektedir.

⁸⁶ **JÄGGI**, s. 185; **ANTALYA**, *Sorumluluk*, s. 68.

Buradan hareketle kusurun olumlu hükmü, sorumluluğu doğurması için kusurun şart olması; olumsuz hükmü ise kusur yoksa sorumluluğun da olmaması şeklinde ifade edilmektedir, bkz. **FELLMANN**, *Verschulden*, s. 341; **GÜVEN, Osman Sabri**, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri*, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1981, C. 7, S. 4, ss. 570-588, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ym/ekim1981.pdf>, (Erişim T. 15.11.2022), s. 577; **ÖZEL**, s. 417; **TOKAT**, s. 2941.

⁸⁷ **FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas**, *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/Boston 2017, kn. 600; **ZELLER**, s. 26; **AKÜNAL**, s. 223; **EREN**, s. 511-512; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 41; **AKINCI**, s. 28; **KILIÇOĞLU, M.**, s. 6; **NARTER**, s. 4.

⁸⁸ **FELLMANN**, *Verschulden*, s. 342.

yatmaktadır. Herhangi bir kişinin davranışının bir suçlamayı hak edip etmediği genel bir şekilde söylenemez; ancak yalnızca belirli kişi ve onun belirli, somut koşullardaki belirli, somut davranışı ile ilgili olarak söylenebilir⁸⁹.

Kara Avrupası hukuk sistemlerinde kusur sorumluluğu ya da sorumluluğun kusura dayanması prensibi, kanunlaştırma hareketlerinde ilk olarak 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesinde⁹⁰ yer almış ve bu prensip on sekiz ve on dokuzuncu yüzyıldaki liberal düşünce tarzına uygun bulunduğundan bütün Avrupa'ya yayılmıştır⁹¹. Özellikle on dokuzuncu yüzyılda hâkim olan kusur dogması, kusur kavramını en mutlak ve sübjektif şekilde anlamıştır ve Alman hukukunda Jhering tarafından tazminatı zorunlu kılanın zararın verilmesi değil kusur olduğu savunulabilmiştir⁹². Jhering'in doktrininin belirleyici yeniliği, kusur sorumluluğunun irade sorumluluğu olmaksızın türetilmeyeceği tezinde yatmaktadır. Jhering böylece objektifleştirilmiş bir ihmal görüşünü savunan ve dolayısıyla, hiç kimsenin kendi sınırlamalarına başvuramayacağı; ortalama bir insanın karakterinden sapan ve bu nedenle zarara neden olan herkesin temelde kusurlu olduğu görüşünü savunan hakim ortak hukuk doktrinine karşı çıkmıştır⁹³. Jhering'in öğretisi, İsviçre'de Zürih Kantonu Özel Hukuk Kanunu'nun (Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich) editörü Bluntschli tarafından savunulmuş ve Bluntschli'nin görüşleri de İsviçre Borçlar Kanununun eski versiyonunda (aOR) sorumluluk hükümleri üzerinde belirleyici bir etki göstermiştir⁹⁴. Burada Munzinger kusuru genel bir sorumluluk ilkesi haline getirmiş; ayrıca, Jhering ve Bluntschli'nin fikirlerini tutarlı bir şekilde uygulayarak kusur derecesini tazminatın değerlendirilmesinde belirleyici bir faktör haline getirmiştir. İlgili düzenlemeler olan

⁸⁹ **AEBI**, s. 37 vd.

⁹⁰ “İnsanın, başkasına zarar ıka eden herhangi fiili, kusurdan ileri geldiği kimseyi (zararı) tazminle mükellef kılar.”. Madde çevirisi için bkz. **SCHWARZ**, s. 107.

⁹¹ **İMRE**, s. 404. Krş. **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 6; **EREN**, s. 514-515.

⁹² **FELLMANN**, Verschulden, s. 340; **EREN**, s. 514; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 45; **NARTER**, s. 6-7; **GÖNÜL KOŞAR, Günhan**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 24.

⁹³ **FELLMANN**, Verschulden, s. 340. Ortak hukukun objektif ölçüsü, Roma hukukunun bonus pater familias ölçütüne dayanmaktadır. Bonus pater familias fikri, klasik zamanlarda Yunan sosyo-etik etkisi altında ortaya çıkmıştır. Bunun yerini daha sonraları işlerdeki alışılmış özen; nihayetinde ise işlem hayatında gerekli olan özen almıştır. Bkz. **ZELLER**, s. 27.

⁹⁴ **FELLMANN**, Verschulden, s. 340-341.

aOR m. 50 ve m. 51 hükümleri daha sonra küçük ve sadece dilsel düzenlemelerle ancak özü değişmeden m. 41 ve 43/1 olarak yeni OR'ye dahil edilmiştir⁹⁵.

Ancak on dokuzuncu yüz yılın ikinci yarısından itibaren sorumlulukta kusurun her durumda bir unsur olarak aranması düşüncesi değişmeye ve özellikle tehlikeli bazı faaliyetleri icra edenlerin sebep olduğu zararlardan sorumluluk için kusurun gerekmediği fikri yerleşmeye başlamıştır. Sanayi devriminin getirdiği makineleşme, buna bağlı olarak kazaların çoğalması, çevre ve insan sağlığı için tehlike arz eden faaliyetlerin artması ve bunlardan doğan zararların ağırlığı ve çoğu zaman da mekanikleşen karmaşık sosyal ilişkiler içerisinde kusurlu bir davranışının bulunup bulunmadığının tespitinin zor olması kusursuz sorumluluk düşüncesini geliştirmiş ve genişletmiştir⁹⁶. Sorumluluğun zarar gören üstünde mi bırakılacağı yoksa zarara sebep olana mı yükletileceği sorusu sorulduğunda zarar göreni temelli mağdur konumunda bırakmanın adil olmayacağı düşüncesi ağır basmaktadır. Zarar veren kusursuz olabilir ancak zarar gören daha kusursuzdur yargısı yapılmaktadır⁹⁷. Özel hukuk sorumluluğu, zaman içinde giderek ceza hukuku anlamında sorumluluktan sıyrılarak bağımsızlık kazanmış ve ceza hukukuna ilişkin kavramlarla çalışmak yerine ika edilen zararın giderilmesi ilkesine egemenlik tanımıştır. Kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmak istenenin, kişiliği bir kenara bırakılarak çoğu zaman bir sonuç yükümlülüğü ihlali olan sorumluluk öğelerinin gerçekleşmesi yeterli sayılır. Böylece mutlak bireyciliğin toplum hayatının düzgün bir şekilde sürdürülmesi ile çelişebilecek olumsuz yanları giderilmiş olur. Liberal sistemlerde yürürlükte olan serbestinin sınırlanmasının kusura bağlı olması, kusurun bulunmadığında menfaatleri serbesti ile çakışan zarar görenlerin zarara katlanmalarının gerekmesi sözü geçen olumsuzluğun en bariz örneğidir. Buradan hareketle denilebilir ki kusursuz sorumluluk toplumsal yararın, dağıtıcı adaletin ve

⁹⁵ FELLMANN, Verschulden, s. 341.

⁹⁶ AYGÜN, Mustafa Yaşar, "Haksız Eylemlerde Tam Zincirleme Sorumluluk İle Karşılaştırmalı Olarak Eksik Zincirleme Sorumluluk (BK. m. 50-51)", *YD.*, Y. 1978, C. 4, S. 4, ss. 503-527, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1978.pdf>, (Erişim T. 08.03.2024), s. 509; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 117; KOÇİSARLIOĞLU, (Obj. Sorumluluk), kn. 19 vd. özellikle kn. 32; ÖZEL, s. 417; DESCHENAUX/TERCIER, s. 6-7; İNAL, H. Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 510.

⁹⁷ KOÇİSARLIOĞLU, (Obj. Sorumluluk), kn. 36; kusursuz sorumluluğun kabulünde etkili olan fikirler için bkz. kn. 50 vd.

sanayi toplumunun bir gereğidir. Tipik bazı tehlikelerle karşı karşıya bulunan ancak kendilerini gerektiği gibi koruma imkanından yoksun olanlar bu tehlikelerden ileri gelen zararları tehlikeyi yaratmış olanlara aktarabilmelidirler⁹⁸. Kusur sorumluluğunda ise kişinin hukuka aykırı olarak başkasına zarar veren davranışı ayıplanmakta ve bu kınama yargısı ahlaki bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Dolayısıyla kusur sorumluluğu, küçük ekonomik birimlerin hâkim olduğu, ekonominin tarım ve küçük işletmelere dayandığı, bireyci ve liberal düşüncenin etkin bulunduğu toplumlarda en geniş uygulama alanına ulaşan bir sorumluluk türüdür⁹⁹.

Günümüz hukuk sistemlerinde kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk türlerinin birlikte kabul edildiği bir yönetimin izlendiği görülmektedir. Yaşayan ve etkin bir sorumluluk hukuku, hayat tarzında meydana gelen değişim ve dönüşüme göre modern hayata uyarlanmış, bireyci kusur anlayışını yok etmemiş karma bir sistemi gerektirmektedir¹⁰⁰. Kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluk birbirini tamamlamaktadır. Kusur ilkesinin kusursuz sorumluluk halleriyle etkileşimini uygun bir şekilde düzenlemek, sorumluluk hukukunun temel görevlerinden biri olarak görülmektedir¹⁰¹.

Hukukumuz açısından TBK m. 49 ve 112 karşısında sorumluluğun kusura dayandığının prensip olduğu söylenebilir de istisna olarak düşünülen birçok kusursuz sorumluluk halinin kabul edilmesi, istisnanın kural olamaya başladığı değerlendirmesinin de yapılmasına neden olmaktadır¹⁰². Bu düşüncüyü destekleyen bir gelişme olarak önceki kanunda hakkında bir düzenleme bulunmayan kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin yeni bir hüküm olarak TBK m. 71’de düzenlenmesi zikredilebilir.

2. Malvarlığı İle Sorumluluğun Esas Olması

Modern hukuk sistemleri, ilkel hukuk sistemlerinde yaygın olarak kabul görmüş kişi ile sorumluluk esasını yerine malvarlığı ile sorumluluğu tercih etmektedir. Kişiliğin ve buna

⁹⁸ TUNÇOMAĞ, s. 253.

⁹⁹ NARTER, s. 6-7.

¹⁰⁰ KOÇİSARLIOĞLU, (Obj. Sorumluluk), kn. 32; NARTER, s. 7.

¹⁰¹ FELLMANN, Verschulden, s. 342.

¹⁰² EREN, s. 514. Aksi yönde GÖNÜL KOŞAR, s. 29-30.

ilişkin hayat, şeref, vücut tamlığı gibi değerlerin kişilik hakkı çerçevesinde korunması, zarardan sorumlu olan borçlunun öldürülmesi, köleleştirilmesi, rehin olarak tutulması gibi uygulamaların¹⁰³ modern toplumlarda benimsenmemesine yol açmıştır. Malvarlığı ile sorumlulukta, devletin cebri icra organları aracılığıyla sorumluluğunun gereğini yerine getirmeyen borçlunun malvarlığı unsurlarına¹⁰⁴ el koyulmakta ve paraya çevrilmek suretiyle alacaklı tatmin edilmektedir¹⁰⁵. El konulan mal doğrudan doğruya borcun konusunu teşkil ediyorsa bu durumda mal aynen alacaklıya teslim edilir. Borcun konusu bir miktar para ise alacaklı cebri icra yoluyla borçlunun mallarından bir kısmını sattırıp paraya çevirmek suretiyle alacağını temin edebilir. Sorumluluğun malvarlığı ile olması sayesinde borçlunun kişiliğine dokunulmaması sebebiyle borçlu ekonomik faaliyetine devam edebilmekte, alacaklı da ileride borçlunun malvarlığından istifade edebilme ihtimalini sürdürebilmektedir.

3. Tazminatın Kural Olarak Zarar Miktarını Aşamaması

Tazminatın amacının ne olduğunun belirlenmesinde zararın karşılanması, hakkın devam ettirilmesi, cezalandırma, önleme gibi düşüncelerinin etkili olduğu görülmektedir. Tazminatın zarar miktarını aşamaması ilkesi, burada bahsedilen düşüncelerden tazminatın amacının zararın karşılanması olması görüşünün kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. İsviçre - Türk hukukunda tazminatın amacı, zararın tamamen veya kısmen telafi edilmesidir. Zarar, tazminatın üst sınırını teşkil eder, zararı aşan bir tazminata hükmedilemez¹⁰⁶. Bu düşünce zarar vereni değil zarar göreni esas almaktadır.

¹⁰³ Roma hukukunda uzunca bir dönem borçlu alacaklıya karşı şahsı ile sorumlu olmuştur. Alacaklı magistra önüne götürdüğü borçluya belli usul işlemlerinden sonra el koyarak borç ifa edilinceye kadar onu hapsedebiliyor ve borç ifa edilmediği takdirde alacaklı dilerse borçluyu kendi işlerinde çalıştırabiliyor dilerse köle olarak satabiliyordu, bkz. **AKINCI**, s. 32. XII Levha Kanunu kişi ile sorumluluk konusunda çok şiddetli hükümleri barındırmaktadır. Belirli bir zamanda borç ödenmediği takdirde alacaklıların borçluyu parça parça etmeye yetkileri bulunmaktaydı. Borçlunun uzuvlarından her birine ayrı ayrı kıymet takdir edilirdi ve alacaklı alacağına göre bunları kesme hakkına sahipti. İlâveten, her alacaklı tarafından borçlunun vücudundan alacağına oranla fazla et parçası ayrılmış olmasının bir haksızlık olarak değerlendirilmeyeceği tespit edilmişti. Bu hususun tarihi gelişimi için bkz. **SCHWARZ**, s. 82 vd.; **RADO**, s. 16 vd.; **TAHİROĞLU**, s. 40 vd.; **NARTER**, s. 12.

¹⁰⁴ Alacaklı kural olarak (sınırsız sorumluluk ilkesi), alacağını elde edene kadar borçlunun tüm malvarlığına, başvurma imkanına sahiptir. Ancak borçlunun sadece belirli mallarla veya belirli bir azami miktarla sınırlı olduğu istisnalar da söz konusudur, bkz. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 56.

¹⁰⁵ **REİSOĞLU**, s. 37; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §2, kn. 48; **NARTER**, s. 11; **KARAN**, s. 728.

¹⁰⁶ **TANDOĞAN**, s. 430; **TUNÇOMAĞ**, s. 273, 282; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1341; **OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat

Sorumluluk hukukunun başlıca amacı sorumluyu cezalandırmak değil, ortaya çıkan zararı telafi etmektir.

Cezalandırma görüşü ise Roma hukukunda benimsenmiş ve etkilerini bugün de hissettiren bir yaklaşımdır. Roma hukukunda zararın karşılanması zıyade zarar görenin intikamının alınması düşüncesi hakimdi. Zarara sebep olan zararın birkaç katı miktar para cezası ile cezalandırılıyordu. Böyle olunca da tazminatın zarar görenin zenginleşmesine neden olmaması gibi bir prensip söz konusu değildi¹⁰⁷. Bugün Amerikan hukukuna ait bir kurum olan medeni cezanın özellikleri, telafi tazminatını aşan parasal bir tutarın mağdura ödenmesi, miktarı belirlenirken failin servetinin gözetilmesi, kişinin ağır ihmal ve bunun üstünde bir kusur derecesinin bulunmasının gerekmesidir¹⁰⁸.

Türk hukukunda tazminatın temel amacı zararın giderilmesi olduğuna göre zarar görenin zenginleşmesine de kural olarak izin verilmez. Zarar gören, tazminat sayesinde zarar verici olay gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirilmemelidir. Çünkü tazminatın amacı zarar göreni zenginleştirmek değil ortaya çıkan zararı gidermektir¹⁰⁹. Ancak icra hukukundaki inkâr tazminatı, rekabet hukukunda gündeme gelen üç kat tazminat gibi medeni ceza olarak nitelendirilebilecek çeşitli hükümler bizim hukukumuzda da bulunmaktadır. Bu gibi istisnai örneklerde tazminatın telafi edici amacının aşılması, dolayısıyla zarardan daha yüksek miktarda tazminata hükmedilmesi söz konusu olmaktadır.

4. Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Kıyas Yoluyla Sözleşmeye Aykırılık Hallerine De Uygulanması

Sözleşmeye aykırılık halinde birçok durumda alacaklının uğradığı zararın tazmin edilmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu, m. 114/2 hükmüyle sorumluluk kaynakları arasında bir bağlantı kurmuştur. Şöyle ki haksız fiil kuralları çerçevesinde gelişen sorumluluk unsurları ve sorumluluğun kapsamı, sözleşmesel sorumluluk unsurları ve

Kitapçılık, İstanbul 2022, (Kıs. OĞUZMAN/ÖZ, C.2), kn. 255, 347; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 2356; **ARAL**, s. 186; **TOPUZ**, s. 293; **BAYSAL**, s. 96.

¹⁰⁷ **TOPUZ**, s. 288.

¹⁰⁸ **GÜNDÜZ, Ş. Deren**, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 289.

¹⁰⁹ **KILIÇOĞLU, A.**, s. 804; **GÜNDÜZ**, s. 25; **REİSOĞLU**, s. 361; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1408.

kapsamı ile farklılıklarının olması yanı sıra benzerliklere de sahiptir. Kanunda bu farklılıklar m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenmiş ve benzerlikler noktasında tekrara düşülmemek adına m. 114/2 hükmüyle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Tazminatın kapsamı ve şekli hususunda ve borca aykırılığın sonuçlarında öngörülme-yen diğer hususlarda TBK m. 114/2 gereği haksız fiil hükümleri uygulanacaktır¹¹⁰. Yinelemelerin sakıncasını önlemede haksız fiile atf yapan hüküm, ilgili hükümlerin uygun düştüğü ölçüde yani kıyasen uygulanacağını da altını çizmektedir¹¹¹. Buna göre aşağıdaki çıkarımları yapmak mümkündür:

TBK m. 50/2 hükmüne göre, uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk sınırları içerisinde kalan bir uyuşmazlıkta da zarar miktarı -özellikle kazanç yoksunluğu- tam olarak belirlenemiyorsa hakimin aynı şartlara göre zararı belirlemesi gerekir¹¹².

Zararın belirlenmesinden başka sözleşmesel sorumlulukta tazminatın belirlenmesi konusunda TBK m. 51 hükmüne kıyasen hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığını dikkate alarak belirler¹¹³. Sözleşmenin ihlaline veya zararın artmasına kısmen alacaklının sebep olması, borçlunun kusurunun hafifliği ve ekonomik durumunun kötülüğü, hiç veya gereği gibi

¹¹⁰ **PEKMEZ, Cüneyt**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, *TAAD*, Y. 2015, S. 21, ss. 489-522, <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-21/taad-21.pdf>, (Erişim T. 14.11.2022), s. 518; **BAYSAL**, s. 281. Mehaz İsviçre’de madde başlığının Almanca metni, sorumluluğun ölçüsü ve tazminatın kapsamı ifadesini kullanmışken Fransızca metni, tazminatın kapsamı ifadesini kullanmıştır. Bu nedenle eBK m. 98/2 ve İBK m.99’a karşılık gelen bu hükmün uygulama alanının özellikle tazminatın kapsamına ilişkin olduğu belirtilmektedir. Bu hususta bkz. **ARAL**, s. 186.

¹¹¹ **BELEN, Herdem**, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Beta Basım, İstanbul 2014, s. 269.

¹¹² **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 866; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1342; **İNAL**, s. 494; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 1394.

İsviçre hukukunda aynı yönde değerlendirme için bkz. **FURRER, Andreas/WEY, Rainer**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Auflage 3, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 99, kn. 31.

¹¹³ İsviçre hukukunda aynı yönde değerlendirme için bkz. **FURRER/WEY**, kn. 32.

ifa etmeme nedeniyle alacaklının elde ettiği menfaatler tazminatın indirilmesine esas olabilir¹¹⁴.

TBK m. 52 hükmüne kıyasen, sözleşmesel sorumlulukta zarar gören alacaklı, zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir¹¹⁵. Hukuka veya ahlaka aykırı olması nedeniyle hukuka uygunluğu sağlamayan rızanın, bu atfın odak noktasını oluşturduğu değerlendirilmektedir¹¹⁶. Ancak atfın, sözleşmenin aynen ifası taleplerinin azaltılması için yasal bir dayanak oluşturmadığı da unutulmamalıdır. Yine maddenin ikinci fıkrasına kıyasen zarara hafif kusuruyla sebep olan borçlu, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir¹¹⁷.

Sözleşmeye aykırılığın ölüm veya bedensel zarara yol açması halinde sorumlu olunan zararın belirlenmesinde TBK m. 53'e kıyasen cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ve çalışma gücünün kaybı veya azalması nedeniyle uğranılan zarar, destekten yoksun kalanların zararı özellikle esas alınacaktır. Ölümüne yol açmayan bedensel zarar halinde ise TBK m. 54'e kıyasen tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün kaybı veya azalması nedeniyle uğranılan zarar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar dikkate alınacaktır¹¹⁸.

¹¹⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 872; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1349; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1409; EREN, s. 1096; NOMER, pn. 179.5. Vekalet sözleşmesi özelinde aynı yönde bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 660.

¹¹⁵ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2384; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1409; EREN, s. 1096; BAYSAL, s. 282 vd.; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1394; ALTINOK ORMANCI, Pınar, Zararı Azaltma Külfeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 19; İNAL, s. 494. OSMANOĞLU, Mehlika, Birlikte Kusur, İBD, Y. 2019, C. 93, S. 2, ss. 111- 128, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/barodergisi/files/assets/basic-html/page112.html>, (Erişim T. 12.11.2022), s. 111. Alacaklının ortak kusuruna dayanan bu indirim sebebine örnek olarak kiracının kira sözleşmesini haksız olarak feshi halinde kiraya verenin, yeniden kiralama konusunda yeterli çabayı göstermemesi; kiraya verenin haksız feshinde ise kiracının yeni bir yer bulmakta gevşek davranması gösterilmektedir, bkz. NOMER, pn. 179.7. Diğer bir örnek olarak taşıma sözleşmesinde taşınan eşyanın malikinin, eşyanın özel değeri hakkında taşıyana bilgi vermemesi gösterilmektedir, bkz. GÜNAL, H. Yılmaz, "Müterafik Kusur", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Y. 1961, C. 16, S. 1, ss. 208-220, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3177/44207>, (Erişim T. 30.01.2024), s. 209.

İsviçre hukukunda aynı yönde değerlendirme için bkz. FURRER/WEY, kn. 33.

¹¹⁶ FURRER/WEY, kn. 33.

¹¹⁷ NOMER, pn. 179.9.

¹¹⁸ Krş. FURRER/WEY, kn. 34.

TBK m. 55/1 hükmü uyarınca, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların belirlenmesinde hükümde ifade edilen kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

TBK m. 55/2'ye göre her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarına ilişkin istem ve davalarda TBK hükümleri uygulanır. Bu hükmeye göre idarenin özel hukuk ilişkisi olarak bir sözleşmesel sorumluluğunun bulunduğu hallerde sorumluluk için öncelikle TBK m. 112 vd. uygulanacaktır. Ancak sözleşmesel sorumluluğa özgü kuralların dışında TBK m. 114/2 atfı nedeniyle kıyasen haksız fiil hükümleri de uygulama bulabilecektir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talepleri TBK m. 112 vd. hükümlerinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak ölüm ve bedensel zarar ile kişilik hakkının zedelenmesi söz konusu olduğunda istenebilecek manevi tazminatı düzenleyen TBK m. 56 ve 58 hükümlerinin kıyasen uygulanarak sözleşmeye aykırılıkta da manevi tazminat istemine zemin oluşturması kabul görmektedir¹¹⁹. Beden bütünlüğünü ihlal eden sözleşmeye aykırı davranışlara örnek olarak taşıma sözleşmesine aykırılık sebebiyle yolcu yaralanması; işverenin işçiyi koruma ve gözetim borcuna aykırı davranması sonucu işçinin iş kazasına uğraması; yanlış cerrahi müdahale nedeniyle hastanın bedeninde iz kalması belirtilebilir¹²⁰. Yargıtay paket tur sözleşmesinin eksik ve ayıplı

¹¹⁹ Bkz. **ERLÜLE, Fulya**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 152; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §20, pn. 53; **GENÇ ARIDEMİR, Arzu**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 54; **ANTALYA, O. Gökhan**, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, (Kıs. ANTALYA, Manevi), s. 13; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 858; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1301; **NOMER**, pn. 134.1; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 1394; **GÜNDÜZ**, s. 84; **ARAL**, s. 194; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1099; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.10. Krş. **TUNÇOMAĞ**, s. 461; **ÖZ, M. Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, (Kıs. ÖZ, Eser), s. 270-271. Krş. **FURRER/WEY**, kn. 35.

¹²⁰ **GENÇ ARIDEMİR**, s. 118 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 858 vd. **Yarg. 3. HD**, E. 2014/19682, K. 2015/15750, T. 14.10.2015, "...davalıların uyguladığı hatalı lazer epilasyon işlemi sonucunda, davacı iş sahibinin istediği sonuca ulaşamadığı, vücudunda yanıklar meydana geldiği, çektiği sıkıntı ve ızdırap da dikkate alındığında, davacı lehine uygun oranda manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme sonucu manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.", www.hukukturk.com, (Erişim T. 30.05.2022). Yabancı ülke

ifasından dolayı; bagajdaki bazı kişisel eşyalarla birlikte işitme cihazının kaybolmasından; düğün töreni çekimlerinin bozuk olmasından dolayı manevi tazminata hükmedilebileceği görüşündedir¹²¹. Fakat bu çerçevede kalan tazminat davalarında kusurun ispatı, ifa yardımcısının eylemlerinden sorumluluk ve zamanaşımı süresi bakımından haksız fiile ilişkin değil sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanır¹²².

TBK m. 59, ayırt etme gücünün geçici kaybı halinde kişinin bu sırada verdiği zararlardan sorumlu olduğunu ve ancak bu duruma düşmede kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini içermektedir. Bu hükmün kıyasen uygulanmasıyla, kendi kusuruyla ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden borçlunun bu sırada borca aykırı davranmasından dolayı ortaya çıkacak zararlardan sorumlu olacağı sonucuna varılır¹²³. Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmede kendisinin bir kusuru olmadığını ispat ederse kural olarak sorumluluktan kurtulur ancak hakkaniyet sorumluluğu saklıdır.

Ayırt etme gücünün hiç olmaması durumunda ise ayırım yapılmalıdır. Eğer işlemin (sözleşmenin) yapıldığı sırada ayırt etme gücü bulunmuyorsa işlem kesin olarak hükümsüzdür. İşlemin yapıldığı sırada ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte daha sonra bu kudreti yitirmek vekalet sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmeyi sona erdirebilir. Kişisel niteliklerin sözleşmenin akıbetinde çok büyük önem taşımaması sebebiyle ayırt etme gücü kaybının bir sona erme nedeni teşkil etmediği durumlarda ise borca aykırı davranışı sırasında ayırt etme gücü bulunmayan borçluya artık kusur isnadı yapılamayacağından kural olarak sorumluluğu da söz konusu olmaz¹²⁴. Bu noktada

mahkeme karar örnekleri için bkz. **REİSOĞLU, Seza**, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, (Kıs. REİSOĞU, S.), s. 17 vd.

¹²¹ **Yarg. 13. HD**, E. 2013/4407, K. 2013/14413, T. 29.05.2013; **Yarg. 11. HD**, E. 2013/2392, K. 2013/20700, T. 18.11.2013; **Yarg. 3. HD**, E. 2016/2126, K. 2017/11859, T. 13.09.2017. Yargıtay bir kararında, bankanın kredi kartını kullanıma kapatmasının tek başına kişilik hakkına saldırıyı kanıtlamaya yetmeyeceğinden hareketle manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır, **Yarg. 13. HD**, E. 2012/23542, K. 2013/3272, T. 13.02.2013. Kararlar için bkz. <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 15.02.2024). İsviçre hukuku hakkında bkz. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1302, 1303.

¹²² **NOMER**, pn. 182a.5.

¹²³ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1344; **TUNÇOMAĞ**, s. 457; **NOMER**, pn. 179.11.

¹²⁴ **HELVACI, İlhan**, Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine, *İHF*, C. 55, S. 4, Y. 1997, ss. 145-172, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9073/113184>, (Kıs. HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*), (Erişim T. 26.08.2022), s. 162 vd.; **NART, Serdar**, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 202-203.

hakkaniyet esasına dayanan kusursuz sorumluluğa ilişkin TBK m. 65 kıyasen uygulama bulabilir¹²⁵. Dolayısıyla sürekli veya geçici olarak ayırt etme gücü bulunmayan borçlu, eğer hakkaniyet gerektiriyorsa sözleşmeye aykırı davranışından doğan zararın giderilmesinden kısmen veya tamamen sorumlu tutulabilir¹²⁶.

Yargılama sürecinde hukuk hakiminin bağımsızlığını düzenleyen TBK m. 74 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde borçlunun borca aykırı davranışı aynı zamanda ceza yargılamasını gerektiren bir suç teşkil ediyorsa borçlunun kusurunun, ayırt etme gücünün, zararın değerlendirilmesinde hukuk hakiminin ceza hukuku sorumluluk hükümleriyle bağlı olmadığı söylenebilir. Aynı şekilde hukuk hakimi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararı ile de bağlı değildir.

Borca aykırı davranışın bedensel bir zarara yol açtığı durumlarda zararın kapsamının, karar verme sırasında tam olarak belirlenemediği durumlarda TBK m. 73 hükmünün kıyasen uygulanması ve bu çerçevede kararın kesinleşmesinden itibaren hakim iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutması mümkündür.

Ekonomik durumu geçici ödemeden yararlanmayı gerektiren ve borca aykırılıktan dolayı zarar gören, TBK m. 76 hükmüne göre iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı deliller sunarak davalının geçici ödemede bulunmasını hakimden talep edebilir.

II. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN UNSURLARI

Sözleşme, sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki bir işlemdir. Tarafların sözleşme yapmakla arzu ettikleri hukuki sonuç, çoğu zaman içinde bir şeyi verme, yapma veya yapmama şeklinde somutlaşan yükümlülükler bulunan bir borç ilişkisinin doğumudur ki bu tür sözleşmeler borç doğurucu sözleşme olarak vasıflandırılır. Ancak sözleşme ile taraflar sadece bir borç ilişkisini kurmak için hareket etmez, var olan bir ilişkiyi değiştirme veya sona erdirmeye niyetiyle de hareket edebilirler. Yine bir hakka doğrudan doğruya etki etmek suretiyle onu devretmek,

¹²⁵ HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 163 vd.; TUNÇOMAĞ, s. 457; NOMER, 179.10; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 808; PEKMEZ, s. 511; İNAL, s. 494.

¹²⁶ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1364; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 890; ARAL, s. 182; NART, s. 203. Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması da bu yönde olmuştur, bkz. ANTALYA, BHGH C. V/1, 2, pn. 1359, 1360 ve dn. 31; HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 163, dn. 72. Krş. FURRER/WEY, kn. 37.

ortadan kaldırmak veya sınırlamak ya da evlenme, evlat edinme, dernek kurma gibi bir amaç da izleyebilirler. Bu durumlarda meydana getirilen sözleşme, bir borç doğurucu sözleşme değil bir tasarruf işlemi niteliğinde olan sözleşme veya izlenen diğer amaçlara göre bir aile hukuku, kişiler hukuku ya da miras hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilir¹²⁷. Bu noktada ifade etmek isteriz ki bizim sözleşmesel sorumluluğun unsurlarını belirlemekten maksadımız, borç doğurucu sözleşmelerin ihlali halinde bunun bir yaptırımını olarak borçlunun tazmin etme, giderme yükümlülüğünün şartlarıdır. Yükümlülüğün gönüllü olarak yerine getirilmesi gerçekleşmezse, hukuk kuralı ihlal edilmiş olur ve hukuk sistemi öngörülen zorlama ile tepki verir¹²⁸.

Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün, bunun ifasının sözleşmenin ilk ya da gerçek amacı olup olmadığı veya sadece birincil/asli yükümlülüklerin ihlali halinde önem arz edip etmemesi dikkate alınarak birincil veya ikincil/tali yükümlülük ayrımı yapılmaktadır. Burada sözü geçen yaptırım, esasen borçlunun birincil/asli yükümlülüğünün ihlali halinde onun yerini alan veya ona eşlik eden ikinci derecede, diğer deyişle tali yükümlülüğü olarak tazminattır¹²⁹.

Bir toplumunda kişilerin davranışlarını yönlendirirken uymak zorunda olduğu hukuk düzenince gözetilen bazı genel veya özel yükümlülüklerle işaret etmiştik¹³⁰. İster yazılı olsun ister olmasın genel davranış yükümlülüklerini içeren hukuk kuralları, objektif ve soyuttur ve herkes, bağlayıcı olan bu kuralların içeriğindeki emir ve yasaklara uymak zorundadır. Buna karşılık özel, diğer deyişle nispi yükümlülükler hukuki işlemlerden, özellikle sözleşmelerden, ve bazen de kanundan doğarlar ve sadece bu işlemin tarafları için bağlayıcı özellik gösterir. Kendi bütünlüğünde her özel ilişki gibi, özel bir hukuki sebebe (varlık sebebine) -örneğin bir sözleşmenin kurulması- ihtiyaç duyarlar. Böylece içeriği her zaman belirli veya belirlenebilirdir¹³¹. Sözleşmeye dayanan borç ilişkisinden doğan özel yükümlülükler edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler olarak ikiye

¹²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §11, kn. 5 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 152 vd.

¹²⁸ AEBİ, s. 26; BELEN, s. 253.

¹²⁹ Sözleşmelerin asıl konusunu çoğunlukla bir zararın tazmini borcu oluşturmaz; tazminat, tamamlayıcı bir işlev görür. Ancak bir kişinin maruz kalacağı zararın tazmin edileceğine ilişkin sözleşmelerden doğan borçlar da söz konusu olabilir. Sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi bu durumlarda zararı tazmin borcu, borç ilişkisinin ikincil değil, asli konusunu oluşturmaktadır.

¹³⁰ Bir yükümlülüğü, bu şekilde hukuki bir yükümlülük yapan onun zorlama niteliğinin bulunmasıdır. Ancak zorla yerine getirilme, her zaman o yükümlülüğün başlangıçtaki haline ilişkin olmaz, tazminatta olduğu gibi başlangıçta borçlu olunmayan bir davranışa ilişkin de olabilir, AEBİ, s. 26.

¹³¹ JÄGGI, s. 185.

ayrılır. Bunların ihlal edilmesi, ancak o ilişkideki borçlu tarafından gerçekleştirilebilir ve bir ihlal durumunda borçlunun alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne sözleşme sorumluluğu denir¹³². Sözleşmesel sorumlulukta zarar verenle zarar gören arasında zararın gerçekleşmesinden önce nisbi bir ilişki vardır ve sorumluluk bu nisbi ilişkinin ihlalinden doğmaktadır¹³³.

Bir sözleşme ilişkisinde, borçluya isnat edilebilir kusurlu¹³⁴ bir sözleşmeye aykırı hareket nedeniyle alacaklının bir zarara uğraması ve sözleşmeye aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sözleşmesel sorumluluğun unsurlarıdır¹³⁵. Bu unsurlar, sözleşmesel sorumluluğun genel hükmü olarak nitelendirilebilecek olan Türk Borçlar Kanunu'nun madde 112 hükmünden

¹³² **BELEN**, s. 161; **MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi**, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu Ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım, YD., C. 13, Ocak — Nisan 1987, S. 1-2, ss. 114-122, s. 120.

¹³³ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1280; **NARTER**, s. 16; **AYBAY, Aydın**, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, Tıpkı On Beşinci. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 138. Sözleşmesel sorumlulukta sözleşmenin nisbiliği ile hukuka aykırılık bağı arasındaki ilişkinin de araştırılması gerektiği, bunu yaparken de tarafların söz konusu sözleşmeyle hangi şahısları, hangi varlıkları, hangi tehlikelere, ihlâl tarzlarına karşı, hangi şekildeki zararlar için korumak istediklerinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir, bkz. **TANDOĞAN, Haluk**, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini (Kıs. TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs), Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 23.

¹³⁴ Para borçlarında temerrüt durumunda işleyecek temerrüt faizinden sorumluluk için ise borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez. İfa yardımcısının fiillerinden sorumluluğun da tam ve mutlak bir kusursuz bir sorumluluk durumu olup olmadığı tartışmalıdır, (bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 170 vd.). Hakim görüş ve Yargıtay uygulaması burada borcun bizzat borçlu tarafından ifası halinde zarara sebep olan davranışta borçlunun kusurlu sayılabilmesi halinde sorumluluğun söz konusu olacağını kabul etmektedir. Dolayısıyla borçlu, yardımcı kişinin aynı davranışında bulunmuş olsaydı bu davranışın kendisi için kusurlu sayılmayacağını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir (bkz. **ŞENOCAK, Zariye**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1995, s. 211; **REİSOĞLU**, s. 366; **EREN**, s. 1108-1109; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 898). Yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere hakkaniyet esasına göre ayırt etme gücünden yoksunluğu nedeniyle kusur ehliyeti bulunmayan borçlu, borca aykırı davranışından sorumlu tutulabilir. Kanunda özel hükümlerle kusur ilkesinden ayrılan hallere de dikkat etmek gerekir. Örneğin beklenmedik halden sorumluluğun düzenlendiği (borçlu temerrüdü TBK m. 119 veya kullanım ödücü sözleşmesi TBK m. 380/3 gibi) durumlar ile satıcının alıcıya karşı zapt sorumluluğunda alıcının uğradığı doğrudan doğruya zararlar da sorumluluk kusur ilkesinden arındırılmıştır.

¹³⁵ **CUENDET**, kn. 41; **İZVEREN**, s. 1182; **TANDOĞAN**, s. 415; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §26, pn. 67; **REİSOĞLU**, s. 352; **FEYZİOĞLU**, s. 145; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, s. 423-431; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.7; **KILIÇOĞLU, A.**, s. 811-815; **EREN**, s. 1078; **ARAL**, s. 111; **TOPUZ**, 435; **BÜYÜKAY, Yusuf**, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, (Kıs. BÜYÜKAY, Tazmin), s. 49; **BELEN**, s. 259; **ERZENGİN, Ertuğrul Doğan**, “Türk Hukuku ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda (CISG) Benimsenen Tazminatı Sınırlandırma Yöntemlerine “Öngörü” Kavramı Çerçevesinden Bir Bakış”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018 (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 205-242, s. 208. Krş. **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 320. Hukuka aykırı bir fiil ile uygun nedensellik bağı içerisinde bir zarara sebep olunması sorumluluk hukukunun çekirdeğini oluşturmaktadır, bkz. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 812, 1522.

türetilmektedir¹³⁶ ki bu madde, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediği takdirde borçlunun, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

Sorumluluk unsurlarının bu şekilde tahlil edilmesinin tarihi gelişimi JHERING'in çalışmalarına dayandırılmaktadır. Jhering, Digestada culpa vakalarını incelerken, bu vakaların temelde iki farklı gruba yerleştirilebileceğini keşfetmiştir: culpa, ya objektif bir davranış yükümlülüğünün ihlali ya da bu ihlal için kişisel kınama anlamına geliyordu. Onun keşfini Karl Binding, tipik davranış yükümlülüklerini içeren ceza hukukunun formüle edilmiş suçlarına uygulamıştır. Bir suçun gerçekleştirilmesi, objektif anlamda culpa, yani hukuka aykırı davranış varsayımı anlamına geliyordu. Bu, Otto Bähr ve diğerleri tarafından 1900'ler civarında medeni hukukta kabul edilen üçlü sorumluluğun doğuşuydu. Buna göre 1900'den 1950'ye kadar Alman Medeni Hukukunda bir tazminat talebini incelemenin geleneksel görüntüsü, (1) ihlal, zarar ve ihlal ile zarar arasındaki illiyetten oluşan objektif olgular, (2) hukuka aykırılık ve (3) sorumluluğu taşımaya mecbur kılan isnat sebebi (özellikle kusur) ile çizilmiştir¹³⁷. 1950'den sonra üçlü sorumluluk esası, eleştirilerin hedefi olmuştur. Modern anlayış, münhasıran veya en azından temel olarak common law'un *duty-to-take-care* yani gereken özeni gösterme yükümüne benzer olarak davranış yükümlülüklerinin kullanımını amaçlamaktadır. Sözleşmeye içtihatla eklenen çok sayıda koruma, özen ve genel davranış yükümlülükleri göz önüne alındığında, zemin kazanmakta olan yeni görüşün haklılığı inkar edilemez¹³⁸.

Pratik mantık, tarihsel deneyim ve usul ekonomisi kurallarına göre sırasıyla, ihlal edilmiş bir ifa yükümlülüğünün olup olmadığı; zararın meydana gelip gelmediği; ihlal eyleminin bu zarara neden olup olmadığı (ihlal, zararlar nedensellik içinde midir?);

¹³⁶ Mehazda karşılığı olan OR m. 97 hükmü yönünden benzer değerlendirmeler için bkz. **KOLLER**, § 45, pn. 14; **GRIEDER, Thomas**, Die unsorgfältige Unsorgfalt Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP 2002, Dike Verlag AG, ss. 959-967, s. 959; **LÜCHINGER, Niklaus**, Schadenersatz im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1999, pn. 116.

Avusturya Medeni Kanunu (ABGB), sorumluluk unsurlarını daha açık ve her iki sorumluluk alanı için ortak olacak şekilde düzenlemiştir. ABGB § 1295/1 hükmüne göre herkes, kusuruyla zarara sebep olan kişiden bu zararın tazminini talep etme hakkına sahiptir; zarar, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlalden veya sözleşme dışı bir ilişkiden kaynaklanmış olabilir. Madde metni için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>, (Erişim T. 03.09.2024).

¹³⁷ **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 577.

¹³⁸ **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 578.

nedensel olan zarar vermenin hukuka aykırı olup olmadığı (hukuka uygunluk sebebi bulunmakta mıdır?); zarar veren eylemden sorumlu olduğu iddia edilen kişinin eyleminden sorumlu tutulmasının gerekip gerekmediği ve özellikle bunun için kınanıp kınanmayacağı; zararın ne ölçüde ve ne şekilde tazmin edileceği soruları sorulur¹³⁹.

Sözleşmesel sorumluluk bağlamda sözleşmeye aykırı davranış, sözleşmeden doğan bir borcun hiç ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi, yerinde ve zamanında ifa edilmemesi gibi şekillerde ortaya çıkabilir ancak bunlarla sınırlı değildir. Culpa in contrahendo, akdın müspet ihlali, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorilerinin hukukumuzda da kabul görmesi sözleşmesel sorumluluk alanını genişleten işleve sahiptir¹⁴⁰. Dolayısıyla sözleşmesel sorumluluk bahsinde sözleşmeye aykırılık unsuru aydınlatılırken bu teorilere de temas edilmesi gerekmektedir. Aşağıda sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat ödeme borcu olarak ifade ettiğimiz sözleşmesel sorumluluğun unsurları detaylandırılacaktır.

A. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK

Zararı giderim yükümlülüğü diğer deyişle tazminat borcu, sorumluluk hukuku perspektifinden düşünüldüğünde hukuka aykırı bir davranış gerektirir. Çünkü hukuka aykırılık, sorumluluk için bir ön koşuldur¹⁴¹. Hukuka aykırılığın, sözleşmeye bağlı konularda bulunmayan ve sadece haksız fiil sorumluluğuna özgü bir unsur olduğu sonucuna varılmamalıdır. Sözleşmeyle ilintili konularda sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali, hukuka aykırılıkla eşdeğerdir¹⁴². Diğer bir deyişle sözleşmesel sorumlulukta sözleşmeye aykırılık unsuru, geniş anlamda hukuka aykırılığa karşılık gelir¹⁴³. Zira taraflar sözleşmeleri ile kendi hukuk kurallarını yaratmışlardır¹⁴⁴.

¹³⁹ FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 353.

¹⁴⁰ “Kaynağını TMK m. 2’de bulan davranış yükümlerine aykırılık, sözleşmesel sorumluluk için aranan sözleşmeye aykırılık şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi için yeterli olacaktır”, bkz. ALTOP, s. 97.

¹⁴¹ GIGER, Hans, “Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden. Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtsverletzung”, In Dubio Pro Libertate, Ausgewählte Schriften von Hans Giger über Rechts- und Ordnungspolitik im Bereich von Wirtschaft und Konsum Festgabe zum 65. Geburtstag, Verlag Stämpfli, Bern 1994, ss. 571-595, s. 580.

¹⁴² CUENDET, kn. 28.

¹⁴³ SCHWARZ, s. 97-98, 106, 108; ERMAN/WESTERMANN, Harm Peter, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 14. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014, § 276, Rn. 4; CUENDET, kn. 170; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1305; İZVEREN, s. 1182; TUNÇOMAĞ, s. 254; HATEMİ/GÖKYAYLA, §26, pn. 66; EREN, s. 1078; REİSOĞLU, S., s. 12; ALTOP, s. 96;

Hukuk, insanların kendi aralarındaki davranışlarını düzenlediği için hukuka aykırılık, iki veya daha fazla kişinin birbiriyle ilgili hukuki statüsü hakkında bir şeyler söyleyen bir kavramdır. Soyut hukuka aykırılık yoktur, aksine A'nın B'ye hukuka aykırı davrandığı sonucuna varmak için A kişisi ile B kişisi arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir¹⁴⁵. Sözleşmeden doğan haklar nisbi haklardır. Ancak sözleşme ihlalinin dahi tazminata yol açabilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali durumunda da, hukuka aykırılık ve diğer sorumluluk unsurları arasında ayırım yapılmalıdır¹⁴⁶.

Hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devletin her vatandaşı, egemen güç olarak kanun koyucudan kendi menfaatlerinin onunla çatışan diğer menfaatlerden nasıl ayırt edileceğini, hangi koşullar altında koruma talep edebileceğini, aleyhine olan yaptırımların tetiklenmesi için hangi koşulların yerine getirilmesi gerektiğini ve genel olarak bir şeyi yapması veya yapmaktan kaçınması gerekip gerekmediğini, ne zaman, nasıl ve neden yapması gerektiğini belirleyen normlar koymasını beklemekte haklıdır¹⁴⁷. Kanun koyucu belirli bir olguya, belirli bir olaya, belirli bir davranışa hukuki sonuçlar bağlıyorsa o zaman bu koşulları mümkün olan en yüksek hassasiyetle tanımlama yükümlülüğünü de üstlenir. Dolayısıyla, "hukuka aykırılık" terimi geniş kapsamlı hukuki sonuçları tetikleyen bir unsur olarak görülüyorsa, kanun koyucunun bunu tanımlaması gerekirdi, fakat bu yapılmamıştır¹⁴⁸. Sadece haksız fiilden doğan sorumluluk için sorumluluk unsuru olarak fiilin hukuka aykırı olması TBK m. 49 hükmünde açıkça belirtilmiş; sözleşmesel sorumluluk için ise TBK m 112 hükmünde sorumluluk unsuru olarak borcun hiç veya gereği ifa edilmemesinden bahsedilmiştir.

OĞUZ, s. 18; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 10, 74; **REİSOĞLU**, s. 165; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.7, 2.80; **KILIÇOĞLU**, **Kumru**, Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Kıs. KILIÇOĞLU, K.), s. 3; **BELEN**, s. 160; **ERZENGİN**, s. 208.

Bu esasın farklı disiplinlerde onun özelliklerine göre yeniden ifadesi mümkündür. Örneğin "*anonim şirketler hukukunda söz konusu olan yükümlülük ihlali, kanunen veya şirket ana sözleşmesi ile öngörülmüş olan bir yükümlülük ihlalinin ibarettir*", bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, **Nurcihan**, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 166, dn. 601.

¹⁴⁴ **BAYSAL**, HFH, pn. 2.7. Borç ilişkisi, buna taraf olan kimseler yönünden yasa gibidir, bkz. **AYBAY**, s. 138.

¹⁴⁵ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, kn. 637.

¹⁴⁶ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, kn. 637.

¹⁴⁷ **GIGER**, s. 579.

¹⁴⁸ **GIGER**, s. 579.

Hukuk düzeniyle çelişen, yani hukuki bir emri veya hukuki bir yasağı ihlal eden bir insan eylemi hukuka aykırıdır. Kişilere mutlak olarak haklar tanınması, diğer herkesin; nispi olarak haklar tanınması ise belirli bir diğer kişinin bu hakkı ihlal etmesini otomatik olarak yasaklar. Dolayısıyla mutlak hakların ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali ile hukuka aykırılığın kendiliğinden meydana geldiği izlenimi ortaya çıkar. Sonuç olarak, bir hak ihlalinin olgusal temeli kanıtlanırsa, hukuka aykırı olduğu varsayılır ve yalnızca kusurun incelenmesi gerekir. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali durumunda hukuka aykırılık incelemesi nispeten küçük bir rol oynar. Bununla birlikte hukuka uygunluk sebepleri (örneğin rıza), hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabılır¹⁴⁹.

Haksız fiil sorumluluğu dışındaki alanda, yükümlülük ihlali teşkil eden herhangi bir davranış hukuka aykırıdır. Objektif yükümlülük ihlali, bir ifa engeline ilişkin dış olguların (imkansızlık, temerrüt, kötü ifa, yan bir yükümlülüğün ihlali, vb.) mevcut olması durumunda gerçekleşir. Yükümlülük ihlali kavramı temel olarak sonuç ile ilgilidir. Böyle bir ölçü, örneğin satıcının veya yüklenicinin asli yükümlülükleri için geçerlidir. Ancak bazen sonuçla değil, (örneğin, avukatın sorumluluğu, doktorun sorumluluğu gibi) davranışla ilgilidir¹⁵⁰. Haksız fiil alanında hukuka aykırılık bahsinde sonucun hukuka aykırılığı ile davranışın hukuka aykırılığı arasında yapılan ayırım, sözleşmesel alanda büyük bir önem taşımaz¹⁵¹.

Sözleşmesel sorumlulukta, *hukuka aykırılık*, *haksız bir surette* gibi ifadelerin yerini *sözleşmenin ihlali* ifadesi almaktadır¹⁵². Hukuka aykırılık, herkes için geçerli olan belirli

¹⁴⁹ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 638.

¹⁵⁰ BeckOK BGB/LORENZ, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 276, kn. 4.

¹⁵¹ KOLLER, § 47, pn. 13. “Kusur, hukuka aykırılığı gerektirir. Başka bir kişinin hukuki olarak korunan menfaatlerini hukuk sistemine aykırı olarak ihlal eden davranışlar hukuka aykırıdır. Sözleşme hukuku bağlamında hukuka aykırılık, esasen, borç ilişkisine dayalı olarak edim-(davranış) yükümlülüğünün ihlaline, yani § 280 I anlamında objektif yükümlülüğün ihlaline karşılık gelir. Haksız fiil hukukunda hukuka aykırılığın zarar görenin haklarının ihlaline mi (sonucun hukuka aykırılığı) yoksa kişinin yükümlülüğüne aykırı davranışına mı (davranışın hukuka aykırılığı) dayandığı konusundaki ihtilaf sözleşme hukuku açısından yalnızca ikincil nitelikte öneme sahiptir”, bkz. JAUERNIG/STADLER, 18. Aufl. 2021, BGB § 276, kn. 13.

Haksız fiil alanında dahi hukuka aykırılığın, bir normun ihlali olarak tanımlanması gerektiği yönünde bkz. GIGER, s. 582.

¹⁵² İNAL, s. 480. Krş. REİSOĞLU, s. 165; FELLMANN, Schadenersatz, s. 320.

“Sözleşmesel alanda kusursuz sorumluluktan bahsedilecek ise o takdirde bu ifade biraz daha genişler ve şu şekilde ifade edilebilir: haksız fiil sorumluluğunda yer alan hukuka aykırılık unsurunun yerini, kanunda öngörülen sorumluluk hallerinin ortaya çıkması veya taraflardan birine yüklenen ya da taraflarca kararlaştırılan borca aykırılık hallerinin ortaya çıkması unsurları alır”, bkz. PEKMEZ, s. 500 vd. Krş. KOLLER, § 47, pn. 12.

davranış normlarının veya bir borç ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülüğün insan davranışı yoluyla ihlal edildiği ve hukuki menfaatlerin kaybına yol açıldığını veya genel olarak geçerli olan kurallara ya da davranış yükümlülüklerine karşı bir ihlalin bulunduğunu varsayar. Bunun için, temeldeki hukuki ilişkilere göre, belirli bir davranışın borçlu olunması da yeterlidir. Hukuka aykırılık için belirleyici olan yükümlülük ihlali, sözleşmeye dayalı beklentilerin bozulmasına neden olmuş olmalıdır¹⁵³. Borçludan beklenen, verme, yapma, yapmama edimlerinin hepsinde aynı olan, edime uygun ifadır ve bu beklenti borçlunun ifada yardımcı kişi kullanmasında da değişmez¹⁵⁴. Sorumluluk kaynaklarından sözleşme, her zaman zarar gören için daha güvenli bir liman olarak görülmüştür, çünkü zarar gören alacaklı hukuka aykırılık unsuru için kanun hükümlerinde veya hukuka aykırılık teorilerinde, salt mal varlığı zararı tartışmalarında dolaşmak zorunda değildir, borca aykırılığı ortaya koymasıyla işler onun açısından kolaylaşır¹⁵⁵.

Borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümleri, uygulama alanı olarak sözleşme ve sözleşme dışındaki diğer borç doğuran kaynaklar arasında bir ayrım gözetmiş olmasa da bu hükümlerin pratik yarar açısından esas uygulama alanı sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesidir¹⁵⁶. Kanun sistemi bu hükümlerle genel haksız fiil sorumluluğundan ayrı olarak borçlunun, sözleşmeyi ihlalinden doğan alacaklının zararını gidermesine ilişkin özel bir sözleşmesel sorumluluk kümesi oluşturmuştur¹⁵⁷. Çalışmamızın konusu gereği, borcun ihlali veya borca aykırılıktan söz açtığımızda kastımızın sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali olduğuna bu noktada işaret etmek isteriz. Sözleşmenin ihlali, edimle ilgili bir yükümlülüğün ihlalinden veya edimle ilgili olmayan bir davranış yükümlülüğünün (koruma yükümlülüğü) ihlalinden oluşabilir¹⁵⁸. Dolayısıyla ilk olarak sözleşme içeriğinde yer alan yükümlülüklerle değinmek gerekmektedir.

1. Sözleşme İçeriğinin Belirlenmesi

¹⁵³ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, Rn. 6.

¹⁵⁴ **BELEN**, s. 254.

¹⁵⁵ **BAYSAL**, HFH, pn. 2.80.

¹⁵⁶ **KILIÇOĞLU, A.**, s. 810; **İNAL**, s. 81; **AYBAY**, s. 138; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1205; **TUNÇOMAĞ**, s. 452; **BELEN**, s. 158-159. Krş. **KOLLER**, § 45, pn. 15.

¹⁵⁷ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1271.

¹⁵⁸ **KOLLER**, § 47, pn. 17.

Sözleşme içeriğinin belirlenmesi, öncelikle sözleşmenin, tarafları ne yapmaya mecbur bıraktığını bilmeyi gerektirir. Hukukun çizdiği geniş özgürlük alanının sınırları içinde taraflar, sözleşmenin onsuz var olamayacağı noktaları üzerinde anlaşmalıdır¹⁵⁹. Tarafların üzerinde açık veya örtülü olarak anlaşmaya vardıkları noktaların bir sözleşme vasfı taşıyabilmesi için bu uyuşmanın asgari bazı unsurları kapsamı gerekir ki bu unsurlara objektif esaslı noktalar adı verilir¹⁶⁰. Bu noktalar, kanunda düzenlenmiş olan isimli sözleşmelerin tipik unsurlarını oluştururlar, isimsiz sözleşmelerde ise sözleşmenin anlam ve niteliğinden anlaşılabilir¹⁶¹. Esaslı olmayan diğer deyişle ikinci derecede noktalar ise tarafların üzerinde durmasa da sözleşmenin kurulmasına engel olmayan, kanundaki yedek hukuk kurallarıyla tamamlanabilen yahut da tarafların bunlar hakkında uyuşmayı ileriye bırakabildikleri ve ileride uyuşma sağlanamazsa hakim tarafından işin özelliğine göre belirlenebilen noktalardır¹⁶². Bu durumlarda sözleşmenin içeriğini hukuka başvurarak hakim belirler. Bu şekilde belirlenen yükümlülükler de sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerdir ve bunların ihlali sözleşmesel sorumluluğa yol açar¹⁶³. Ancak her nasılsa taraflardan birinin, diğeri tarafından bilinebilir şekilde ikinci derecede bir nokta hakkında uyuşma sağlanamazsa sözleşmenin kurulmasına razı olmayacağı anlaşılırmaktaysa bu husus da artık ikinci derece nokta olmaktan çıkarak sübjektif bir esaslı unsur haline gelir ve bu nokta üzerinde anlaşma olmadıkça sözleşme kurulmuş sayılmaz¹⁶⁴.

Esaslı noktalar çoğu zaman asli edim yükümleriyle örtüşür. Bir borç doğurucu sözleşme, edim yükümleri ile bunlardan farklı olan yan yükümleri içerir. Edim yükümlerinde taraf iradeleri belirleyici iken, yan yükümlerde dürüstlük kuralı kaynaklı güven ilişkisi belirleyicidir. Aşağıda bu yükümler daha yakından ele alınacaktır.

a. Edim Yükümleri

Roma Hukukunun tesiri altında gelişim gösteren sözleşme hukukunda yakın zamana kadar borç ilişkisinde borçlunun, alacaklının ifa menfaatini tam olarak

¹⁵⁹ CUENDET, kn. 13, 14.

¹⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 245; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 4, pn. 7; BELEN, s. 23.

¹⁶¹ EREN, s. 249 vd.

¹⁶² HATEMİ/GÖKYAYLA, § 4, pn. 8.

¹⁶³ CUENDET, kn. 15.

¹⁶⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 80; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 4, pn. 7; BELEN, s. 23.

gerçekleştirmekle yükümlü olduğu, buna aykırı davrandığı takdirde ihlal edilen ifa menfaatini telafi etmekten sorumlu olduğu kabul edilmekteydi. İfa menfaati, alacaklının borcun konusunun doğru bir şekilde yerine getirilmesinde sahip olduğu menfaati ifade eder¹⁶⁵. Tarafların belli bir amacı gerçekleştirmek için kurdukları sözleşmede ifa menfaatine hizmet eden ve yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerin en önemlisi, borç ilişkisinin temelini teşkil eden edim yükümleridir¹⁶⁶.

Edim yükümleri, edimin doğru bir şekilde yerine getirilmesini; tam, doğru ve zamanında sunulabilmesini sağlamaya yöneliktir¹⁶⁷. Öğretide asli edim ve yan edim yükümleri olarak iki başlıkta ele alınmaktadır. Sözleşmenin yapılmasına neden olan saiklere doğrudan doğruya hizmet eden, o sözleşmeden somut olarak beklenen amacı hedef alan ve dolayısıyla ifa menfaati amacına hizmet eden edimler asıl borçları oluşturur. Asli edim yükümleri, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturan, tarafların sözleşmeyi kurarken güttükleri esas amaç olan ve sözleşmenin tür ve niteliğini belirleyen, onsuz olmaz, başat yükümlülüklerdir. Satış sözleşmesinde satılanın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi ve alıcının ise bedeli ödeme borcu; hizmet sözleşmesinde ücret karşılığında işçinin hizmeti yerine getirme borcu gibi¹⁶⁸.

Yan edim yükümleri, sözleşmenin esaslı unsurunu oluşturmayan, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen ancak asli edimin hazırlanmasına, yerine getirilmesine, güvenliğine hizmet eden, genel bir ifadeyle sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesine yardım eden yükümlerdir¹⁶⁹. Sözleşme ilişkisi bir edimler bütünü olarak görüldüğünde, yan edimler, asli edimlerin yanında yer alan ve ona tabi bir karakter gösteren ve asli edimin bulunmadığı takdirde kendileri de varlık bulamayacak olan edimlerdir¹⁷⁰. Yan edim yükümleri, taraflarca kararlaştırılmak suretiyle sözleşmeye dayanabileceği gibi,

¹⁶⁵ KOLLER, § 46, pn. 19.

¹⁶⁶ ARAL, s. 33; TİRYAKİ, Betül, “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yüğü Bakımından Karşılaştırılması”, *EÜHFD*, Y. 2008, C. XII, S. 3–4, ss. 267-279, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1849325>, (Erişim T. 22.01.2024), s. 271.

¹⁶⁷ KOLLER, § 47, pn. 17.

¹⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 17; ARAL, s. 34; İNAL, s. 297 vd.; ŞENOCAK, s. 83; ERBEK ODABAŞI, Özge, Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması, *İzBD*, Eylül 2020, Y. 85, S. 3, ss. 61-155, <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/borc-iliskisind2021122155211460.pdf>, (Erişim T. 22.05.2022), s. 71; AYDINLI, s. 58.

¹⁶⁹ ERGÜNE, Serkan, Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul 2008, s. 113; ERBEK ODABAŞI, s. 94; AYDINLI, s. 60.

¹⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 18; ERBEK ODABAŞI, s. 74; AYDINLI, s. 65.

kanuna veya dürüstlük kuralına da dayanabilir¹⁷¹. Alacağı devreden kimsenin, buna ilişkin belgeleri de vermekle yükümlü olması; satıcının, satılanın kullanımıyla ilgili gerekli bilgileri alıcıya vermekle, satış konusu malı ambalaj veya paketlemekle yükümlü olması bu kapsamda ifade edilebilir.

Gerek asli edim gerekse de yan edim yükümleri bir ifa menfaati taşıdığından alacaklı açısından hak, karşı taraf açısından ise borç meydana getirirler. Ancak asli edime bağlı olduklarından ondan ayrı olarak dava edilemezler, ihlalleri halinde asli borcun gereği gibi ifa edilmemesine dayalı olarak tazminat davası söz konusu olur¹⁷².

b. Yan Yükümler

Bir sözleşme içeriğinde edim yükümlerine bağlı olmayan, dolayısıyla bir yan edim yükümü olarak nitelendirilip ifa menfaatine hizmet ettiği de söylenemeyecek ve fakat alacaklının diğer mal ve kişi varlığı menfaatlerine hizmet eden çeşitli davranış yükümlerinin bulunduğu anlaşılmış ve bunlara genel bir ifadeyle yan yüküm denilmiştir¹⁷³. Verme, yapma veya yapmama gibi bir edim yükümü teşkil etmeyen dolayısıyla ayrı bir ifa davasına konu olmayan yan yükümler kavramı asıl gelişimini Alman hukukunda göstermiş¹⁷⁴ ve aşağıda değineceğimiz üzere ortaya atılan bir dizi teori, hukukumuzu da etkilemiştir.

Yan yükümler, davranış yükümleri, koruma yükümleri, dikkat ve özen gösterme ödevi gibi ifadelerle de anılır¹⁷⁵ ve sözleşmenin diğer tarafını bütünlük menfaatinin zarar görmesinden korumayı amaçlamaktadır¹⁷⁶. Modern borçlar hukuku dogmatığı, borç ilişkisinin sözleşme ile kararlaştırılan edim yükümleri dışında koruma yükümlerini de

¹⁷¹ KILIÇOĞLU, A., s. 42; İNAL, s. 310 vd.; ŞENOCAK, s. 84; AYDINLI, s. 60 vd.

¹⁷² OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1541, dn. 470; EREN, s. 1076.

¹⁷³ EREN, s. 37 vd.; ŞENOCAK, s. 87; KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 81, dn. 46, s. 143; ERBEK ODABAŞI, s. 76; DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo”, SÜHFD, Y. 2017, C. 25, S. 1, ss. 239-288, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333283>, (Erişim T. 25.09.2022), s. 268.

¹⁷⁴ STOLL, sözleşmede içeriksel olarak ifa menfaati ile koruma menfaatinin bulunduğunu tespit etse de yaptığı sistematikte, koruma menfaatinin ihlaline dayanan tazminat taleplerini akdın müspet ihlaline dayandıran teoriye karşı çıkararak bu teorinin terk edilmesi gerektiğini savunmuştur, bkz. STOLL, Heinrich, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, Archiv für die civilistische Praxis, 1932, 136. Bd., H. 3 (1932), ss. 257-320, <http://www.jstor.com/stable/40999473>, (Erişim T. 24.05.2022), s. 285 vd.

¹⁷⁵ EREN, s. 37; ERBEK ODABAŞI, s. 97 vd., özellikle dn. 136, 137; ULUSAN, s. 59 vd.; ERGÜNE, s. 112, dn. 132; DEMİRCİOĞLU, CiC, s. 124; TİRYAKİ, s. 272.

¹⁷⁶ KOLLER, § 47, pn. 18, § 48, pn. 23; FELLMANN, Schadenersatz, s. 328.

kapsadığını ortaya koymuştur. Sözleşme görüşmeleri aşamasında ve sözleşme kurulduktan sonra iki tarafın da birbirlerinin kişilik ve malvarlıksal haklarına etki etme imkanları doğmaktadır. Bu nedenle tarafların, edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesinin yanı sıra, birbirlerinin etki alanlarına açtıkları diğer şahıs ve malvarlığı haklarının zarar görmemesinde de menfaatleri vardır. Söz konusu menfaatin ihlal edilmemesi için taraflar sözleşmenin niteliğine ve amacına uygun bir şekilde davranmakla ve birbirlerine zarar vermemekle yükümlüdürler. Tarafların koruma veya davranış yükümleri gibi isimlendirilen bu yükümlerinin sosyal temas, işlemsel temas gibi bir yakınlaşmayla doğduğu, sözleşme müzakereleri sırasında, sözleşmenin kurulmasından ifa anına kadar ve bazen de ifa anından sonrasında da devam ettiği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Esas olarak TMK m. 2’de yer verilen dürüstlük kuralından kaynağını bulan yan yükümlerin kapsamı, taraflar arasındaki ilişkinin özellikleri ve yoğunluğuna göre değişik ölçüde olabilir. Özellikle hizmet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi ve uzun bir zaman dilimine yayılmış diğer sözleşmelerde bu yükümler oldukça geniş kapsamlıdır¹⁷⁸.

Yan yükümlere ayrılık halinde edime bağlılık söz konusu olmadığından ifa davası da söz konusu olamaz ve ortaya çıkan zararın tazmini prensip olarak haksız fiil kurallarının işletilmesini gerektirir¹⁷⁹. Ancak daha önce dikkat çektiğimiz üzere¹⁸⁰ sorumluluk hukukumuzdaki haksız fiil ile sözleşmesel sorumluluk rejimi karşılaştırıldığında sözleşmesel sorumluluk zarar görenin daha lehine olabilecek bir görünüm arz ettiğinden zarar gören için mümkün olduğunca sözleşmesel sorumluluk zemini hazırlanmaya gayret edilmekte, adeta sözleşme hukukuna kaçış yaşanmaktadır¹⁸¹. Bu çabanın sonucu olarak sözleşme taraflarının bütünlük menfaatini de sözleşme ilişkisi içinde gören düşünceler ortaya çıkmıştır. Farklı içerikteki yan yükümlerin ortak özelliği alacaklının

¹⁷⁷ EREN, s. 39, 1073-1074; ULUSAN, s. 61 vd.; AYDINLI, s. 71 vd.; KIRCA, s. 155; GENÇ ARIDEMİR, s. 96.

¹⁷⁸ ARAL, s. 40; ŞENOCAK, s. 90.

¹⁷⁹ KOLLER, § 48, pn. 23. Sözleşme ve onun ifasıyla hiçbir ilişkisi olmayan veya sadece zaman veya mekan gibi dışsal bir bağlantısı olan bir fiille, borçlunun alacaklıya zarar vermesi halinde sözleşme ihlalinin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre bir evde çalışan ustan, evden bir eşya çalarsa bu fiil, sözleşmenin ifası kapsamında değil sözleşme vesilesiyle gerçekleştirilmiştir ve sonuçta haksız fiil hükümlerine göre değerlendirilir. Bu hususta bkz. von TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1974, §68, IV, s. 107-108; FEYZİOĞLU, s. 168.

¹⁸⁰ § Birinci Bölüm, I., B., 3.

¹⁸¹ KOLLER, § 48, pn. 28.

statükosunu korumak ve ihlalleri halinde bütünlük menfaatinin tazmin edilmesini sağlamaktır¹⁸². Bütünlük menfaati (koruma menfaati), bir kişinin “sözleşmeden bağımsız olarak haklarının ve hukuki değerlerinin dokunulmazlığı konusunda” sahip olduğu menfaati ifade eder¹⁸³. Buna göre bütünlük menfaatine hizmet eden ve kaynağını dürüstlük kuralında bulan yan yükümler de sözleşme içeriğine dahildir ve bunların ihlali neticesinde bir zarar ortaya çıkmışsa tazminat sorumluluğu, sözleşmeye dayalı sorumluluk kurallarına göre yapılmalıdır¹⁸⁴. Bunun için de borçlu, daha başta ifa hazırlıkları döneminde, sonra ifanın gerçekleştirilmesi aşamasında ve hatta ifanın gerçekleştirilmesinden sonra alacaklının bütünlük menfaatinin zarar görmemesine özen göstermeli, bu menfaatini korumalıdır.

2. Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlüğün İhlali

Sözleşmenin içeriği belirlendikten sonra sözleşmeye aykırılığın olup olmadığının tespiti, objektif bir bakış açısıyla bir yükümlülüğe uyulup uyulmadığının belirlenmesini gerektirir¹⁸⁵. Borçlu gerek edim yükümlerine gerek yan yükümlere uymak ve bunları ihlal etmemek zorundadır¹⁸⁶. Edim veya yan yükümlerin ihlali, sözleşmenin ihlali veya sözleşmeye aykırılık anlamına gelir. Bu yükümlerin ihlali, sözleşmeden doğan sorumluluğun temelini oluşturur. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere sözleşmesel sorumluluk bağlamında tazminat borcunun doğması için zarar, illiyet bağı ve kural olarak kusur unsurlarının da bulunması gerekir.

¹⁸² BeckOK BGB/Lorenz, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 280, pn. 14.

¹⁸³ İfa menfaati ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilişkisi bulunmayan menfaatleri ifade etmek için bütünlük menfaati, korunma menfaati gibi terimler kullanılmaktadır. Bkz. KOLLER, § 46, pn. 19; AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 6; AKÜNAL, s. 225; ERBEK ODABAŞI, s. 83 vd.; GÜNDÜZ, s. 69; TİRYAKİ, s. 272.

¹⁸⁴ HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme – Dışı Sorumluluk Hukuku (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 3, kn. 5; ŞENOCAK, s. 90-91; GÜNDÜZ, s. 72; TİRYAKİ, s. 272-273; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Kullanım Ödücüsü (Ariyet) Sözleşmesi Kısa Şerhi, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 58-59. Krş. CUENDET, kn. 17 vd. Koruma yükümlülüğünün ihlalinin kişiyi OR m. 97/1 uyarınca sorumlu kıldığı, ancak bu sorumluluğun aslında genel bir kıyaslamaya dayandığı yönünde bkz. KOLLER, § 45, pn. 15. Alman hukukunda bu durum yasal zemine sahiptir, ayrıntılı bilgi için bkz. BeckOK BGB/Lorenz, BGB § 280, pn. 14.

¹⁸⁵ CUENDET, kn. 28.

¹⁸⁶ Edim yükümleri ile yan yükümlerin örtüşmesi mümkündür. Borcun konusunun, alacaklının bütünlük menfaatini korumasına hizmet etmesi durumunda durum böyledir. Örneğin saklama sözleşmesinde saklanması için verilen şeyin sözleşmenin amacına elverişli şekilde korunması saklayanın hem edim yükümü hem yan yükümü olarak düşünülebilir. Bunun tahrip edilmesi halinde saklatanın hem ifa menfaati hem bütünlük menfaati ihlal edilmiş olur. Bkz. KOLLER, § 46, pn. 19.

Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali temelde hiç ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde karşımıza çıkar. Borçlu, borcun muaccel olduğu anda veya daha sonra ifada bulunmamışsa ifa etmeme; geç ifa da dahil olmak üzere sözleşmeye uygun olmayan bir ifada bulunmuşsa gereği gibi ifa etmemeden söz edilir¹⁸⁷. Gereği gibi ifa etmeme, sözleşmeden doğan yan yükümlerinin ihlalinin kapsayacak şekilde kullanıldığı gibi, bu durumları ifade etmek üzere akdin müspet ihlali terimi de kullanılmaktadır¹⁸⁸.

a. Hiç İfa Etmem Durumu

Borcun hiç ifa edilmemiş olması başlıca iki durumu ifade eder: birincisi borcun ifası mümkündür ve fakat ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen borç ifa edilmemiştir; ikincisi ise ifa imkanı ortadan kalkmış, diğer deyişle bir ifa imkansızlığı ortaya çıkmıştır¹⁸⁹. İfası mümkün olan bir borcun ifa zamanı gelmiş olmakla birlikte ifa edilmemesi temerrüt durumuyla yakından ilgilidir ancak temerrüt, borcun ifasında nitelikli bir gecikmedir. İfa modalitelerinden biri olan borcun zamanında ifa edilmesine uyulmamış ancak gecikme bir temerrüt halini almamışsa borçlu, gecikmiş ifayı yerine getirebilir ve alacaklı da böyle bir ifa girişimini kabul etmek zorundadır. Alacaklı böyle bir durumda kural olarak ifa teklifini geri çeviremez iken diğer ifa modalitelerine aykırılık halinde ise alacaklı ifayı kabul etmek zorunda değildir¹⁹⁰.

aa. Temerrüt

Temerrüt esasında alacaklı veya borçlu için söz konusu olabilen bir direnimsel halidir. Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlali olarak borçlu temerrüdü, borca aykırı davranışın özel bir halini teşkil eder. Borçlu ifa zamanını kaçırmış olmakla birlikte borcun ifasının halen mümkün olması borçlu temerrüdünün ayırıcı özelliğidir. İfası

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ, s. 452.

¹⁸⁸ ALTOP, s. 97; GENÇ ARIDEMİR, s. 98; TİRYAKİ, s. 273.

¹⁸⁹ von TUHR/ESCHER, §68, IV; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1195; TUNÇOMAĞ, s. 451; TOPUZ, s. 432; BELEN, s. 257. 19. yüzyılda BGB düzenlenirken borca aykırılık, Friedrich Mommsen'in ileri sürdüğü görüşe dayanılarak ifa imkansızlığı ve temerrüt hallerinden ibaret sayılmıştı. Mommsen'e göre borçlu borcunu zamanında yerine getirmemişse ya borcun sonradan ifası mümkündür ve bu durumda temerrüt ortaya çıkar ya da artık ifa imkansızdır. Bunların dışında üçüncü bir ihtimal mantıken mümkün değildir, bkz. TANDOĞAN, s. 400. Öğretide hiç ifa etmeme durumlarını, sözleşmeden doğan borcun dar anlamda ifa edilmemesi olarak ve diğer tüm sözleşme ihlallerini borcun müspet ihlali olarak gruplandırılanlar da bulunmaktadır, bkz. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1307, 1308.

¹⁹⁰ EREN, s. 1040; TOPUZ, s. 432.

mümkün ve muaccel bir borcun, kanun veya taraflarca öngörülen zamanda yerine getirilmemesi borçlu için bir yüküm ihlali teşkil eder¹⁹¹.

Borcun ifasında gecikmenin hangi şartlarda borçlu temerrüdüne yol açacağı TBK m. 117 hükmünde gösterilmiştir. Borçlu temerrüdünden söz edebilmek için öncelikle borcun muaccel hale gelmiş olması gerekir. Bu şartın gerçekleşmiş sayılabilmesi için sadece ifa zamanının gelmiş olması yeterli değildir, borçlunun ifayı geciktirecek ya da ifadan kaçınacak zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi herhangi bir imkandan da yararlanamaması gerekir¹⁹². Borcun muaccel olmasından başka alacaklı, borcun ifası konusunda borçluya kural olarak¹⁹³ ihtarda bulunmalıdır. İhtardan maksat alacaklının alacak miktarını belirterek, borçludan borcun ifasını istemesi ve ifayı kabule hazır olduğunu bildirmesidir. Borcun ifasının mümkün olması, temerrüdün söz konusu olabilmesinin doğal şartıdır. Temerrütten önce ifa imkansızlaşmış ise artık temerrüt söz konusu olamaz; temerrütten sonra ifa imkansızlığı ortaya çıkar ise o andan itibaren temerrüt de sona erer. İmkansızlığın bulunmaması şartı gibi alacaklının temerrüdü de bulunmamalıdır. Alacaklı ifa için yapması gereken ön hazırlıkları veya işbirliğini yaparak ifayı kabule hazır bulunmadığı takdirde borçlunun temerrüdü gerçekleşmez¹⁹⁴.

Temerrütte kusur, borçlunun ifayı vaktinde yerine getirmek için gerekli tedbirleri almakta ihmalinin bulunması veya borcun zamanında ifasını kasten ıskalamasıyla ortaya çıkar. Borçludan ifaya hazırlanmak için son ana kadar beklememesi, ifaya engel olabilecek ihtimalleri hesaba katarak dikkatli ve tedbirli olması beklenir. Ancak yine de

¹⁹¹ ARAL, s. 72.

¹⁹² FEYZİOĞLU, s. 193; REİSOĞLU, s. 369; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 912; TANDOĞAN, s. 470; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1505; ULUSAN, s. 6; İZVEREN, s. 1190.

¹⁹³ Temerrüt için ihtar koşulu emredici bir düzenleme olmadığından taraflar borcun muaccel olmasını temerrüt için yeterli sayıp ayrıca ihtara gerek olmadığı yönünde anlaşma yapabilirler. Yine tarafların anlaşmasıyla borcun ifa edileceği gün açık ve belirli bir gün olarak kararlaştırılmışsa, o günün ifa yapılmaksızın sona ermesiyle borçlu ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Sözleşmede taraflardan birine ifa gününü belirleme hakkı tanınmışsa, bildirilen ifa gününde edimi yerine getirmeyen borçlu ihtara ihtiyaç olmaksızın mütemerrit olur. Haksız fiillerden doğan tazminat borçlarında borçlu, ihtara ihtiyaç olmaksızın fiilin işlendiği tarihte temerrüde düşer. Sebepsiz zenginleşmede kötüniyetli zenginleşen, zenginleşmenin gerçekleştiği anda ihtara gerek olmaksızın iade borcunda temerrüde düşer. TBK'de belirtilmemekle birlikte, borçlunun borcunu kesin olarak ifa etmeyeceğini beyan etmesi gibi, temerrüt ihtarının gereksiz veya yararsız kalacağı anlaşılan hallerde ve yine dürüstlük kuralının ihtarı gerektirmediği (ifanın ne zaman yapılması gerektiğinin en iyi borçlu tarafından bilindiği veya borçlunun ihtarın gerçekleşmesini engellediği) hallerde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar şartının aranmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 475 vd.

¹⁹⁴ İZVEREN, s. 1191; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1531; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 914; TANDOĞAN, s. 479.

kusur, temerrüdün gerçekleşmesinin bir şartı değildir. Borçlu ifa zamanında kusuru olmaksızın gecikmiş olsa dahi temerrüde düşürülebilir. Fakat temerrüdün kusura bağlı olan gecikme tazminatı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde duruma göre¹⁹⁵ olumlu veya olumsuz zararın tazmini talepleri gibi sonuçlar temerrüde düşmede kusursuzluğunu, diğer deyişle ifadaki gecikmenin kendisine izafe edilemeyecek bir sebepten doğduğunu ispat eden borçlu için işletilemez¹⁹⁶. Aynen ifa talebi ise temerrüdün değil borcun muaccel olmasının bir sonucudur. Bu sebeple borçlu gecikmede ve temerrüde düşmede kusursuz olsa bile alacaklı, aynen ifayı talep edebilir ancak gecikme nedeniyle uğranılan tazminat talebi, kusursuzluğun ispatı üzerine reddedilir¹⁹⁷.

bb. İfa İmkansızlığı

Hiç ifa etmeme bahsinde üzerinde durulması gereken ve sözleşmesel sorumlulukta kanun rejiminin esas odak noktasını oluşturan durum ifa imkansızlığıdır¹⁹⁸. İfa imkansızlığı hukukumuzda kanun tarafından tanımlanmış bir kavram olmayıp öğreti tarafından izahı yapılmaya çalışılmaktadır. İfa imkansızlığı, borcun ifa edilmesine devamlı ve kesin olarak engel olacak bir durumun varlığı sebebiyle borçlunun kısmen veya tamamen borcunu ifa edememesidir¹⁹⁹. İmkansızlık kural olarak parça borçları için söz konusu olur; nev'i telef olmaz ilkesi gereği cins borçlarında, sınırlı cins borcu olmadıkça, imkansızlık gündeme gelmez.

Öğretide ifa imkansızlığı kavramı açıklanırken yaşanan tartışmalar, bu kavramın salt mantık kurallarına göre mi yoksa hukuki anlamda mı anlaşılması gerektiği²⁰⁰; yine objektif ve sübjektif ifa imkansızlığı arasında bir ayrım yapılmasının gerekip

¹⁹⁵ Klasik yaklaşım aynen ifadan vazgeçilmesi halinde olumlu/müspet zararın, sözleşmeden dönülmesi halinde olumsuz/menfî zararın talep edilebileceği yönündedir. Ancak müspet ve menfî zarar ikiliğinin aşılmasının gerektiği de öğretide savunulmaktadır, bkz. **SEROZAN, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, (Kıs. SEROZAN, Dönme), s. 589 vd.

¹⁹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1533; **NOMER**, pn. 189.1, 201.8; **TANDOĞAN**, s. 480; **ARAL**, s. 73.

¹⁹⁷ **BELEN**, s. 283.

¹⁹⁸ **SEROZAN**, Kavramlar, s. 30; **REİSOĞLU**, s. 352 vd.; **İZVEREN**, s. 1183; **ATAMER**, İfa Engelleri, s. 219.

¹⁹⁹ **TANDOĞAN**, s. 395; **ARAL**, s. 69; **TUNÇOMAĞ**, s. 452; **TOPUZ**, s. 489-490.

²⁰⁰ **ÖZÇELİK, Ş. Barış**, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları, *AÜHFD*, Y. 2014, C. 63, S. 3, ss. 569-621, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622697>, (Erişim T. 20.05.2022), s. 573 vd.

gerektiği gibi noktalardadır. Bugün için hakim görüş²⁰¹ ifa imkansızlığını, mantık ve doğa kanunlarına göre edimin imkansızlaştığı haller ile edimin ifasının hukuken imkansızlaştığı halleri de içine alacak şekilde anlamakta ve her halde imkansızlığın objektif veya sübjektif olabileceğini kabul etmektedir²⁰². İmkansızlığın sübjektif olduğu durumlarda, bu durumun imkansızlığın borçluya isnat edilebilirliği konusunda işaret vereceği belirtilmektedir²⁰³. Borcun objektif olarak imkansızlaşması borçluya yüklenemeyecek bir sebepten ileri gelmekteyse TBK m. 136 hükmünde ifade edildiği üzere borçlu bu borçtan kurtulur ve sözleşmesel bir sorumluluk doğmaz. Ancak ifa imkansızlığı borçluya yüklenebilen bir sebeple, alışılmış tabiriyle borçlunun kusurlu bir davranışıyla gerçekleşmişse TBK m. 112 hükmü gereği borçlu imkansızlık nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür²⁰⁴.

Borçlu ifa imkansızlığıyla karşı karşıya kaldığında kusursuzluğunu ispat yükü kendisindedir. Ayırt etme gücünü kaybettiğini veya imkansızlığın alacaklı yüzünden gerçekleştiğini veya imkansızlığa kendisine ve alacaklıya izafe edilemeyecek bir olayın sebep olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir²⁰⁵.

b. Gereği Gibi İfa Etmeme Durumu ve Özellikle Akdin Müspet İhlali Kavramı

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi esasında zamansal olarak gereği gibi ifa etmeme olarak değerlendirilebilecek temerrüdü de kapsayan sözleşmedeki edim yükümü ihlallerinin genel çatısıdır. Ancak kendine has özellikleri bulunan imkânsızlık ve

²⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 446, 454; REİSOĞLU, s. 350; FEYZİOĞLU, s. 148; EREN, s. 1063-1064; AYBAY, s. 139; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 904, 909; BELEN, s. 346-347; GÜNDÜZ, S. 107; ÖZÇELİK, s. 576 ve dn. 20'de belirtilen yazarlar. Buna ilaveten ifa imkansızlığının, borcun cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma gelmesiyle de olabileceği yönündeki görüş için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1455, 1465.

²⁰² Sübjektif imkansızlığın sonuçlarını, objektif imkansızlıktan ayıran aksi görüş için bkz. DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 24, 89; EREN, s. 1065. Sübjektif imkansızlık halinde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı yönünde bkz. ARAL, s. 72.

²⁰³ TANDOĞAN, s. 396; TOPUZ, s. 490.

²⁰⁴ REİSOĞLU, s. 353; FEYZİOĞLU, s. 146, ULUSAN, s. 6; TANDOĞAN, s. 405; TOPUZ, s. 491; BELEN, s. 350. Kusurlu ifa imkansızlığı halinde borcun içerik değiştirerek bir tazminat borcuna mı dönüştüğü yoksa imkansızlık nedeniyle sona erip yerine yeni bir borç olarak tazminat borcunun mu doğduğu tartışmalıdır. Tartışma hakkında ve ikinci durumun üstün tutulması yönündeki tatmin edici gerekçeler için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1470-1484. Bu tartışmanın sonucu olan zararın hesaplanmasındaki yöntem farkına aşağıda zarar bahsinde değinilmiştir.

²⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1493, 1497; NOMER, pn. 179.

temerrüt buradan ayrı tutulur ve diğer bütün haller gereği gibi ifa etmeme başlığında toplanır. Gereği gibi ifa etmeme, borç ilişkisindeki asli edim ve yan edim ayrımında esasen yan edim yükümlülüklerine aykırılıkta, ifa modalitelerine yani ifanın muhatabına, yerinde ve sözleşme koşullarına uygun olarak ifa edilmemesinde karşımıza çıkar²⁰⁶. Ayıplı ifa durumları bunun en yaygın görünüm şeklidir ve bunlara ilişkin özel hükümler mevzuatın çeşitli yerlerine serpiştirilmiştir.

Alacaklı, miktar, nitelik veya yer itibarıyla sözleşmeye uygun düşmeyen dolayısıyla gereği gibi olmayan ifayı kural olarak kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda borçlu için, edimin niteliğine göre imkânsızlık veya ifada gecikme ve bunun takibinde şartları gerçekleşirse temerrüt durumu gündeme gelir²⁰⁷. Buna karşın alacaklı, gecikmiş bir ifayı kural olarak kabul etmek zorundadır. Alacaklı gereği gibi sunulmayan ifayı kabul etmek zorunda olmasa da kabul de edebilir ve bunun sonucunda bir zarar ortaya çıkarsa borçludan tazminat talep edebilir²⁰⁸. Yalnız bu durumda güven teorisi çerçevesinde gereği gibi olmayan ifayı kabul etmek, tazminat hakkını kuşkulu duruma düşürebileceğinden bu hakkı saklı tutarak ifanın kabul edilmesi yerinde olur. Nitekim TBK m. 131/2 ve 179/2 hükümleri, temerrüt faizi ve ceza koşulunun istenebilmesi için saklı tutulma veya çekince konulmasını gerektirmektedir.

Sözleşmenin içeriğini oluşturan yükümlerden olan yan edimlerin kaynağı yasa olabilir veya bu edimler dürüstlük kuralı ışığında sözleşmenin yorumundan da çıkarılabilir²⁰⁹. Her nasılsa yan edim yükümlerine aykırılık halleri, alacaklıya teslim edilen şeyde üçüncü kişinin üstün hak ileri sürmesi, edimin niteliğine uygun olmayan ifanın alacaklıya zarar vermesi, gereği gibi ifa etmeme kavramının içinde kalır. Ancak tarafların birbirlerini koruma, özen gösterme gibi edim niteliği taşımayan yan yükümlerinin ihlalinin de gereği gibi ifa etmeme kavramı kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilmelidir. Bu tür yükümlere aykırılık sebebiyle ortaya çıkan zararın haksız fiil değil de sözleşmeye aykırılık alanında incelenmesi yirminci asrın

²⁰⁶ ARAL, s. 74; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 68. Krş. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1308.

²⁰⁷ Aynı sonuç yanlış ifa olarak nitelendirilen aliud ifa halinde de geçerlidir. İfa konusu şey, borçlanılan edim konusu şeyin dahil bulunduğu çeşit ve türün tipik unsur ve niteliklerini göstermediği takdirde aliud ifa söz konusudur. Alacaklı aliud ifayı reddetmek suretiyle borçluyu temerrüde düşürebilir. Bkz. EREN, s. 942, 1074.

²⁰⁸ NOMER, pn. 185.6.

²⁰⁹ KILIÇOĞLU, A., s. 844; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1541, dn. 467.

başlarından itibaren gelişim göstermiştir. Şöyle ki, satıcının hastalıklı bir hayvan teslim etmek suretiyle alıcının sürüsüne hastalık bulaştırması, boyama işini yüklenen yüklenicinin boya işini en iyi şekilde yapmasına rağmen antika vazonun kırılmasına sebep olması gibi hallerde zararın sözleşmesel temelde tazmininin mümkün olup olmayacağı konusunda BGB'nin yürürlüğünün ilk zamanlarında ortaya çıkan tereddüde karşı, ilk defa 1902 yılında 26. Alman Hukukçular Günü Anma Yayınında STAUB, "Akdin Müspet İhlali ve Hukuki Sonuçları" adlı²¹⁰ makalede yasanın boşluklarını²¹¹ ele almış ve akdin müspet ihlali kavramını²¹² ortaya atarak bu gibi hallerde zarar uğrayana zararını giderme talebinin verilmesini teklif etmiştir. Kapsamlı bir tartışmadan sonra bu kavram ve hukuki sonucu olarak zarara uğrayanın sözleşmesel temelde tazminat talep edebilmesi teori ve uygulamada kabul görmüştür²¹³. Alman hukukunda 2002 yılında yapılan reformla birlikte, akdin müspet ihlali bir yükümlülük ihlali olarak mevzuatta da dikkate alınmıştır²¹⁴. Sonuç olarak sözleşme taraflarından birinin sözleşmenin amacını tehlikeye düşürecek ya da kısmen veya tamamen ortadan kaldıracak davranışlardan

²¹⁰ STAUB, Hermann, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, I. Guttentag, Berlin 1902, ss. 31-56 (Naklen: LEHMANN, Heinrich, Die Positiven Vertragsverletzungen, Archiv für die civilistische Praxis, 96. Bd., H. 1, Y. 1905, ss. 60-113, <https://www.jstor.org/stable/41039420>, (Erişim T. 25.05.2022), s. 60, dn. 1).

²¹¹ Staub, BGB'de imkansızlık ve temerrüt tarzındaki sözleşme ihlalleri hakkındaki düzenlemelerin yanında yer almak üzere üçüncü bir kategori oluşturmuş ve temerrüt ve imkansızlık dışında kalan borcun ihlali hallerini akdin müspet ihlali kavramı altında toplamıştır.

²¹² Staub'un akdin müspet ihlali terimini tercih etmesinin sebebi olarak, imkansızlık ve temerrüt halinde borçlunun yapmakla yükümlü olduğu şeyi yapmaması söz konusu iken, bu kavram altında toplanan hallerde müspet bir fiille sözleşmeye aykırı hareket edilmesi gösterilmektedir, bkz. LEHMANN, s. 62; von TUHR/ESCHER, §68, IV, dn. 84; TANDOĞAN, s. 402; TEKİRAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 974; TUNÇOMAĞ, s. 452; EREN, s. 1070; ARAL, s. 78.

²¹³ ARAL, s. 79. Tazminatın dayandırılması gereken hukuki zeminin belirlenmesi konusundaki görüşler için bkz. LEHMANN, s. 63 vd.; genel olarak sözleşme hukukunun benimsendiği yönünde SEROZAN, Rona, "Culpa In Contrahendo", "Akadin Müspet İhlali" Ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, Y. 1968, C. 2, S. 3, (Kıs. SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi), ss. 108-129, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/14093>, (Erişim T. 18.05.2022), s. 112; ULUSAN, s. 8; GÜNDÜZ, s. 140.

²¹⁴ "1902'de akdin müspet ihlalinin "keşfedilmesi"nden bu yana, müspet sözleşme ihlaline ilişkin ispat yükünün nasıl dağıtılacağı tartışma konusu olmuştur. Özellikle, imkansızlık sorumluluğuna uygulanan eski § 282 hükmünün müspet sözleşme ihlaline uygulanıp uygulanmayacağı merak konusu olmuştur. İctihat, şimdiye kadar bu soruyla ilgili çeşitli şekillerde farklılaşmıştır. İlk planda, ispat yükünü risk alanlarına göre dağıtan, ancak somut uyumsuzlukta sözleşmelerin doğasına göre daha da farklılaşan bir konsept izlenmiştir. BGH, borçlar hukuku reformundan sonra bile buna bağlı kalmaktadır. Öğreti bu yaklaşımı izlemediği sürece, ya eski § 282 versiyonun doğrudan uygulanabilirliğini, en azından kötü ifa durumlarında, savunur ya da son zamanlarda sonuca ilişkin yükümlülükler ve davranışa ilişkin yükümlülüklerin arasındaki ayrımın artan bir ağırlık kazanması şeklinde ispat yükünün dağılımı için başka kriterler arar. Bu, Fransız pratiğinde "obligations de moyens" ve "obligations de résultat" arasında geliştirilen ayrıma karşılık gelir.", bkz. MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280, kn. 148.

kaçınmak konusundaki genel vazifelerini ihlal etmesi akdin müspet ihlali olarak tanımlanabilir²¹⁵.

Meseleye İsviçre-Türk hukuku açısından bakıldığında gereği gibi ifa etmeme ile akdin müspet ihlali kavramları arasında geçişlerin olduğu, kavramların birbirinden ayrıştırılmadığı belirtilmelidir²¹⁶. Dahası İsviçre-Türk hukuk sisteminde akdin müspet ihlali kavramına ihtiyaç bulunmadığı, gereği gibi ifa etmeme ifadesinin daha kapsayıcı olduğu da savunulmaktadır²¹⁷. Çünkü İsviçre-Türk hukukunda, 01 Ocak 2002 tarihinden önceki BGB'deki gibi akdin müspet ihlali adı altında toplanan olaylar yönünden bir boşluk bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu kavramın yanıltıcı olduğu da belirtilmektedir. Zira sözleşmenin ihlalinin aslında yapmama yoluyla da gerçekleşebiliyor olmasına rağmen (örneğin, satılan bir hayvanı beslemeyerek ölümüne neden olmak), akdin müspet ihlali ifadesi, sözleşmeye aykırılığın olumlu eylem yoluyla gerçekleştiği fikrini yaratır. Bu sebeple kullanılması uygun değildir²¹⁸.

Öğretide ayrıca akdin müspet ihlali kavramından öte borcun gereği gibi ifa edilmemesi kavramını da yetersiz bulan ve aslında meselenin edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi ortak temelinde çözülmesi gerektiği de savunulmaktadır²¹⁹.

Bize göre ifa imkansızlığı ve temerrüt dışındaki borca ayrılık hallerini ifade etmek üzere akdin müspet ihlali kavramının kabul edilmesi; gereği gibi ifa etmeme ifadesi yine de

²¹⁵ TANDOĞAN, s. 401; ULUSAN, s. 8; GÜNDÜZ, dn. 128. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi, bkz. EREN, s. 1071; İZVEREN, s. 1185. "Türk hukukuna göre hatalı veya sır saklama yükümüne aykırı banka bilgisi verilmesi sözleşmenin müspet ihlalinin oluşturur ve bankanın BK m. 96 vd. uyarınca sözleşmesel sorumluluğu söz konusu olur": bkz. ALTOP, s. 59.

²¹⁶ Bu anlamda REİSOĞLU, s. 351 vd., (Üçüncü Bölüm, Ayrım II, §III, III)'de verilen örneklerle bakılabilir. İsviçre hukuku öğretisinde akdin müspet ihlalinin anlamlandırılma tarzları şu şekilde özetlenebilir: a) imkansızlık ya da temerrüt söz konusu olmadığı sürece, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesini akdin müspet ihlali olarak nitelendirmek, b) sadece sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlali için akdin müspet ihlali kavramını kullanmak, c) imkansızlık ya da temerrüt söz konusu olmadığı sürece, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesini akdin müspet ihlali olarak nitelendirmekle birlikte yapmama yükümlülüklerini bu kavramın dışında tutmak, d) imkansızlık ya da temerrüt söz konusu olmadığı sürece, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesini akdin müspet ihlali olarak nitelendirmek ve öncelenmiş temerrüt olarak adlandırılan vade tarihinden önce ifanın gerçekleştirilmeyeceği beyanını da bu kavrama dahil etmek, bkz. KOLLER, § 45, pn. 6.

²¹⁷ von TUHR/ESCHER, §68, IV, s. 107; CUENDET, kn. 99; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1543; TUNÇOMAĞ, s. 452; KILIÇOĞLU, A., s. 805; EREN, s. 1071; ERBEK ODABAŞI, s. 104, dn. 160; TIRYAKI, s. 273, dn. 27. Yöneltilen eleştirilere rağmen, temerrüt ve imkansızlık dışında kalan sözleşme ihlallerini akdin müspet ihlali üst kavramı altında toplamak gerektiği yönünde bkz. ARAL, s. 105.

²¹⁸ KOLLER, § 45, pn. 6.

²¹⁹ SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 121 vd.; SEROZAN, Kavramlar, s. 34.

kullanılacak ise bunun, yan edim yükümlerine aykırılık olarak akdin müspet ihlali içinde yer alan daha dar bir alan için kullanılması daha isabetli bir yaklaşımdır²²⁰. Daha açık olarak gereği gibi ifa etmeme ile kötü ifa terimleri aynı anlamda ve edim yükümlerine aykırılıkla ilişkili görülmelidir.

c. Sözleşmesel Sorumluluk Alanını Genişleten Kuramlar

Hatırlatmakta fayda vardır ki bu kuramları doğuran gereksinim, sorumluluk hukukunun yeknesak bir görünüm arz etmemesi, haksız fiil ile sözleşmelerin sorumluluk hukukunun iki ayrı sütununu oluşturmasıdır. Bu ayrışma zamanaşımı, kusur ve illiyet bağının ispatı, yardımcılarından sorumluluk konularında sözleşmesel sorumlulukta zarar görenin daha lehine bir durumun bulunmasında görülür. Bu başlık altında değinilecek olan kuramlar mümkün olduğunca ilk bakışta haksız fiil sorumluluk alanına girmesi beklenen birtakım vakıalarda, (ki özellikle doğuş anları bakımından, sözleşme öncesi, sözleşme sırası ve sözleşme sonrası koruma yükümlerinin ihlali halinde) zarar görenin taleplerinin sözleşmesel sorumluluk zemininde değerlendirilmesini amaçlar. Buna göre sözleşmeye aykırılık hem sözleşme öncesini hem sözleşmeyi hem de sözleşme sonrasını içine alan bir kavramdır ve bu üç aşama birbiri ile yakından ilgilidir²²¹. Pandekt hukukundan beri sözleşme öncesi kusur, culpa in contrahendo; sözleşmenin ifasında kusur, culpa in solvendo; sözleşme sonrası sorumluluk, culpa post pactum perfectum olarak adlandırılmaktadır²²². Bu kuramlar vasıtasıyla bir yandan sözleşme öncesi aşamada gerçekleşen birtakım haksız fiil olguları ile özel bir koruma normu bulunmadıkça haksız fiil hükümleriyle korunamayan birtakım saf mal varlığı zararlarının sözleşmesel sorumluluk alanına çekilmesine çalışılır.

aa. Culpa in Contrahendo

²²⁰ Akdin müspet ihlalini teriminin kullanılmayıp üst kavram olarak gereği gibi ifa etmeme terimiyle yetinilebileceği; eğer kullanılacaksa bunun ayıp ve zapt halleri dışında kalan yan borç ihlallerinde ve gereği gibi ifa etmemenin alt bölümü olarak tercih edilebileceği yönünde bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §26, pn. 37.

²²¹ **TOPUZ, Murat**, *12 Bankaya Karşı 3 Kat Tazminat Davasına İlişkin Yeni Yaklaşımlar*, ss. 77-86, (Edt. ÇAKIR/TOKBAŞ/ÜÇİŞİK/ZAFER) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2018, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, (Kıs. TOPUZ, 3 Kat Tazminat), s. 79.

²²² **TOPUZ**, 3 Kat Tazminat, s. 79.

Sözleşme sorumluluğundan söz açtığımızda esasen bir ön kabulden hareket edilir: geçerli olarak bir sözleşme ilişkisi kurulmuştur ve bu ilişkide borçlu yükümlülüklerine aykırı davranmıştır. Ancak henüz sözleşmenin kurulmadığı fakat tarafların birbiriyle bu ilişkiyi kurmak için müzakereye geçtiği aşamada çeşitli sebeplerle taraflar birbirlerine zarar vermiş olabilir. Daha öneri ve kabul beyanları yapılmadığı aşamada dürüstlüğe ve iş hayatındaki genel anlayışa göre kişi muhatabına esası olmayan bir güven uyandırmamalı, onun şahıs ve malvarlığı değerlerini olası zarar tehlikelerinden korumalıdır. Bu çerçevede muhataba gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmamak, gizlendiği takdirde aldanmasına sebep olabilecek hususlar hakkında bilgi vermek, halin icabından doğan uyarıları yapmak ve gerekli tedbirleri almak gibi yükümlülükere uygun davranılmalıdır. Bu tür yükümlülüklerin kusurlu olarak ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan²²³ sorumluluğu ifade etmek üzere culpa in contrahendo²²⁴ sorumluluğu terimi kullanılmaktadır²²⁵. Bu yönüyle culpa in contrahendo sorumluluğu, akdin müspet ihlalinin izahında başvurulacak davranış yükümlerinin sözleşme öncesi

²²³ Aşağıda zarar bahsinde değinildiği üzere sözleşmesel sorumlulukta olumlu ve olumsuz zarar ayrımı yapılmaktadır ve burada ifade edilen zarar olumsuz zarardır. Alman hukukçu Jhering, esaslı yanılmanın yol açtığı irade uyumsuzluğu nedeniyle hükümsüz olan sözleşmelerde, yanılan tarafın kusuruyla karşı tarafı zarara uğratmış olduğu durumlarda ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından ve yine mutlak bir hak ihlali de söz konusu olmadığından bu tür zararları gidermek noktasında kanun boşluğu bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Adil görünmeyen bu vaziyet için sözleşmenin geçerliliğine güvenen kimsenin uğradığı zararın olumsuz zarar adı altında ve Roma hukuku kaynaklarına dayandırdığı culpa in contrahendo teorisiyle sözleşmesel temelde giderilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GEZDER, Ümit**, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 5 vd.; **ERGÜNE**, s. 77 vd.; **GÜNDÜZ**, s. 35 vd.

Jhering'in teorisini şu cümlelerle özetlediği belirtilmektedir: “Sözleşmesel özen (*contractlichen diligentia*) kuralı hem olmuş olan hem de olacak olan sözleşme ilişkileri için geçerlidir ki bu kuralın ihlali her iki durumda da tazminat için sözleşmesel davaya esas teşkil edecektir.”, bkz. **GEZDER**, s. 6.

²²⁴ Latince olan bu tabir, kelime anlamı itibarıyla bir sorumluluk türüne değil, sadece özel bir zamandaki kusura işaret eder. Culpa kelimesi kusuru, contrahendo ise akdetmeyi karşılamakta ve böylece culpa in contrahendo ifadesine sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusur; sözleşmenin müzakereleri sırasındaki sorumluluk; akit öncesi sorumluluk; sözleşmenin görüşülmesinde kusur; sözleşmenin akdedilmesi sırasındaki kusur gibi anlamlar yüklenmektedir, bkz. **GEZDER**, s. 10-11; **DEMİRCİOĞLU**, CiC, s. 41. Kavram üzerinde ünlü Pandekt hukukçusu Rudolf von Jhering tarafından ilk kez bir teori olarak çalışıldığı anlaşılmaktadır, bkz. **GEZDER**, s. 7; **DEMİRCİOĞLU**, CiC, s. 54; **ÇAKIRCA**, s. 38 vd.; **KALKAN OĞUZTÜRK**, s. 89; **ERBEK ODABAŞI**, s. 111; **GÜNDÜZ**, s. 35 vd.

²²⁵ **TANDOĞAN**, s. 403; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1553; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 976; **AKÜNAL**, s. 225; **SEROZAN**, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 109 vd.; **NOMER**, pn. 203; **AYBAY**, s. 144. Bu türden sorumluluğun tarihi gelişimi için bkz. **ARIKAN, Mustafa**, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, *SÜHFD*, Y. 2009, C. 17, S. 1, ss. 69-89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262715>, (Erişim T. 26.05.2022), s. 70 vd.; **ULUSAN**, s. 16 vd.; **DURAK**, s. 263; **AYDINLI**, s. 77.

aşamada, diğer deyişle sözleşme kurma girişimi, müzakere ve pazarlık aşamasında ihlal edilmesi olarak görülebilir²²⁶.

Hukukumuzda culpa in contrahendo sorumluluğunu düzenleyen bir genel hüküm bulunmasa da çeşitli hükümlerde bu sorumluluk türüne örnek teşkil eden durumlar²²⁷ karşımıza çıkmaktadır. Bu tür zararların hangi esaslara göre giderilmesi gerektiği öğretide tartışmalara neden olmuşsa da bugün için sözleşmesel sorumluluk alanına çekilmesi kabul görmektedir²²⁸. Bunun doğal sonucu, on yıllık zamanaşımının uygulanması, zarara sebep olanın kusursuzluğunu ispat yükünü taşıması, yardımcı kişinin verdiği zararı tazmin yükümlülüğünden gerekli özenin gösterildiğinin ispat edilerek kurtulunamamasına ilişkin hükümlerin uygulama bulmasıdır²²⁹.

bb. Culpa Post Pactum Perfectum

Culpa post pactum perfectum olarak isimlendirilen sorumluluk türü, culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşmenin sona ermesinden sonraki evredeki izdüşümü, o aşamadaki görünüm tarzı olarak ifade edilebilir²³⁰. Dürüstlük kuralı gereğince bazı durumlarda sözleşmenin niteliği ve şartları, sözleşmenin sona ermesinden sonra da bir takım koruma yükümlerinin varlığını haklı kılabilir. Sözleşme ilişkisinde birbirlerinin herkese açık olmayan alanlarına girebilmiş olan tarafların sözleşme sona erdikten sonra birtakım sırları saklama gibi sadakat yükümlülükleri sözleşmenin sona ermesinden

²²⁶ SEROZAN, Kavramlar, s. 39; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1552. Culpa in contrahendo sorumluluğunun şartları hakkında detaylı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, CiC, s. 177 vd.

²²⁷ TBK m. 35 hükmünde düzenlenen yanılmada kusur halinde yanılanın sorumluluğu; m. 47 hükmünde düzenlenen yetkisiz temsilcinin sorumluluğu; TMK m. 452 hükmünde düzenlenen vesayet altındaki kişinin sorumluluğu belirtilebilir. Ayrıca bkz. ARIKAN, s. 77 vd., DEMİRCİOĞLU, CiC, s. 73; ÇAKIRCA, s. 41. İşçi veya işverenin sözleşme görüşmeleri safhasında birbirlerini yanıltması durumunda İş Kanunu m. 24, 25/IIa'ya göre haklı nedenle fesih ve m. 26 uyarınca tazminat isteme haklarını culpa in contrahendo örnekleri olduğu yönünde bkz. AYDINLI, s. 82.

²²⁸ FEYZİOĞLU, s. 153; KOLLER, § 46, pn. 5; KIRCA, s. 148; ALTOP, s. 88; TIRYAKİ, s. 274.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun haksız fiil veya sözleşmesel sorumluluğun geleneksel kurallarına bağlı olmadığı, burada yasa boşluğunun doldurulması faaliyetinin söz konusu olduğu ve bu sorumluluğu kendine özgü bağımsız bir sorumluluk olarak görmek gerektiği yönünde bkz. GEZDER, s. 98. Bu görüşe uygun bir örnek olarak, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltan sınırlı ehliyetsizin culpa in contrahendoya dayanan sorumluluğu hakkında, onu koruma düşüncesiyle daha elverişsiz olan haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı fikrinin (bkz. NOMER, pn. 203.6.) gösterilebileceği kanaatindeyiz.

²²⁹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1559; SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi, s. 110; SEROZAN, Kavramlar, s. 40 vd.

²³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 38, dn. 14.

sonra devam eden koruma yükümlerinin önemli bir örneğini oluşturur²³¹. Böylece sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerinin ihlalinin de sözleşmesel sorumluluk hükümlerine tabi tutulması savunulmaktadır²³².

cc. Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkileri

Bir borç ilişkisinde konusu daha baştan belirlenmiş yapma, yapmama veya verme şeklindeki edim yükümlülükleri dışında özen ve davranış borcu olarak ifade edilen yan borçların bulunduğuna değindik. İşte bu kavramların ifade etmeye çalıştığı hukuki durumun kapsamını birleştiren ve genişleten bir ifadeyle, edim yükümünden bağımsız borç kavramı türetilmiştir. Bu öğretinin gelişmesinde Larenz ve Canaris'in çabası büyüktür²³³.

Edim yükümden bağımsız bir borç ilişkisi taraflar arasında özel bir güven bağının tesis edilmesiyle gündeme gelir. Kimseye zarar verme genel buyruğunu esas alan haksız fiil sorumluluğu karşısında sözleşmesel sorumluluğa kapı aralanabilmesi güçlü bir gerekçeye muhtaç olup taraflar arasındaki özel bir güven, bu gerekçeyi karşılamaktadır²³⁴. Güven bağının, hukuken korunmaya değer yoğunlukta olan bir temasın gerçekleşmesine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Larenz, bu durumu işlemsel temas ifadesiyle dile getirmekte ve özel güven bağını sözleşme görüşmelerinin başlamasından itibaren değil, alışveriş yapma niyeti olmasa bile ürünleri incelemek, fiyatlarını öğrenmek gibi amaçlarla temasın gerçekleştiği andan itibaren başlatmaktadır.

²³¹ **ALTOP**, s. 41. Özen yükümlülüğü işin görülmesi sona erince ortadan kalktığı halde; sadakat yükümü iş bittikten sonra da devam eder, bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 670. Bir işçi çalıştığı işyerinde ne gibi malların üretildiğini, nasıl pazarlandığını, nasıl bir ticari yönetimin izlendiğini ve rekabet ilişkilerinin düzeyini öğrenebilir. İşçi sözleşme devam ederken sadakat borcunun uzantısı olarak işverene zarar verecek şekilde onun sırlarını kullanmama, üçüncü kişilere aktarmaktan kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin rekabet yasağına ilişkin bir anlaşma yapılmamış olsa bile hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraya yansıdığı kabul edilmektedir. Bkz. **AYDINLI**, s. 86; **İNAL**, s. 805. Sağlık personelinin sadakat yükümü, sözleşme esnasında olduğu gibi sözleşme sonrası dönemde de etkili olmaktadır. Özen gösterme ve sadakat borcu olarak beliren koruma yükümlülüğü, niteliği yönüyle yan yükümler arasında yer almaktadır. Sözleşme sonrası koruma yükümlerinden sadakat borcunun gereği olarak sır saklama borcu alanında sağlık personeli, hastası hakkındaki hastanın kişisel özelliklerini, aile ilişkilerini, vücut veya psikolojik özelliklerini mesleki sırlar kapsamında saklayacak ve üçüncü şahıslara açıklayamayacaktır. Bkz. **İNAL**, s. 830-835; **NARTER**, s. 153.

²³² **SEROZAN**, Kavramlar, s. 42; **ATAMER**, Üçüncü Kişi Zararı, s. 104; **İNAL**, s. 831; **ALTOP**, s. 46-47; **DEMİRCİOĞLU**, CiC, s. 155. Krş. **CUENDET**, kn. 12.

²³³ **ATAMER**, Üçüncü Kişi Zararı, s. 105.

²³⁴ **BAŞALP**, s. 151.

Ancak ısınmak, sığınmak gibi amaçlarla bir temasın gerçekleştiği durumlarda bunu işlemsel temas kavramının içinde değerlendirmemektedir²³⁵.

Canaris, edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi kuramını sözleşme görüşmeleri aşamasının dışına taşıyarak, kurulmuş fakat daha sonra geçersiz hale gelmiş sözleşmelerde bile asli edim yükümlülüğü olmayan borç ilişkisinin varlığını koruyacağı sonucuna varmıştır²³⁶.

Tarafların işlemsel temasa veya sözleşme kurmak amacıyla görüşmeye başladıkları anda birbirlerinin kişilik değerlerine ve malvarlığına zarar verebilme ihtimali ve tehlikesi doğmaktadır. Bu safhada taraflardan her biri, diğer tarafın kendisine zarar vermeyeceğine ve makul ve dürüst şekilde davranacağına ilişkin hukuk düzeni tarafından korunması gereken bir güven beslemektedir. Edim yükümlülüğünden bağımsız şekilde olduğu savunulan ve yalnızca koruma yükümlülükleri içeren borç ilişkisi, doktrin tarafından edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak adlandırılmaktadır²³⁷. Bu teori, sözleşmesel sorumluluğu genişletme çabasında sözleşme görüşmelerinin başlamasından önceki evreyi de kapsayarak culpa in contrahendonun ve geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda taraflar arasında özel güven bağı tesis edildiyse edim dışı borç ilişkisinin var olacağını kabul ederek akdin müspet ihlali teorisinin açık bırakabileceği alanı doldurması bakımından önemlidir²³⁸.

dd. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme

Üçüncü kişi, hukuki bir işlemin tarafları ile onların halefleri dışında kalan kimselerdir. Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince genel kural sözleşmeden doğan borçların üçüncü kişilere etki etmemesidir. Bu kuralın istisnası olarak görülen hallerden biri,

²³⁵ ERGÜNE, s. 114, dn. 137; ERBEK ODABAŞI, s. 114.

²³⁶ CANARIS, Claus Wilhelm, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, Juristen Zeitung, 13. August 1965, S. 15/16, ss. 475-482, <https://www.jstor.org/stable/20807608>, (Erişim T. 25.05.2022), s. 477.

²³⁷ ARAL, s. 52-53; ERGÜNE, s. 115; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 106; GÜNDÜZ, s. 41; KIRCA, s. 158-159; DEMİRCİOĞLU, CiC, s. 126.

²³⁸ ÇAKIRCA, s. 52 vd.; GÜNDÜZ, s. 41. Sorumsuzluk anlaşması yönünden sonuçları için bkz. BAŞALP, s. 152 vd. Ancak öğretide bu teori aracılığıyla haksız fiil hükümlerinin büyük oranda sözleşmeye aykırılık hükümleri içinde eritilmesi tehlikesine işaret edilmiş ve teorisinin sınırlarının iyi belirlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır, bkz. OĞUZMAN/ÖZ, kn. 142.

üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramıdır²³⁹. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı borçlunun, koruma yükümlerini alacaklıya karşı olduğu kadar alacaklının koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlıkları dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz olan üçüncü kişilere de yaymayı ifade eder. Böylece borçlunun edim borcuna veya koruma yükümlerine aykırı davranışı sonucunda zarar gören üçüncü kişilerin de genel haksız fiil kurallarına göre değil, doğrudan doğruya sözleşmesel temelde tazminat isteyebilmesinin önü açılmaktadır²⁴⁰.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin hukuki dayanağının tespit edilmesi, bu korumadan yararlanacak üçüncü kişileri belirleme ve böylece bu tür bir sorumluluğun sınırlarını çizme bakımından en önemli tartışmalı konuyu teşkil etmektedir. Bu hususta sorumluluğun üçüncü kişi yararına sözleşmeye dayandığı; bir sözleşme ilişkisinde sözleşmesel bir boşluğa ve bunun tamamlayıcı yorum ile doldurulmasına dayandığı; yasal bir boşluğa ve bu boşluğun örf ve adet kuralları ile tamamlanmasına dayandığı; yasal boşluğun hakim tarafından yarattığı hukuka göre tamamlanmasına dayandığı; dürüstlük kuralından kaynaklanan bütünlük menfaati ve koruma yükümlülüklerine dayandığı görüşleri ileri sürülmüştür²⁴¹. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin tamamlayıcı yoruma dayandığını kabul edildiğinde sözleşmenin geçersiz olması veya sözleşme görüşmeleri esnasında üçüncü kişinin zarar görmesi halinde, üçüncü kişi koruyucu etki alanına dahil edilemeyecektir. Bu noktada Canaris tarafından “tek tip koruma ilişkisi” teorisi geliştirilmiştir. Buna göre tüm koruma yükümlülükleri, işlemsel temas ile başlayan ve birkaç aşamada konsolide edilen tek tip bir koruma ilişkisine dayanır ve tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkar. Bu nedenle doğası gereği yasaldir – geçerli ve yürürlükte olan bir sözleşmeden bağımsız olarak- ve gerekçesini güven kavramında ve pozitif yasal dayanağını dürüstlük kuralında bulur. Böylece sözleşmenin

²³⁹ Bu kuramın bu isim altında ilk kez Karl Larenz'in 1953 tarihli Borçlar Hukuku kitabının ilk basısında anıldığı belirtilmektedir, bkz. **BAŞALP**, s. 138, dn. 122. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramı Almanya'da öncelikle üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin geniş yorumlanmasına dayandırılmış ancak daha sonra üçüncü kişi yararına sözleşmeden bağımsız bir kurum olarak kaynağının dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **CANARIS**, s. 477 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, kn. 1274.

²⁴⁰ **EREN**, s. 1085, ve dn. 134; **ARAL**, s. 190; **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 113; **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 329.

²⁴¹ Bu hususta ayrıntılı bir değerlendirme ve için bkz. **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahıs, Kısım II, §8. Yine bkz. **SONNENSCHNEIN, Jürgen**, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunları, (Çev. KARAPINAR, İsmail), *UÜİBD*, Y. 1984, C. V, S. 1, ss. 255-282, https://acikerisim.uludag.edu.tr/bitstream/11452/20655/1/5_1_25.pdf, (Erişim T. 25.05.2022), s. 260 vd.; **AKYOL**, s. 54 vd.; **ATAMER**, Üçüncü Kişi Zararı, s. 108 vd.; **KIRCA**, s. 84 vd.

kurulmasından önceki ve sonraki koruma yükümü ihlalleri tek bir olguda birleştirilmiş olur²⁴². Canaris'e göre üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin teorik izahı, güven kuramı temeline oturtulmalı ve taraflar kadar üçüncü kişiler de taraflarla olan yakınlıkları sebebiyle bu güvenin ihlalinden doğan zararlarının tazminini ihlal eden taraftan isteyebilmelidir²⁴³. Alman Federal Mahkemesi'nin sebze yaprağı kararında bu görüşe uygun bir sonuca varıldığı görülmektedir²⁴⁴.

Hukukumuzda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, satıcı bayi tarafından arızalı bir tüpün satıldığı bir satış sözleşmesi ilişkisinde, alıcının yardım talebi üzerinde gerekli önlemleri almak için gelen üçüncü kişinin gaz kaçağı sebebiyle yaşanan patlamada uğradığı zararın tazmini talebinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olacağına içtihat etmiştir²⁴⁵.

Öğretide bu teoriye göre koruma kapsamına girecek üçüncü kişilerin belirlenmesinde, üçüncü kişinin edime yakın bulunması ve dolayısıyla edimin getirdiği tehlikelere maruz kalması; borçlunun, üçüncü kişilerin korunan kişiler arasında bulunduğunu öngörebilir olması; üçüncü kişinin alacaklı ile paralel menfaatlere sahip bulunması kriterleri aranmaktadır²⁴⁶.

²⁴² CANARIS, s. 479.

²⁴³ CANARIS, s. 480.

²⁴⁴ Şöyle ki dava konusu olayda, davacı küçük, annesi ile satıcının arasında henüz sözleşme ilişkisinin kurulmadığı bir aşamada dükkan içinde bulunan sebze yaprağına basarak düşmüş ve sonucunda dizinde ameliyat gerektiren bir yaralanma yaşamıştı. Mahkeme, davacının tazminat talebinin kabulünde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramının olayda uygulama bulmasını kabul etmiştir. Burada davacının annesi ile satıcı arasında sözleşme müzakerelerinin esasen tamamlandığını, kaza anında sözleşmenin kurulmuş olmamasının kesin bir önemi olmadığını, sözleşmeye dayalı sorumluluğu –son aşamada sözleşmenin kurulup kurulmadığını inceleyerek- şansa bağlı kılmanın makul olmayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. **BGH**, 28.01.1976, VIII ZR 246/74, <https://openjur.de/u/31635.html>, (Erişim T. 30.05.2022).

²⁴⁵ Uyuşmazlık konusu olayda ilk derece mahkemesi, tazminat talebine haksız fiil zamanaşımı hükümlerini uygulayarak ceza zamanaşımının dolması nedeniyle talebi reddetmiştir. Davacının temyizi üzerine Yargıtay özel dairesi satım ilişkisini temel alarak on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğine dayanarak kararı bozmuş ise de ilk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine mesele YHGK'da üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisine dayanılarak özel daire kararına uygun olarak direnme kararının bozulmasıyla çözülmüştür. Bkz. **Yarg. HGK**, E. 1992/213, K. 1992/315, T. 6.05.1992, www.hukukturk.com, (Erişim T. 30.05.2022).

²⁴⁶ **KIRCA**, s. 107; **BAŞALP**, s. 140; **DEMİRCİOĞLU**, CiC, s. 159. Öğretide etki kriteri, illiyet kriteri, özen kriterlerinin uygulanması savunulmaktadır. Etki kriterine göre borçlu, ifadan sadece sözleşmenin karşı tarafının değil üçüncü kişilerin de yararlanacağını biliyor veya bilebilecek durumda olması gerekir. Illiyet kriterin göre, ifayla doğrudan veya alacaklı vasıtasıyla temas edecek veya edebilecek üçüncü kişilerin korunması, ifada bulunanın bilgi verme, açıklama ve gerekli önlemleri alma gibi davranışlarına bağlı olmalıdır. Bu bağlantının bulunması halinde üçüncü kişiler koruyucu etkiden yararlanabilir. Özen

3. Hukuka Uygunluk Sebebinin Bulunmaması

Hukuka aykırılığı kaldıran sebeplerinin çoğu sözleşmesel konularda da etki gösterebilir²⁴⁷. Zarar gören tarafın rızası, sözleşme hukukundaki en önemli hukuka uygunluk sebebidir. Rıza, hukuka veya ahlaka aykırı olmamalıdır. Spor müsabakalarında olduğu gibi tehlikeye rıza göstermek, ihlale rıza göstermek anlamına gelmez²⁴⁸. Tıbbi müdahale de her zaman hukuka aykırı görülmelidir ve hukuka uygunluğu için tedavi gören kişinin rızası gerekir²⁴⁹. Geçerli bir rızanın elde edilebilmesi için ise hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmesi gerekmektedir²⁵⁰. İşçi, tehlikeli olan bir işyerinde çalışmayı kabul eder ve mesleki riskin gerçekleşmesi sonucu ölürse onun riski bilerek işe girdiği, zarara rızasının bulunduğu söylenemez²⁵¹.

Daha üstün nitelikte bir özel yarar da hukuka uygunluk nedenidir. Daha üstün nitelikte özel yarar, mağdura, faile veya üçüncü bir kişiye ait olabilir. İşverenin işçinin giyimine ve dış görünümüne, mal veya hizmetin sağlığa uygun koşullarda üretilmesi için müdahale edebileceği kabul edilmektedir. Bu halde, işçinin bone ve maske takması veya sakalını kesmek zorunda kalmasını hukuka uygun kılan, üçüncü kişilerin sağlığının korunmasıdır²⁵².

kriterine göre ise borçlu, alacaklıya karşı olduğu kadar üçüncü kişiye karşı da dürüstlük kuralı gereği aynı özeni göstermesi gerekir: bkz. **AYDINLI**, s. 43. Krş. **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 328-329.

²⁴⁷ **CUENDET**, kn. 171.

²⁴⁸ Spor oyununa bilerek katılan kişiler de bundan ileri gelebilecek tehlikelere katlanmayı kabul etmiş sayılmaktadırlar. Oyunun kurallarına uygun davranıldığında sürece, yapılan müdahaleler hukuka uygundur, bkz. **GENÇ ARIDEMİR**, s. 107. Nitekim Yargıtay da verdiği bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Zararı göze alma konusuna gelince, spor veya gösteri amaçlı oyun ve yarışmalara katılan kişilerin, katıldıkları oyun ve yarışmalardan doğabilecek yaralanmaları ve benzer sonuçları göze alarak katıldıkları kabul edilir. Burada verilen izinden kasıt oyunda yaralanmaya açıkça izin değil, yarışmalardan doğabilecek yaralanma ve benzer sonuçlarını görüp göze alıp oyuna ve yarışmaya katılmasıdır. Sporcu oyuna ve yarışmaya katılırken, oyun kuralları çerçevesinde meydana gelebilecek normal yaralanmalara izin verdiğinin kabulü gerekir, yoksa oyun kurallarına uymayan eylemlerle karşıdaki sporcuya verilen zararlar için izinden bahsedilmesi mümkün olmayıp söz konusu eylem sporcunun kişilik haklarına yapılan bir saldırı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.”, **Yarg. HGK**, E. 2013/4-364, K. 2013/1543, T. 06.11.2013, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 15.08.2024).

²⁴⁹ **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 640; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 37.

²⁵⁰ **GENÇ ARIDEMİR**, s. 107. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 51 vd.; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 36 vd.

²⁵¹ **GÖKYAYLA, K. Emre**, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 258.

²⁵² **GENÇ ARIDEMİR**, s. 108.

Kanunun verdiği yetkiyi kullanma da sözleşme hukukunda özellikle özel hukuktan doğan bir yetkiyi kullanma bağlamında öne çıkar. İntifa hakkı, rehin hakkı gibi özel hukuk hakları ile genel olarak sözleşmeden doğan hak ve yetkilerin usulüne uygun olarak kullanılmış olması, bundan kaynaklanan sözleşme ihlali iddialarını hukuka uygunluk sebebi olarak akim bırakır²⁵³. Yine borca aykırılık olarak görülen bir ifa etmeme durumu, örneğin bir “geciktirici defî”ye dayanıyorsa borca aykırılık gerçekleşmemiş olur²⁵⁴. İşçinin ücretinin yirmi gün içinde ödenmemesi ve bunun mücbir bir sebepten kaynaklanamaması halinde İş Kanunu işçiye çalışmaktan kaçınma hakkı tanımıştır. İşverenin ücret ödeme borcunu zamanında yerine getirmemesi sebebiyle işçilerin çalışmaktan kaçınmalarının hukuka uygunluk sebebi kapsamında görülebileceği kanaatindeyiz.

Eğer zarar veren, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda yanılıyorsa, bu onun eylemlerinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Yanılma, olsa olsa kusurluluk bağlamında dikkate alınabilir. Zarar veren taraf için yanılmanın kaçınılmaz olması veya ilgili normun kast ya da ağır ihmali gerektirmesine rağmen zarar verenin kastının veya ağır ihmalinin olmaması durumunda kusur şartı sağlanamayacağından sorumluluk kabul edilmez²⁵⁵.

B. ZARAR

Sözleşmesel sorumlulukta ve hatta genel olarak sorumluluk hukukundan söz açıldığında merkez kavram, zarardır²⁵⁶. Zira sorumluluk hukuku, kişinin neden olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğünü konu alır. Özel hukuk sorumluluğu ile ceza hukuku sorumluluğunun ayırt edici özelliklerinden birisi, kişinin zarardan bağımsız olarak formüle edilmiş bir suçun unsurlarını gerçekleştirdiğinde dahi ceza ile karşı karşıya kalabilmesine rağmen özel hukuk sorumluluğunun, kural olarak bir zararın var olmasını gerektirmesidir. Özel hukuk cezası²⁵⁷ olarak ifade edilen istisnai durumlar bir kenara

²⁵³ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 643, s. 385.

²⁵⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, §26, pn. 68.

²⁵⁵ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 643, s. 385.

²⁵⁶ DESCHENAUX/TERCIER, s. 15; CUENDET, kn. 44; ARAL, s. 156; ORBAY ORTAÇ, Nurdan, Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden Veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 35.

²⁵⁷ Özel hukuk cezası, esas olarak common law hukuk sisteminin bir ürünü olup bu sistemi benimsemiş ülkelerde jürilerin, hukuka aykırı fiil dolayısıyla kişinin uğradığı zarardan daha fazlasının tazminine

birakılırsa, tazminatın amacı zararı gidermek olduğundan zarar oluşmamışsa tazminat sorumluluğu da doğmaz²⁵⁸.

Sözleşmenin ihlalinin dolaylı tali borç olarak karşımıza çıkan tazmin etme, giderme borcu öncelikle zararın belirlenmesini gerektirir. TBK, zarar ve tazminata ilişkin hükümleri yukarıda değindiğimiz üzere, haksız fiil sorumluluğu bahsinde düzenlemiş ve bu hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanacağını belirtmiştir, (TBK 114/2). Kanunun kıyasen uygulanacak hükümlerine bakıldığında dahi birçok kavramda olduğu gibi tazmin edilebilir zararın tanımının da yapılmadığı görülmektedir²⁵⁹.

Zarar maddi açıdan, çoğunlukla kabul edilen fark teorisine uygun olarak bir kimsenin malvarlığında istemi dışında meydana gelen azalma, eksilme şeklinde tanımlanmaktadır²⁶⁰. İhlalin kendisi değil, hukuki menfaatler üzerindeki ekonomik etkisi esastır²⁶¹. Bu azalma borca aykırılığın veya sözleşmenin ihlalinin bir malvarlığı üzerindeki bütün etkilerini, yani edimin değerini, yapılan masrafları ve edimin ifa edilmemesi sonucu ortaya çıkan diğer bütün kayıpları içerir²⁶². Ekonomik bir değerlendirme ile tespit edilen eksilmenin hukuki bir değerlendirme ile istem dışı olup olmadığı da belirlenmelidir. Örneğin tedavi için yapılan harcamalar görünürde istenerek yapılmış masraflar olsa da tedavi ihtiyacı kişinin iradesi dışında doğduğundan bu masraflar da zarar kapsamına girmektedir²⁶³.

hükmetmesidir. Ülkemizde de icra hukuku, rekabet hukuku gibi bazı alanlarda olduğu gibi istisnai hallerde zararı aşan miktarda tazminata hükmedebilme yetkisinin mahkemelere tanındığı görülmektedir. Bu hususta bkz. **CÖMERT AKBAY, Büşra**, Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2018, C. 4, S. 2, ss. 149-175, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594363>, (Erişim T. 12.09.2022), s. 150, 157 vd.; **GÜNDÜZ**, s. 289.

²⁵⁸ **ŞENOCAK**, Hekim, s. 74.

²⁵⁹ **LÜCHINGER**, pn. 39. Zararın tanımı, zararın hesaplanması, zararın değerlendirilmesi ve zararın tasfiyesi ile ilgili olarak her iki sorumluluk türü için de büyük ölçüde aynı ilke ve kurallar geçerlidir, **KOLLER**, s. 137 pn. 1. **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 86. Zarar kavramını açıklayan teorilere ilişkin olarak bkz. **NOMER, Haluk N.**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Basım, İstanbul 1996, (Kıs. **NOMER**, Tazminat), s. 6 vd.; **ÇAKIRCA**, s. 14 vd.; **GÜNDÜZ**, s. 18 vd.

²⁶⁰ **TANDOĞAN**, s. 63; **ARAL**, s. 156; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1295; **KOLLER**, § 46, pn. 7; **LÜCHINGER**, pn. 52; **FEYZİOĞLU**, s. 153; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 75; **ORBAY ORTAÇ**, s. 36; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 819; **BAYSAL**, s. 145.

²⁶¹ **JÄGGI**, s. 187.

²⁶² **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1296.

²⁶³ **GÜNDÜZ**, s. 7. Doktrinde hakim olan bu görüşün aksine zararın, yapılan masraflar değil vücutta meydana gelen olumsuz yöndeki değişikliğin olduğu yönündeki görüş için bkz. **NOMER**, Tazminat, s. 6.

Manevi zarar ise, duyulan acı ve derin üzüntü, çekilen ıstırap, aşağılanma gibi kişilik değerlerinde gerçekleşen azalmalardır²⁶⁴. Bu zarar türünün, maddi zararla kıyaslandığında uygulama alanının daha dar olduğu, hukuki niteliği ve hesaplanma yönteminin de tartışmalı olduğu görülmektedir²⁶⁵. Borçlunun kusurlu davranışı,

²⁶⁴ ÜNAL, Mehmet, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, *AÜHFD*, Y. 1978, C. 35, S. 1, ss. 397-437, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637584>, (Erişim T. 24.06.2022), s. 399; DESCHENAUX/TERCIER, s. 24; ŞENOC AK, Hekim, s. 76; ÇAKIRCA, s. 27.

Yargıtay sözleşmeye aykırılık nedeniyle manevi tazminatın talep edilebileceğini kabul ettiği bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Günümüz koşulları kişilik haklarına saldırı ve bu hakların zedelenmesi kavramının çok yönlü düşünülmesi gereğini ortaya koymaktadır. Zira iletişim, ulaşım, teknoloji alanındaki gelişmeler ve günlük yaşamdaki öncelikler kişilik haklarını daha da önemli hale getirmiş, bir bakıma koruma kalkanını da oldukça daraltmıştır. Buna bağlı olarak kişilik haklarının korunması da giderek daha fazla önem kazanmaya başlamıştır. Manevi tazminatın sınırlarının daha genişletilmesi yönündeki hukuksal yaklaşımların da bunun sonucu olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bu açıklamalar ışığında somut olay ele alındığında, davacıların gezi boyunca giymeyi planladıkları giysi ve kullanmayı planladıkları eşyaların kaybindan davalının sorumlu olduğu, mahkeme huzurundaki açık kabulü ile de bellidir. Manevi tazminatın unsurları açısından bakıldığında ise, davacıların dinlenme, gezi, kültürel etkinlik amacıyla gidilen yabancı bir ülkede daha ilk günden üzerlerindeki giysilerle kalmalarının onları ne denli moral çöküntüsüne uğratacağında kuşku bulunmamalıdır. Dahası geziden amaçladıkları faaliyetlere bakıldığında opera, bale gibi gösterilen özel kıyafetler gerektirdiği de düşünüldüğünde bu çöküntünün giderek elem ve ızdıraba dönüşmesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu bakımdan davacıların zararı mal varlığına ilişkin zarar olmaktan çıkmış, artık işsel yararların haledar olması olarak kendisini göstermiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki, kişisel yararın haledar olması ile mal varlığına ilişkin zarar kavramları arasındaki ince sınırın gözden kaçırılmaması gerekir. Bu sınırın belirlenmesi yasal sınırlar ölçüsünde olmalıdır. Burada manevi tazminatı gerektiren nokta eşyaların kaybindan doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılmaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır. Bunun insanın ruh dünyasında yaratacağı sarsıntıdır.”, **Yarg. HGK**, E. 2001/11-1161, K. 2001/1152, T. 12.12.2001, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 21.01.2024).

²⁶⁵ Kavram hakkında ve tazminatın hesaplamasına ilişkin iki aşamalı yöntem önerisi için bkz. **ANTALYA**, Manevi, s. 5 vd.

Hastanın ameliyat bölgesinde spanç unutulması vakasında, hekim hatası iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin bir uyuşmazlıkta Yargıtay dava temelinin vekalet sözleşmesine dayandığını kabul etmiş ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “ (...) 4. Şahsi menfaatleri ihlal edilen kimseye duyduğu ağır manevi acıyı belli bir oranda gidermek, bozulan ruhi dengeyi onarmak, olanak dahilinde bu dengenin yeniden elde edilemesini sağlamak amacıyla yönelik olarak manevi tazminata hükmedilir. Manevi tazminatın ve kapsamının taktiri hakime ait bir hak ve görevdir. Ancak hakim bu hak ve görevini yerine getirirken Medeni Kanun'un 4 üncü maddesi hükmünü de gözetmek suretiyle hak ve nesafet ilkeleriyle bağlı kalarak tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, kusurlu eylemin mağdurda uyandırdığı elem ve ızdırabın derecesini, istek sahibinin toplumdaki yerini, kişiliğini, hassasiyet derecesini gözetmek suretiyle makul bir tazminata hükmetmelidir. 5. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; hakim, özel durumları göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Takdir edilecek bu tutar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı, onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 6. 22.06.1966 tarihli ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde, takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durum ve koşullar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim; bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde nesnel (objektif) ölçülere göre uygun (isabetli) bir biçimde göstermelidir. 7. Hakim belirlemeyi yaparken somut olayın

alacaklının kişilik hakkını ihlal ettiği takdirde ve özellikle bedensel bütünlüğünü tahrip ettiğinde alacaklı, borçludan manevi zararının tazminini isteyebilir²⁶⁶.

Maddi zarar, fark teorisi uyarınca malvarlığında bir azalma olarak ya fiili zarar ya da malvarlığının artma imkanından mahrum kalma olarak yoksun kalınan kar şeklinde gerçekleşir²⁶⁷. İsviçre-Türk hukukunda ağırlıklı olarak Mommsen'in fark kuramı çerçevesinde maddi zarar, zarara uğrayanın mevcut malvarlığı ile zarar veren olay gerçekleşmeseydi arz edeceği farazi durum arasındaki fark olarak anlaşılmaktadır²⁶⁸. Esasında fark teorisi, zararın bir tanımını değil, daha ziyade bir hesaplama yöntemini sunmaktadır. Zararın malvarlığındaki bir fark olarak tanımlanması, meydana gelen zararın hesaplanabilir hale getirilmesinin pratik gerekliliğine karşılık gelmektedir²⁶⁹.

Sözleşmenin ihlali sonucunda alacaklının hukuken korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmayı sözleşmesel zarar olarak ifade edebiliriz²⁷⁰. Bu zararın tazmini, borçlu tarafından sözleşme ihlal edilmeseydi zarar görenin malvarlığı ne durumda bulunacak idiyse o durumun yeniden sağlanmasını konu alır²⁷¹. Örneğin sözleşme ihlali temerrüt olarak gerçekleşmişse, alacaklının malvarlığının temerrüde düşülmeden önceki durumu ile temerrütten sonraki durumu arasındaki fark giderilmeye çalışılır. Bu çerçevede alacaklının, ifa zamanında edinemediği şeyin yerine kullanmak için satın

özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözetmelidir (Hukuk Genel Kurulunun 28.05.2003 tarihli ve 2003/21-368-355 ve 23.06.2004 tarihli 2004/13-291-370 sayılı kararları).”, bkz. Yarg. 3. HD., E. 2022/8098, K. 2023/1550, T. 23.05.2023, www.legalbank.net, (Erişim T. 21.08.2024).

²⁶⁶ FEYZİOĞLU, s. 154.

²⁶⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 559; FEYZİOĞLU, s. 154; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn.119; TUNÇOMAĞ, 266; ÇAKIRCA, s. 25; BAYSAL, s. 146; TOPUZ, s. 34 ve dn. 9'da belirtilen yazarlar. Fiili zarar – yoksun kalınan kar ayrımı esasen sözleşme dışı sorumluluğa özgüdür, sözleşmesel sorumluluk alanındaki rolleri ikincildir, bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1297.

²⁶⁸ ANTALYA, BHGH C. V/1, 2, pn. 449; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1296; CUENDET, kn. 103; TOPUZ, s. 43; ARAL, s. 157-158; NOMER, Tazminat, s. 8; ŞENOCAK, Hekim, s. 75; ÇAKIRCA, s. 25; GÜNDÜZ, s. 19; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 86; FELLMANN, Schadenersatz, s. 320.

Alman doktrinde ortaya konulan bir görüşe göre malvarlığında bir azalma olmasa da maddi bir zarardan bahsedilebilir. Normatif zarar olarak isimlendirilen bu görüşe göre, bazı malları kullanma imkanından yoksun kalma, bir tatil yapma imkanını yitirme, hayal kırıklığı bu kapsamdadır, bkz. FELLMANN, Schadenersatz, s. 321. Bu görüşün ortaya koyduğu zarar kalemlerinin manevi zarar alanında kalacağı eleştirisi çerçevesinde normatif zarar kavramı, İsviçre ve Türk hukukunda geniş ölçüde benimsenmemiştir. Bkz. GÜNDÜZ, s. 98.

²⁶⁹ GIGER, s. 582.

²⁷⁰ EREN, s. 1078. Krş. LÜCHINGER, pn. 55. Borcun ifa edilmemesi kapsamına giren durumlarda maddi zararın belirlenmesi hususunda bkz. TOPUZ, s. 451 vd.

²⁷¹ GÜNDÜZ, s. 24.

alma veya kiralama gibi bir yolla başka bir şey edinmek için yaptığı masraflar; alacaklının ifa konusunu başkasına borçlanmış olması ve borçlunun temerrüdü nedeniyle kendi alacaklısına ifada bulunamaması yüzünden ödemek zorunda kaldığı cezai şart veya tazminat miktarı; alacaklının ifanın gerçekleşebilmesi için kendi üzerine düşen masraf ve diğer davranışları yapması ancak temerrüt nedeniyle bunların boşa gitmesi örnek olarak gösterilebilir.

1. Olumlu Zarar, Olumsuz Zarar

Olumlu ve olumsuz zarar ayrımı, sözleşmeden doğan sorumluluk hukukuna özgü bir ayrımdır. Bu ayrım, kişinin zedelenen menfaatlerinin olumlu menfaat mi olumsuz menfaat mi olduğuna göre yapılmaktadır. Zarar ve menfaat birbiriyle ilişkilidir. Zarar, tazminat talebinin bir unsurudur, menfaat ise tazminat talebinin -soyut olarak formüle edilmiş- hukuki sonucudur. Zararın belirlenmesi, gerçek bir nedensel zincir gerektirir; menfaatin belirlenmesi, gerçek bir nedensel zincirin varsayımsal bir zincirle karşılaştırılmasını (“zarar veren olay olmasaydı nasıl olurdu?”) gerektirir²⁷². Sözleşmeler söz konusu olduğunda, zarar, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesinden veya sözleşme öncesinden kaynaklanabilir. İlk bahsedilen zararın ileri sürülmesi, ifa menfaatini tazmin etmeyi; ikinci bahsedilen zararın ileri sürülmesi ise güvene olan menfaati tazmin etmeyi amaçlamaktadır²⁷³. İfa menfaati (olumlu menfaat), öncelikle sözleşmenin kendisinin yerine getirilmesiyle, ikincil olarak (“ifa etmeme nedeniyle”) ifa yerine zararların tazmin edilmesiyle karşılanır. Güven menfaati (olumsuz menfaat), öncelikle sözleşmeyi ortadan kaldıran hukuki çareler, ikinci olarak güven menfaati tutarındaki zararın tazmini yoluyla karşılanır, böylece alacaklı ekonomik olarak, sanki sözleşme yapmamış gibi bir duruma getirilecektir²⁷⁴.

Bir hukuki işlemle, tarafların hukuki biri ilişki kurması, aralarında bir güven bağının da oluşmasına hizmet eder. Güven menfaati genellikle olumsuz sözleşme menfaati; ifa menfaati ise olumlu sözleşme menfaati olarak adlandırılır. Ancak kanun bu terimleri kullanmayıp olumsuz menfaat anlamında sözleşmenin geçersizliğinden doğan zarar ve

²⁷² FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 607.

²⁷³ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 608. Krş. KOLLER, § 46, pn. 20.

²⁷⁴ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 608; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1299. Krş. FELLMANN, Schadenersatz, s. 321.

olumlu menfaat anlamında sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan zarardan bahseder²⁷⁵. Önceden birbirleriyle hukuki münasebeti olmayan kişiler arasında herhangi bir güven ilişkisinden de bahsedilemeyeceği için haksız fiil hukukunda olumlu veya olumsuz menfaatten de söz edilemez²⁷⁶. Olumlu menfaatin korunması ile borçlunun ifa sözü vermesi ve bunun talep edilebilirliği doğrudan bağlantılıdır. Ahde vefa ilkesinin bir sonucu olarak alacaklının, borcun ifa edilmesine ilişkin haklı bir güveni oluşur. Bir olumlu menfaat olarak ifa menfaati, edimin sadece yerine getirilmesini değil sözleşmeye uygun şekilde yani nitelik, nicelik ve zamana riayet edilerek ifa edilmesini içerir²⁷⁷.

Olumlu zarar, alacaklının borcun ifasındaki tam ve doğru bir ifaya dair menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Alacaklının malvarlığının, borcun gereği gibi ifası halinde alacağı durum ile borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması halindeki durumu arasındaki fark, olumlu zarardır²⁷⁸. Olumlu zarar, borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının bir malının tahrip olması gibi aktifin azalması ya da bir hakkının hukuki bir kayıtlamaya maruz kalması gibi pasifin artması şeklinde fiili bir zarar olarak gerçekleşebilir. Ancak olumlu zarar, aktifin artmaması veya pasifin azalamaması gibi yoksun kalınan kar kalemi de olabilir²⁷⁹. Yüklenicinin onarım işini gerektiği gibi yapmamasından dolayı çalıştırılmayan bir makineden üretim sırasında gerekli verimin alınamaması böyledir.

Olumsuz zarar, sözleşmenin geçerli olarak var olduğuna ilişkin güveni boşa çıkan sözleşme tarafının, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Fark teorisine göre olumsuz zarar, bir borç ilişkisinin kurulacağına veya geçerli olacağına ya da geçersizliğinin bilinmesine rağmen ifa edileceğine ilişkin olarak haklı bir güven uyandırılmış kimsenin malvarlığının, borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden aldığı fiili durum ile güveni boşa çıkaran zarar verici olay hiç

²⁷⁵ KOLLER, § 46, pn. 21; CUENDET, kn. 106.

²⁷⁶ TOPUZ, s. 231; GÜNDÜZ, s. 69.

²⁷⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1300.

²⁷⁸ FELLMANN, Schadenersatz, s. 321; FEYZİOĞLU, s. 154; EREN, s. 1082; ARAL, s. 158, 162; ERBEK ODABAŞI, s. 82; ALTOP, s. 72; ÇAKIRCA, s. 34; GÜNDÜZ, s. 28. Krş. LÜCHINGER, pn. 117.

²⁷⁹ İZVEREN, s. 1187; TANDOĞAN, s. 426; AYBAY, S. 142-143; ALTOP, s. 73; ÇAKIRCA, s. 34.

gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde olacağı farazi durum arasındaki farktan oluşur²⁸⁰. Sözleşmenin ifa edilebilirliğine ilişkin güveninin boşa çıkması üzerine, gereksiz yere yapılmış harcamalar ve kaçırılmış elverişli fırsatlar, bu zararın kapsamına girerler²⁸¹. Dikkat edilmelidir ki olumsuz zararın kapsamına giren kazanç yoksunluğu, ifa edileceğine güvenilen sözleşmenin ifa edilmemesi yüzünden elde edilemeyen kazançlar olmayıp, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenme yüzünden daha elverişli başka bir sözleşmeyi yapmamadan dolayı kaçırılmış bulunan kazanç fırsatlarıdır²⁸². Öğretide olumsuz zararı tazmin yükümlülüğünü izah etmek için culpa in contrahendo dışında, sebebiyet verme teorisi, sözleşme teorisi, garanti sözleşmesi teorisi, vekalet sözleşmesi teorisi gibi görüşler ileri sürülmüştür²⁸³.

Sözleşmesel sorumlulukta, her ne kadar olumlu zarar, olumsuz zarar ayrımının yapaylığına işaret edilerek karşı çıkan görüşler bulunsun da bu ayrım aşılabilmiş değildir²⁸⁴.

Olumlu ve olumsuz zarar arasındaki ayrımın sonucu, bu iki menfaat türünün birlikte talep edilememesidir. Bu durum hukuk mantığının bir gereğidir. Aksi halde alacaklının, hem sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı farazi durumun hem de bu sözleşme hiç yapılmıyaydı içinde bulunacağı farazi durumun aynı anda tesis edilmesini isteyebilmesi gibi anlamsız ve zarar görenin zenginleşmesini sağlayan bir sonuç ortaya çıkar²⁸⁵.

2. Doğrudan Zarar, Dolaylı Zarar ve Yansıma Zararı

²⁸⁰ **ERGÜNE**, s. 41; **GÜNDÜZ**, s. 33; **NOMER**, pn. 201.1. Krş. **ARAL**, s. 158, 165; **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 321.

²⁸¹ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1268; **EREN**, s. 1084; **TANDOĞAN**, s. 427 vd.; **ERBEK ODABAŞI**, s. 83.

²⁸² **SEROZAN**, Dönme, s. 584; **TOPUZ**, s. 131, dn. 258; **GÜNDÜZ**, s. 53.

²⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERGÜNE**, s. 82 vd. Jhering'in culpa in contrahendo teorisi ile birlikte olumlu – olumsuz zarar ayrımını da modern hukuk öğretisine kazandırdığı ifade edilmektedir, bkz. **DEMİRCİOĞLU**, CiC, s. 265.

²⁸⁴ **ÇAKIRCA**, dn. 99; **GÜNDÜZ**, s. 59 vd. Nitekim Alman hukukunda gerçekleştirilen reformda dahi bu ayrımın korunduğu görülmektedir, bkz. **ERGÜNE**, s. 72.

²⁸⁵ **ERGÜNE**, s. 70; **GÜNDÜZ**, s. 67. Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir, bkz. **Yarg. 6. HD**, E. 2015/8986, K. 2015/11373, T. 22.12.2015, “...aynı hukuki ilişki çerçevesinde hem menfi hem de müspet zararın tazminini istemenin mümkün olmadığı hususları üzerinde durularak davacının taleplerinin yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde değerlendirilip, sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.”, www.hukukturk.com, (Erişim T. 21.09.2022).

Doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımı kendini, zarara sebebiyet veren hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasındaki yakın veya uzak illiyet bağında gösterir²⁸⁶. Doğrudan zararda fiil ve bunun sebep olduğu zarar arasındaki ilişki kolayca görülebilir iken dolaylı zararda uygun nedensellik bağının var olup olmadığı dikkatli bir şekilde tetkik edilmeyi gerektirir.

Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimsenin bu fiil sebebiyle, ki bu durum sözleşmesel sorumlulukta borçlunun yüküm ihlaline maruz kalan alacaklının bu borca aykırılık nedeniyle, araya ilave bir sebep girmeksizin uğradığı zarardır²⁸⁷. Başka bir deyişle, doğrudan zarara uğrayan kişi, beden bütünlüğünün bozulmasında bedeni yaralanan kişi; bir eşyanın hasara uğraması sonucu oluşan zararda söz konusu eşyanın maliki; bir sözleşme ilişkisinin ihlal edilmesi halinde ise sözleşmenin diğer tarafıdır²⁸⁸. Dolaylı zarar ise hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak, ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır²⁸⁹. Örneğin satın alınan hayvanın bulaşıcı bir hastalığı sebebiyle alıcının diğer hayvanlarının da hastalanmasının alıcı bakımından meydana getirdiği zarar doğrudan zarar iken bu hayvanların kullanılamaması nedeniyle örneğin tarlanın sürülüp ekimin yapılamamasının neden olduğu zarar dolaylı zarardır²⁹⁰. Sözleşme ihlalinde dolaylı zarar daha ziyade yoksun kalınan kar kalemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmesel sorumlulukta esasen yaygın zarar ayrımı olumlu ve olumsuz zararlardır. Ancak satış sözleşmesinde zapt ve ayıba ilişkin hükümlerde doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarına yer verilerek farklı bir tutum izlenmiştir. Öğretide bu hususta doğrudan ve dolaylı zararın kapsamı belirlemede farklı görüşler bulunmaktadır²⁹¹. İki görüşe kısaca

²⁸⁶ TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s. 9-10; GÖKYAYLA, s. 58; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 842; KIRCA, s. 10; KILIÇOĞLU, K., s. 16.

²⁸⁷ ANTALYA, BHGH C. V/1, 2, pn. 505; GÜNDÜZ, s. 87 vd.; PEKMEZ, s. 517, ORBAY ORTAÇ, s. 37.

²⁸⁸ ÇAKIRCA, s. 67. Krş. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 836, 842.

²⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 126; TOPUZ, s. 102; ÇAKIRCA, s. 68; GÜNDÜZ, s. 88; ORBAY ORTAÇ, s. 37; KILIÇOĞLU, K., s. 16.

²⁹⁰ TANDOĞAN, s. 70; TOPUZ, s. 109. Benzer bir diğer örnek olarak çürük patates teslimi gösterilebilir. Çürük patates teslim eden kişi, alıcının iyi patates talebini ihlal ediyor (doğrudan zarar). Çürük patates, alıcı tarafından önceden depolanan diğer patateslere katılıyor ve satıcı, alıcının ifa menfaatini fazlasıyla ihlal ediyor (dolaylı zarar). Alıcı kar getirici yeniden satışın engellenmesi nedeniyle bir de kar kaybına uğruyor (dolaylı zarar). Bkz. FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 601.

²⁹¹ Görüşler için bkz. KARA, Doğan, İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk Çerçevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı, GSÜHFD, Y. 2018, S. 1, ss. 483-530,

değirmek gerekirse yerleşik ayırım olan olumlu ve olumsuz zarar ayırımını esas alan görüş, doğrudan zararın fiili zarar şeklinde gerçekleşen olumsuz zararı; dolaylı zararın ise fiili zarar ve yoksun kalınan kar şeklinde gerçekleşen olumlu zararı ifade ettiğini kabul etmektedir²⁹². Diğer bir görüş ise yukarıda ifade ettiğimiz üzere, illiyet bağının yoğunluğunu dikkate alarak doğrudan zararı yakın illiyet içinde ortaya çıkan zararlar; dolaylı zararı uzak illiyet içinde olan zararlar olarak anlamaktadır²⁹³.

Yansıma zararı ise bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimseden başka, diğer bir kişinin de bu fiil yüzünden uğradığı zarardır²⁹⁴. Zarara doğrudan maruz kalanların tazminat isteyebilmesi asıl, üçüncü kişilerin uğradıkları zarar için tazminat talep edebilmeleri istisnadır²⁹⁵. Zira üçüncü kişinin bir zarara maruz kalmasında üçüncü kişiye karşı genellikle herhangi bir hukuk kuralı ihlal edilmez²⁹⁶. Yansıma zararlarından failin sorumlu tutulabilmesi için hem zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık unsurunun bulunması gerekir²⁹⁷. Yansıma zararı çoğunlukla saf malvarlığı zararı veya kazanç kaybı zararı olarak kendini gösterir. Yansıma zararı, haksız fiil sonucunda gerçekleşebileceği gibi sözleşme ihlalinde de ortaya çıkabilir²⁹⁸. Sözleşmesel sorumlulukta yansıma zararların tazmini çoğu zaman sözleşmenin nisbiliği ilkesine takılacak olsa da²⁹⁹ üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu gibi bazı istisnai

<https://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2018/7/gsuhfd-2018-1-330.pdf>, (Erişim T. 25.09.2022), s. 493 vd.; GÜNDÜZ, s. 148.

²⁹² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 101.

²⁹³ Bkz. ARAL, s. 169-170.

²⁹⁴ KILIÇOĞLU, K., s. 21 vd.; ORBAY ORTAÇ, s. 37; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 837.

²⁹⁵ GÖKYAYLA, s. 50-51.

²⁹⁶ GÖKYAYLA, s. 63.

²⁹⁷ EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Sevinç Matbaası, Ankara 1975, (Kıs. EREN, İlliyet), s. 107 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 128; TOPUZ, s. 118; ÇAKIRCA, s. 7, 69; GÜNDÜZ, s. 89.

Yansıma zararda, diğer bir şahsın uğradığı zarar olarak ifade edilen üçüncü kişinin uğradığı zararının tazmini meselesinin ayrıksı özelliği Roma hukukunda da fark edilmişti. Romalılar, borçlunun alacaklı ile, üçüncü kişinin yararına yapmış olduğu sözleşmeden doğan borca aykırı davranıştan kaynaklanan ve üçüncü kişinin maruz kaldığı zararın karşılanmasını kabul etmiştir, bkz. ÇAKIRCA, s. 3. Üçüncü şahıs kavramı hakkında ayrıca bkz. TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s. 23 vd.; KILIÇOĞLU, K., s. 26 vd.

²⁹⁸ Örnekler için bkz. KILIÇOĞLU, K., s. 26; ÇAKIRCA, s. 104 vd.

²⁹⁹ DESCHENAUX/TERCIER, s. 219; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §2, kn. 35 vd.; TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs, s. 22 vd.; s. 32; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1423, 1424; ARAL, s. 188; ÇAKIRCA, s. 84 vd. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin sözleşmenin ifa sürecinde zarar gören üçüncü kişi açısından anlamı, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca zararının tazmin edilmesini talep edememesidir, bkz. ATAMER, Üçüncü Kişi Zararı, s. 100. Her borç ilişkisinin üçüncü bir kişinin zararına yol açabileceği ve ortaya çıkan bu zararın sözleşme borçlusu tarafından tazmin edilmesinin kabulü işlem güvenliğinin korunmasına olanak vermez.

durumlarda yine de söz konusu olabilir³⁰⁰. Nitekim bir evlilik ilişkisinde kadının kısırlaştırma işlemini gereği gibi yapmayan doktora karşı istenmeyen çocuğun bakım masraflarını karşılayan kocanın tazminat talebi yöneltmesi, borç ilişkisinin nisbiliği gereği akim kalır. Çünkü tıbbi müdahaleye ilişkin sözleşmenin tarafı doktor ve kadın eş olup koca bu ilişkinin dışındadır. Kocanın doktora karşı tazminat talebi, ancak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin uygulama bulması halinde mümkün olabilir³⁰¹.

Sözleşmesel sorumluluk alanı dışında pozitif olarak düzenlenmiş bir yansıma zarar örneği olan destekten yoksun kalma tazminatının (TBK m. 53, b. 3), TBK m. 114/2 atfı ile sözleşme ilişkilerine de uygulanabileceği belirtilmektedir³⁰². Bu yorumu destekleyen bir hüküm hizmet sözleşmesi bakımından TBK’de yer almaktadır. Hizmet sözleşmesinde işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunu düzenleyen TBK m. 417 hükmünün son fıkrasında işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmininin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün gerekçesinde de işverenin bu önlemleri almaması nedeniyle işçinin ölmesi durumunda işçinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacaklarının, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu, bunun bir sonucu olarak da zamanaşımı bakımından da

Sözleşmenin üçüncü kişi yararına yapılması ise mümkündür. Örneğin eser sözleşmesinde iş sahibi, yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışıyla üçüncü kişilere vereceği zarardan sorumlu tutulacağını şart kılmışsa bu şartın tam veya eksik üçüncü kişi yararına şart olmasına göre üçüncü kişinin kendisi veya üçüncü kişiye ödenmek üzere iş sahibi tazminat talep edebilir, bkz. **TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, (Kıs. **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II**), s. 61.

³⁰⁰ **ÇAKIRCA**, s. 87 vd.; **ATAMER**, Üçüncü Kişi Zararı, s. 108 vd.

Örneğin iş sahibinin kendisiyle birlikte oturan yakınları, işçileri, kiracısı gibi kimseler yüklenicinin edimine yakınlıkları dolayısıyla uğradıkları zararın tazmini için eser sözleşmesinin kendileri lehine de koruyucu hüküm doğurduğunu iddia edebilirler, bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II**, s. 61.

³⁰¹ **FELLMANN**, Schadenersatz, s. 328-329.

³⁰² **TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 85-86; **GÖKYAYLA**, s. 79-81; **GÜRİSOY, Kemal Tahir**, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *AÜHFD*, Y. 1972, C. 29, S. 1, ss. 143-198, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/631994>, (Erişim T. 24.09.2022), s. 144; **KILIÇOĞLU, K.**, s. 37; eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğu bakımından aynı yönde **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II**, s. 61. **TANDOĞAN**, başka bir eserinde burada haksız fiil hükümlerine yapılan atfa dayanmamakta; adam ölmesine bağlı olarak destekten yoksun kalanların tazminat taleplerine ilişkin olarak taşıyıcının sorumluluğu ile işverenin sorumluluğunda yaşanan gelişmeleri genelleştirerek bunların bütün sözleşmesel ilişkilere uygulanmasını savunmaktadır, bkz. **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahıs, s. 78 vd.; **ARAL**, s. 188 vd. Sadece haksız fiil sorumluluğu için düzenlendiği gerekçesiyle, destekten yoksun kalma zararının sözleşmeye aykırılık kapsamında tazmin edilebilmesini mümkün görmeyen görüş için bkz. **BAYSAL**, HFH, pn. 2.10.

sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Tekinay'ın isabetle belirttiği üzere sözleşmeye aykırılığın ölümle sonuçlanması sadece hizmet sözleşmesinde değil satış, eser veya kira sözleşmelerinde³⁰³ de söz konusu olabilir. Sözleşmenin ölümle sonuçlanan her türlü ihlali halinde destekten yoksun kalanların da sözleşmesel sorumluluk hükümlerinden yararlanmalarına imkan vermek gerekir³⁰⁴.

3. Zararın Hesaplanmasında Fark Teorisi ve Değişim Teorisi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun üzerine düşen edimi imkansızlaştırması ve yine bu sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklının uğradığı zararın hesaplanmasında iki yöntem türetilmiştir. Fark teorisine göre alacaklının zararı, imkansızlaşan karşı edimin değeri ile kendi üzerine düşen edimin ifade ettiği değer arasındaki fark kadardır³⁰⁵. Değişim teorisine göre ise borçluya yüklenebilecek bir sebeple imkansızlaşan edim içerik değiştirerek bir tazminat borcuna dönüşür. İlk olarak ifa edilemeyen edimin değeri olumlu zararı oluşturur. Alacaklının bu tazminatı borçludan isteyebilmesi, kendi üzerine düşen borcu ifa etmesine bağlıdır. Bu şekilde bir değişim ilişkisi kurulmalıdır³⁰⁶. Fark teorisinin değişim teorisinden ayrılan yönü, alacaklının bunu isteyebilmesi için kendi edimini ifa etmesine gerek bulunmamasıdır. Öğretide fark teorisinin esas alınmasını savunan görüş ağırlıktadır³⁰⁷.

Her nasılsa alacaklı kendi üzerine düşen edimi yerini getirmiş ise esasen değişim ilişkisi başlamış demektir ve burada artık fark teorisinin uygulanmasına zemin kalmaz. Yine satış sözleşmesinde olduğu üzere, alacaklının borçluya olan borcu bir para borcu ise alacaklı bunu ödemedi takas veya mahsup ile kendi lehine ortaya çıkan farkı

³⁰³ Bir konserve fabrikasının üretilip sattığı konserveelerin bozuk ve zehirli olması yüzünden; bir cerrahın taahhüt ettiği gün ve saatte hastanın operasyonunu yapmaması yüzünden; kiraya verenin taşınmazdaki sağlığı bozan durumları ortadan kaldırmaması yüzünden ölüm olaylarının gerçekleşmesi örnek olarak düşünülebilir, bkz. **TEKİNAY**, s. 90.

³⁰⁴ **TEKİNAY**, s. 90.

³⁰⁵ **FEYZİOĞLU**, s. 157.

³⁰⁶ **FEYZİOĞLU**, s. 157; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1299; **NOMER**, pn. 182.

³⁰⁷ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1296; **FEYZİOĞLU**, s. 158; **EREN**, s. 1095; **TOPUZ**, s. 274, dn. 32; **NOMER**, pn. 182.2. Görüşler hakkında bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 395 vd. ve kn. 1679; **GÜNDÜZ**, s. 109 vd.

isteyebilir. Bu ihtimalde ise fark ve değişim metotlarından hangisine başvurulduğu önemsiz kalmakta ve aynı sonuca varılmış olmaktadır³⁰⁸.

Fark teorisinin uygulanmasında da somut ve soyut fark yöntemi olmak üzere iki yöntem izlenebilir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin en temel örneği olan satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 213 ve 236 hükümlerinde, satıcının ve alıcının temerrütlerinde zararın somut ve soyut yönetime göre hesaplanacağı durumlara açıkça yer verilmiştir³⁰⁹. Fark metodunun uygulama usulleri olan somut ve soyut fark yönteminin yer aldığı bu hükümlere dayanılarak zararın hesaplanmasına ilişkin diğer problemlerde de geçerli olmak üzere genel olarak fark metodunun benimsenebileceği savunulmakta ve bu metot, değişim metoduna üstün tutulmaktadır³¹⁰.

C. NEDENSELLİK BAğI

Sorumluluk hukukunda zararın, zarar görenden bir başkasına aktarılması, neden olma ilkesine dayanır. Gerçekleşen zararla sorumluluğu doğuran olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine genel anlamda nedensellik veya illiyet bağı denilir³¹¹. Belirli bir vakıada nedenselliğin bulunup bulunmadığı (condicio sine qua non) “olmazsa olmaz” formülüne göre belirlenir³¹². Bir olayın sebep teşkil edebilmesi için ilk olarak sonuç olarak görülen olaydan zaman itibarıyla önce olması gerekir. Ancak sadece zamansal anlamda öncelik yetmez, bu olaylar arasında yakın sıkı bir bağlantının da bulunması gerekir. Sorumluluk ister sözleşme dışı ister sözleşmesel temelden kaynaklanıyor olsun illiyet bağı mutlaka bulunması gereken bir unsurdur.

1. Zararın Sözleşmeye Aykırılıktan İleri Gelmesi

Zararın mevcudiyeti, tek başına, zarar verenin hukuki sorumluluğunu doğurmak için yeterli değildir. Zarar ile zarar verenin fiili arasında sözleşmenin ihlalini teşkil eden bir

³⁰⁸ NÖMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Seçkin, Ankara 2021, Madde 213, pn. 5.

³⁰⁹ AYDOğDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 238 vd.; OğUZMAN/ÖZ, s. 397 vd.; TOPUZ, s. 475, dn. 226.

³¹⁰ TANDOğAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, (Kıs. TANDOğAN, ÖBİ, C. I/1), s. 146.

³¹¹ TANDOğAN, s. 72; ANTALYA, BHGH C. V/1, 2, pn. 1143; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 843; ÖZEL, s. 423.

³¹² KOLLER, § 47, pn. 21.

nedensellik ilişkisinin bulunması gerekir³¹³. Alacaklının zararının, sözleşmeye aykırılık olarak belirlediğimiz edim veya koruma yükümlerine aykırılıktan kaynaklanması gerekir. Nitekim TBK m. 112 hükmünde yer alan *alacaklının bundan doğan zararı* ifadesi illiyet bağı unsurunu göstermektedir. İlliyet bağı kanunda tanımı yapılan bir kavram olmayıp belirlenmesi doktrine bırakılmıştır³¹⁴.

Yüküm ihlali ile zarar arasındaki bağlantı tespit edilirken mantıki bir sebep sonuç ilişkisinin sorumluluk alanını çok genişleteceği endişesi bulunmaktadır³¹⁵. Meydana gelen zararlardan hangilerinden ve ne miktarında sorumlu olunacağı konusundaki incelemeler esasen haksız fiil alanında yapılmaktadır. Bugün için haksız fiil sorumluluğunda hemen herkesçe kabul edilen uygun nedensellik bağı teorisine, sözleşmesel sorumluluk alanının belirlenmesinde de başvurulmaktadır³¹⁶. Olayların olağan seyrine ve genel yaşam deneyimlerine göre, bir olayın zararın oluşmasına neden olmaya veya en azından olmasını önemli ölçüde kolaylaştırmaya uygun olması halinde uygun nedensellik bağı mevcuttur³¹⁷. Buna göre sözleşmenin ihlali, olayların olağan akışına, genel hayat tecrübelerine göre meydana gelen vakıada gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği itibarıyla elverişli olmalıdır³¹⁸. Zarar verenin davranışının, olayda meydana gelen türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde “ex post” görüş hakimdir. Buna göre fiilin işlenmesi anında mevcut olup o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek olan her

³¹³ CUENDET, kn. 55.

³¹⁴ Hukuki anlamda illiyet bağına açıklayan teoriler için bkz. EREN, İlliyet, s. 21 vd.

³¹⁵ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 623, 625; CUENDET, kn. 55.

³¹⁶ FURRER/WEY, kn. 30; TUNÇOMAĞ, s. 455; FELLMANN, Schadenersatz, s. 330; ALTOP, s. 73; İNAL, 507-508; ARAL, s. 182; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1310; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 98 vd.; TOPUZ, s. 435; GENÇ ARIDEMİR, s. 196; ORBAY ORTAÇ, s. 87-88. Örnekler: Satılan duvar saatini teslimden önce kim kırarsa, alıcının ifa etmemeden doğan zararına neden olur. Kendisine verilen görevleri kötü ifa eden pay sahibi, diğer pay sahiplerinin kötü ifadan doğan zararına neden olur. Borçlular doğru davranmış olsaydı, zararlar meydana gelmezdi. Bu tür davranışların bu türden zararlara yol açması da tamamen alışılmadık bir durum değildir. Ancak duvar saatinin alıcısı veya bir ortak, sözleşme ihlali dolayısıyla üzüntüsünden hayatına son vermek isterse ve intihar teşebbüsü başarısızlıkla sonuçlandığı için çalışamaz hale gelirse, bu zarar ile ilgili sözleşme ihlalinin doğası arasındaki bağlantı o kadar olağan dışıdır ki, normal tazminat hukuku inceleme yöntemi için bu zarar dikkate alınamaz. Zarar görenler, olağandışı duygusal yükselişlerinin sonuçları için kendilerini suçlamak zorundadır. Bkz. FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 627.

³¹⁷ CUENDET, kn. 55; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 853; ŞENOCAK, Hekim, s. 89-90.

³¹⁸ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1255; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 139; İZVEREN, s. 1185; TANDOĞAN, s. 430; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1312; PEKMEZ, s. 517; ALTOP, s. 73; GENÇ ARIDEMİR, s. 198; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 99.

şart hesaba katılmalıdır. Zararlı sonucun önceden öngörülebilir olup olmaması, uygun nedensellik bağı bakımından değil, kusurun tespiti bakımından önemlidir³¹⁹.

Uygun illiyet bağı teorisine göre zarar veren, hareketinin objektif ihtimal dahilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutulur; her türlü ihtimalin dışında kalan tesadüfi bir şekilde meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaz. Yapmama şeklinde tezahür eden borca aykırılık halinde, diğer deyişle yapmamanın bir yapma ödevinin ihlali olması durumunda farazi nedensellik bağı incelenecek ve olayların normal akışı ve hayat deneyimleri uyarınca hareketsiz kalma olmasa idi zarar önlenebilir miydi sorusu sorulacaktır³²⁰.

Uygun illiyet teorisi, kaynağını, modern ihtimal teorilerinden, geçmişteki hayat tecrübelerinden, olayların normal akışından, hakkaniyet duygusu, pratik ihtiyaçlar ve sağduyudan almaktadır. Modern bilimin gelişim ve yapısına uygun olarak, teori, mutlak ve kesin sonuçlardan kaçınmakta, istatistiksel kanunlara, ihtimali yaklaşımlara ve dolayısıyla geniş bir elastikiyet ve esnekliğe sahip bulunmaktadır³²¹.

Borçlu, borca aykırı davranışıyla uygun illiyet bağı içinde olan alacaklının bütün zararlarından sorumludur. Bu durum sonuç itibarıyla alacaklının zararının doğrudan veya dolaylı olması arasındaki farkı önemsiz kılmaktadır³²².

2. Zararın Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülüklerin Koruma Amacı İçerisinde Kalması (Hukuka Aykırılık Bağı)

Rabel, Wilburg, v. Caemmerer gibi bazı yazarların nedensellik özelliğini, bir normun amacıyla değiştirme veya en azından tamamlama girişimi, görüşlerde kesin bir değişikliğe yol açmıştır³²³. Alman hukukunda bir zarar atfetme teorisi olarak savunulan normun koruma amacı teorisine göre her normun konusu, koruma altına alınan kişiler,

³¹⁹ ŞENOCAK, Hekim, s. 91.

³²⁰ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1314.

³²¹ EREN, İlliyet, s. 58 vd. Daha yakından bakıldığında uygun illiyet bağı teorisi, nedenselliğin belirlenmesiyle değil, daha çok sorumluluğun isnat edilmesiyle ilgilidir. Tamamen olasılık dışı nedensel süreçler sorumluluğa yol açmaz, bkz. FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 629.

³²² TOPUZ, s. 117; TUNÇOMAĞ, s. 455. Ancak tazminat miktarı tayin edilirken zarar verenin kusuru, zarar görenin birlikte kusuru, somut olayın diğer şartları göz önüne alınarak zarar verenin sadece fiilen oluşumuna neden olduğu ölçüde tazminat ödemesi sağlanacaktır: bkz. ALTOP, s. 74.

³²³ FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 360.

ihlal edilmesi yasaklanan belirli olgular ve varlıklara verilecek zararlarla sınırlıdır. Eğer o norm, belirli kişi veya hukuki değeri korumak ya da ona zarar verilmesini engellemek için düzenlenmemişse veya zarara sebep olan olaylar kontrol edilebilir değillerse, zarar veren sorumlu tutulamayacaktır. Bu nedenle zarara maruz kalan, normun koruma kapsamında kalmalıdır.

Bununla birlikte normun amacı teorisini, nedensellik teorisinin yerine geçecek bir şey olarak görmek veya bir ek olarak onun yanına yerleştirmek yanlıştır. Norm, sadece nedensellik sorununu belirlemez. Aksine norm, hukuki yükümlülüğü tesis ederek ve ihlalini cezalandırarak, hukuki yükümlülüğü, ihlal eden eylemi, zararı (yani, zarar gören tarafın kişiliği ve kaybının niteliği), ihlal ve zararın nedenselliğini, zararın hukuka aykırılığını, kusuru ve dolaylı zarar da dahil olmak üzere tazmin edilecek zararın kapsamını kesin olarak belirler (norma suprema)³²⁴. Bundan şu sonuç çıkar: “Normun amacı teorisi” -doğru anlaşıldığında- bir “sorumluluğun sınırlandırılması” teorisi değil, sorumluluğun tesisi ve genişletilmesi için bir teoridir³²⁵.

Normun amacı doktrininin bazı temsilcileri, görüşlerini temellendirmek için Avusturya menşeli hukuka aykırılık bağı doktrinine³²⁶ (özellikle Esser, Nipperdey) atıfta bulunur. Özellikle Armin Ehrenzweig, Karl Wolff ve Walter Wilburg tarafından Avusturya Medeni Kanunu'nun 1294 ve 1311 maddelerinin genel hükümleri üzerine geliştirilen bu hukuka aykırılık bağı doktrini, normla ilgili olmayan zararı tazminat ödeme yükümlülüğünün dışında tutmaya hizmet eder³²⁷.

³²⁴ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 592.

³²⁵ FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 361, kn. 592.

³²⁶ Kavram hakkında bkz. ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiilerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları (Kıs. ATAMER, Kuramlar), Beta Basım, İstanbul 1996, s. 70 vd.; ABİK, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD, Y. 2010, C. 59, S. 3, ss. 345-448, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624748>, (Erişim T. 11.02.2024), s. 352 vd.; KURTULAN, s. 481.

³²⁷ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 594. Yazara göre, *hukuka aykırılık bağı doktrini, normun amacı doktrini ile aynı uygulanabilir düşünceyi içerir: ne ultra legem restituetur! Bununla birlikte, Alman hukukuna göre bu mülahazalar, hukuka aykırılığa değil, zarar ve nedenselliğe aittir. Avusturyalı hukuku aykırılık bağı kavramının Alman sisteminde benimsenmesi bu nedenle talihsizdir ve reddedilmelidir. Alman hukukuna uygun bir ifade, "normun uzatımı" veya "normun genişletilmesi" olurdu, bkz. BGHZ 27, 139; 23, 222; 57, 137. Ancak, "normun koruma amacı" söylemi galip gelmiştir.*

Öğretide hukuka aykırılık bağının³²⁸ yalnız sözleşme dışı sorumlulukta değil sözleşmesel sorumlulukta da araştırılması gerektiği belirtilmektedir; sözleşmesel sorumluluğun mevcut olup olmadığı veya kapsamı tespit edilirken sözleşmenin amacına bakılmalı, tarafların hangi şahısları, hangi varlıkları, hangi tehlikelere, hangi ihlâl tarzlarına karşı, hangi kapsamdaki zararlar için korumak istedikleri göz önünde tutulmalıdır³²⁹. Örneğin, bir araba satıcısının sattığı arabayı kilitsiz ve kontak anahtarı kontakta olacak şekilde gece dışarıda bırakmama yükümlülüğü, arabanın çalınmasını ve buna bağlı (kalıcı veya geçici) ifa edememe durumunu önlemeye yöneliktir. Satıcı bu yükümlülüğü ihlal eder ve bunun sonucunda araba gerçekten çalınırsa, yükümlülüğün ihlali ile bağlantı (bağlam) gerçekleşir. Ancak, arabaya yıldırım çarpması durumunda durum böyle değildir, çünkü söz konusu yükümlülük bu zarar verici olaya karşı koruma sağlamayı amaçlamamıştır³³⁰.

Sözleşmenin nisbiliği prensibinden, sözleşmenin kural olarak üçüncü şahısları koruma amacı taşımadıkları, sözleşme ihlalinden üçüncü şahısların zarar görmesi halinde, hukuka aykırılık bağının bulunmaması dolayısıyla bu şahısların tazminat isteyemeyecekleri sonucu çıkarılabilir³³¹. Sözleşmesel sorumluluk alanında tazminat

³²⁸ Hukuka aykırılık bağı teriminin, sözleşme dışı sorumluluk için doğru bir kullanım olabileceği ancak sözleşmesel alanda aynı meseleyi ifade etmek için bu terimin tereddütte sebep olabileceğine işaret edilmiş ve daha kapsayıcı bir ifade olan normun koruma amacı teriminin benimsenmesi gerektiği savunulmuştur, bkz. **ATAMER**, Kuramlar, s. 73-74; **ABİK**, s. 357-358.

Biz çalışmamızda sorumluluk hukukunu geniş anlamda algıladığımızdan sözleşmeye aykırılıkları, hukuka aykırılığın görünüm biçimi olarak kabul ediyoruz. Bu bağlamda hukuka aykırılık bağı veya normun koruma amacı terimlerinin, birinin diğerinin yerine kullanılabileceği, pratik bir farkın oluşmayacağı kanaatindeyiz. Aynı yönde görüş ve kararlar için bkz. **ABİK**, s. 361, dn. 68’de belirtilen yazar ve kararlar. Krş. **BAYSAL**, HFH, pn. 2.287. Normu, sorumluluğun dayandığı norm veya sözleşme olarak algılayan ve normun koruma amacı ile hukuka aykırılık bağı kavramlarını birinin diğeri yerine kullanan ifadeler için bkz. **ERZENGİN**, s. 211, dn. 16.

³²⁹ Bu hususta normun koruma amacı teorisinden hareketle verilen şu örnek dikkat çekicidir: Vekalet ilişkisi, mali çıkarların korunmasıyla ilgiliyse, avukatın yanlış hukuki bilgilerinin müvekkil üzerinde psikolojik strese sebep olması ve buna dayandırılan herhangi bir manevi tazminat talebi kabul görmez, bkz. **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, kn. 629. Çünkü bu örnekte vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin koruma amacı mali çıkarlara ilişkindir, manevi değerler bu amacın dışındadır (vurgu bize aittir).

³³⁰ **KOLLER**, § 48, pn. 88. Bir başka örnek: Alıcı K, satıcı V’ye satın alınan malların, sahibi K’nin yakın iş ilişkileri içinde olduğu X gemisi ile taşınması talimatını vermiştir. Ancak V, nakliyyeyi sahibi ile kendisinin yakın iş ilişkileri içinde olduğu Y gemisi ile yaptırır. Satın alınan mal nakliye sırasında bir yıldırım çarpması sonucu tahrip olursa, mal “doğru” gemiyle taşınmış olsaydı K’ye sağlam bir şekilde ulaşacak olsa bile, V sorumlu değildir. Her ne kadar V kasıtlı olarak sözleşmeyi ihlal etmiş ve dolayısıyla kusurlu davranmış ve kusurlu davranışı da teslimatın gerçekleşmemesi için nedensel olsa da taşımanın X gemisi ile gerçekleştirilmesi hükmü, eşyayı yıldırımdan korumayı amaçlamamıştır. Bkz. **KOLLER**, § 48, pn. 89.

³³¹ **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahıs, s. 23; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 861.

talebinde bulunmaya yetkili kişiler zaten nisbilik ilkesi gereği sınırlamaya tabi olduğu için hukuka aykırılık bağı kavramı, özellikle ne gibi ihlal tarzlarının sözleşmesel yükümlere aykırı olduğunu belirleme ve tazmin edilecek zararın kapsamını sınırlama bakımından önem taşır³³².

3. Nedensellik Bağını Kesen Sebepler

Sorumluluğun tesisi için uygun nedensellik bağı teorisi kabul edilince, bazı durumlarda sebep ile sonuç arasındaki ilişkinin hayatın olağan akışına göre değerlendirildiğinde genel olarak o sebebin o türden bir sonucu gerçekleştirmemesi yargısını ortaya koyan ve böylece uygunluğu bozan vakıalar söz konusu olabilir. Uygun nedensellik bağı

Ancak burada bazı yazarlar, hakkaniyete uygun görülmeyen bazı hallerde alacaklıya karşı dava hakkı bulunmayan zarara uğramış üçüncü kişilerin zararlarını giderebilmek adına borçluya karşı alacaklıya bir dava hakkı tanınması gerektiğini belirtmişlerdir. Buradan hareketle alacaklının, üçüncü kişiye verilen zararın tazminini isteyebileceği hallerde, üçüncü kişiye dava açabilme yetkisinin verilmesinin doğru olacağı da belirtilmiştir, bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 460. Dava hakkının doğrudan doğruya üçüncü kişiye tanınması gerektiği yönünde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 862.

³³² **TANDOĞAN**, Üçüncü Şahıs, s. 23, dn. 91. “...*Rabel 1936 yılında yayınlanan ve satım hukukunu karşılaştırmalı olarak incelediği araştırmasında, özellikle Anglo-amerikan hukukundan da etkilenecek şu sonuca varmıştır: Sözleşmelerin anlam ve amacı gerek ifa bozuklukları, gerekse de ifa etmemeden doğan zararların ne ölçüde tazmin edileceği konusunda belirleyici tek ölçüttür. Sözleşme tarafların yükümlülüklerini belirler ve böylelikle alacaklının hangi menfaatlerinin tatmin edileceğini ve ifa etmeme halinde alacaklının malvarlığında oluşan zararlardan hangilerinin tazmin edileceğini gösterir...*”, **ATAMER**, Kuramlar, s. 72’den alıntıdır. “...*Rabel, Hukuka Aykırılık Bağı Teorisini (Normun Koruma Amacı Teorisini), önce sözleşmelerde, daha sonra da haksız fiillerde savunmuştur. Rabel, Anglo-Amerikan hukukunun etkisiyle sözleşmeden doğan sorumlulukta, sadece tarafların sözleşmenin kurulması sırasında göz önünde tutup, tazminini amaçladıkları zararın tazmin edilebileceğini ileri sürmüştür. Rabel’e göre, sözleşmeden doğan her yükümlülük belli menfaatlere hizmet ettiği için, sadece korunmuş olan bu menfaatlere verilen zarar borçluya yükletilmelidir. Korunan menfaatin ne olduğu, sözleşmeden doğan sorumlulukta mevcut sözleşmenin anlam ve amacından, kanuna dayanan sorumlulukta ise, sorumluluğu kuran normun amaç ve anlamından amaçsal yorum metoduyla bulunur...*” **ABİK**, s. 354’ten alıntıdır. Metinlerde atfı yapılan yazarın eserinin künye bilgisi, **RABEL**, Ernst, Das Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I (1.Aufl.), de Gruyter, Berlin: Unveränd Neudr. d. Ausg. v. 1936 u. 1957. Özürlü bir çocuğun doğum nedeniyle meydana gelen zararların tazmini bağlamında zarar verenin ne miktarda sorumlu olacağı tartışmalı ve içtihatla da istikrar bulunmamaktadır. Öğretide savunulan bir görüşe göre burada dikkate alınması gereken şey sözleşmenin amacıdır: “*Hekim, bir çocuğun dünyaya gelmesini engellemeyi değil, özürlü çocuğun doğumu nedeniyle ana-baba için söz konusu olan ek yükümlülükleri engellemeyi borçlanmıştır. Ana baba zaten çocuğun dünyaya gelmesini ve alışılmış bakım giderlerine önceden hazır durumdadır.*”, bkz. **LANGE**, Hermann, Schadenersatz, Tübingen, 1990, s. 336, (naklen: **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 131, dn. 598). Bu görüşe göre hekimin bütün giderlerden değil, sadece fazlaya ilişkin giderlerden sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. İstenmeyen çocuğun doğumu sebebiyle mahrum kalınan kar bakımından OLG Stuttgart, kazanç kaybı eğer hekimle yapılan sözleşmenin koruma amacının kapsamında ise zarar verenin bunu tazmin etmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz. **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 133.

teorisinde bu uygunluğu bozan durumlara, nedensellik (illiyet) bağıını kesen³³³ sebepler denilir³³⁴.

Mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru³³⁵ ve üçüncü kişinin ağır kusuru, nedensellik bağıını kesen sebepler olarak kabul edilmektedir³³⁶. Mücbir sebep, borçlunun faaliyet ve işletmesi (etki alanı) dışında meydana gelen, borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, sonuçlarının öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır³³⁷. Mücbir sebep teşkil eden olayla zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır ki mücbir sebep teşkil eden olay, zarar verenin kendisi, faaliyeti veya tesisiyle zararlı sonuç arasındaki bağı kesebilsin³³⁸. Mücbir sebepten bahsedebilmek için, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile, zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesi gerekir³³⁹. Borçlu, borca aykırılığın mücbir sebepten ileri geldiğini ispat ederek alacaklıya karşı olan tazminat sorumluluğundan kurtulur.

Zarar görenin kusuru, yoğunluğu itibarıyla zararlı sonucun uygun sebebi haline gelmiş ve zarar verenin sorumlu olduğu olayı geri plana atarak zararlı sonucu tek başına doğurmuş ise zarar verenin, “zarar veren olma” niteliği artık sözde kalır ve davranışı ile

³³³ Ancak burada esasen kesilen illiyet bağı değil, sebep ile sonuç arasındaki uygunluktur. Dolayısıyla illiyet bağının kesilmesi ifadesi teknik anlamda kullanılmamaktadır, bkz. **TANDOĞAN**, s. 80; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1261. Aksi yönde görüş için bkz. **BAYSAL**, HFH, pn. 2.301.

³³⁴ **KOLLER**, § 47, pn. 23.

³³⁵ Bizim de benimsediğimiz görüşe göre (farklı bir görüş için bkz. **BAYSAL**, HFH, pn. 2.50, dn. 100; **OSMANOĞLU**, s. 120 ve dn. 4'te belirtilen yazarlar) zarar görenin kusuru, teknik anlamda bir kusur değildir. Zira teknik anlamda kusur, bir kişinin bir başkasına zarar veren, hukuk düzenince kınanan bir davranışı, daha doğru bir deyimle davranışın bir niteliğidir. Halbuki zarar görenin kusurunda, zarar bir başkasına değil, zarar görenin kendisine verilmektedir. Zarar gören, kendi yararını korumada özensiz davranmaktadır. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 318-319; **LÜCHINGER**, pn. 1044.

³³⁶ **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 34-35; **TANDOĞAN**, s. 81; **KOLLER**, § 47, pn. 25; **NOMER**, pn. 113; **KILIÇOĞLU**, A., s. 813; **GÖKYAYLA**, s. 96-97; **NARTER**, s. 425; **İNAL**, s. 509; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 857; **BAYSAL**, s. 160; **ORBAY ORTAÇ**, s. 88. Nitekim 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (R.G. T. 18/10/1983 S. 18195) m. 86/1 hükmünde işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, kazanın bir mücbir sebepten ya da zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmektedir. 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun (R.G. T. 19/7/2003 S. 25173) m. 18/2 hükmünde de, taşımacının kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya hak sahibi ya da bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı belirtilmektedir. Ayrıca bkz. **TOKAT**, s. 2942 vd.

³³⁷ **EREN**, İlliyet, s. 176; **TANDOĞAN**, s. 328; **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1268; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 858; **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 100; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.305; **TOKAT**, s. 2956.

³³⁸ **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1269.

³³⁹ **EREN**, s. 585; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 858; **TOKAT**, s. 2957.

zarar arasındaki nedensellik bağı kesilir³⁴⁰. Söz konusu davranış bu denli yoğun değilse, o takdirde zarar gören de zararın oluşmasına katkıda bulunmuş demektir ve bu durum sorumluluktan kurtulmaya yetmese de bir indirim nedeni teşkil eder³⁴¹. Zarar görenin kusuru sözleşmeye aykırılık halinde de işleve sahiptir. Borçlu hem sonuç borçlarında hem edim davranışı borçlarında kusursuzluğunu borca aykırılığın kendi etki alanında gerçekleşmeyen olgulardan kaynaklandığını göstererek ispatlayabilir. Bu olgulardan biri de alacaklının davranışdır. Borçlu, alacaklının davranışının zararın yegâne sebebi olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Alacaklının zararın doğumuna etkisi bu ağırlıkta değilse borçlu sorumlu olur, ancak alacaklının birlikte kusuru, sorumluluğun kapsamını tayinde dikkate alınır³⁴².

Üçüncü kişi, zarar veren ve zarar gören ile bunların davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin dışında kalan kişilerdir. Üçüncü kişinin kusurunun nedensellik bağını kesmesi için, zararlı sonucun tek sebebi olarak görülebilmeli, başka sebepler de varsa onlardan çok daha ağır yoğunlukta olması gerekir³⁴³. Aksi takdirde nedensellik bağının kesilmesi ya da tazminatta indirim değil ortak nedensellik bağlamında sorumluluğun paylaşılması meselesi söz konusu olur³⁴⁴.

D. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞUN KURULMASINDA KUSURUN ROLÜ

1. Kusur Prensibi ve TBK m. 112’de Tercih Edilen İspat Yükü Dağılımı

TBK m. 112 vd. hükümlerine dayanan tazminat talebi, sözleşmeye aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağının yanı sıra borçlunun zarardan sorumlu tutulmasını sağlayacak bir olguyu daha gerektirir. Ortaya çıkan zararın bir başkası tarafından karşılanması, bunu haklı gösterecek bir sebebin varlığına bağlıdır. Prensip olarak bu olgu hiç şüphesiz

³⁴⁰ Hakim görüş, zarar görenin ancak ağır kusurunun nedenselliği kesebileceği yönündedir. Diğer bir görüş ise zarar görenin davranışının mutlaka kusurlu olması gerekmediğini, bu davranışın ortaya çıkan zararın inhisari nedeni olmasının yeterli olduğunu savunmaktadır, bkz. **BAYSAL**, HFH, pn. 2.312, 2.314, 2.316.

³⁴¹ **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1287; 2413; **OSMANOĞLU**, s. 119 vd.; **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 100, **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 861; **ORBAY ORTAÇ**, s. 97; **TOKAT**, s. 2957.

³⁴² **BAYSAL**, s. 289, 292.

³⁴³ **ANTALYA**, BHGH C. V/1, 2, pn. 1297; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.318; **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 100; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 863; **TOKAT**, s. 2957.

³⁴⁴ **NOMER**, pn. 112.6, 125. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 864; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.320, 2.322. Bu konuya çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıca yer verilmiştir.

kusurdur ve kusur, zarardan sorumluluğun üstlenilmesinin genel sebebi olarak kabul edilmiştir³⁴⁵. Borçlunun zarardan sorumluluğu da çoğu zaman kendi kusurundan kaynaklanır; ancak kanunun öngördüğü durumlarda kusursuz sorumluluğu tesis eden olgularla da borçlu, zarardan sorumlu tutulabilir³⁴⁶.

Sorumluluk hukukuna hakim ilkelerden biri olan kusur, TBK m. 112 ve 114/1 hükümlerinde normatif olarak karşımıza çıkmakta ise de onu tanımlayan bir hüküm kanunda yer almamaktadır. TBK m. 114/1 hükmüne göre borçlu genel olarak her kusurundan sorumludur. TBK m. 112 hükmüne göre de borçlunun, borca aykırı davranışında karine olarak kusuru bulunmaktadır ve bundan dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür³⁴⁷. Borçlu, karineyi çürüterek³⁴⁸ kusursuzluğunu ispat edebilir ve bu şekilde sorumluluktan kurtulabilir.

Kanun koyucunun ispat hukukunda prensip olan herkesin hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmesine uygun olarak alacaklıya, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü yüklemeyip aksine borçlunun sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği şeklinde tercih yapmasının gerekçesi şu şekilde izah edilmektedir: her şeyden önce borçlu, yüklendiği yükümlere aykırı davranmaya iten sebepleri, kendi faaliyet alanına ilişkin durumları alacaklıya göre daha iyi bilebilir³⁴⁹. İfa edilememenin büyük olasılıkla, ifa sürecinden sorumlu olan borçlu tarafından ifa sürecinin yetersiz “sevk ve idaresinden” kaynaklanmakta olduğu fikri ön plana çıkar³⁵⁰. Bundan başka, teorik olarak bakıldığında normal olan, borç bir kere doğmuş ise bunun ifaya kadar varlığını sürdürmesidir. Kusursuz olarak bir ifa imkansızlığı vuku bulmuş ise bu anormal hali bunu iddia eden borçlu ispat etmelidir³⁵¹. Öğretide kusurun ispatına ilişkin bu tercihin sonuç taahhüdü öngören borçlar açısından uygun olduğu, sonuç taahhüdü

³⁴⁵ **NOMER**, Tazminat, s. 35.

³⁴⁶ **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, (Kıs. OR AT II), pn. 2962.

³⁴⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1328; **GENÇ ARIDEMİR**, s. 202; **BAYSAL**, s. 285; **KARAN**, s. 739.

³⁴⁸ TMK m. 6 hükmüne göre herkes hakkını dayandığı olguların varlığını ispat etmek zorundadır. Bu kural gereğince sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusurunu da alacaklının ispat etmesi gerekirdi. Bu noktada TBK m. 112 hükmünün esasen bir karine getirmediği, sözleşmeden doğan sorumlulukta, genel prensibin aksine olarak, kusuru ispat yükünü ters çevirmiş olduğu öğretide belirtilmektedir. Bkz. **BÜYÜKAY**, Tazmin, s. 93 vd.; **İNAL**, s. 492. Krş. **TUNÇOMAĞ**, s. 458.

³⁴⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1329; **TANDOĞAN**, s. 422; **TUNÇOMAĞ**, s. 458; **EREN**, s. 1092; **KARAN**, s. 740.

³⁵⁰ **MüKoBGB/Ernst**, BGB § 280, kn. 35.

³⁵¹ **TANDOĞAN**, s. 422; **TUNÇOMAĞ**, s. 458.

olmayan borçlarda ise pek bir anlamı olmadığı belirtilmektedir. Buna göre sonucun elde edilmemesi, borçlunun kendisinden haklı olarak beklenen davranışı gerçekleştirmediği kabulüne uygun iken; sonuç taahhüdü içermeyen borçlarda sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmemesinden, borçlunun kendisinden haklı olarak beklenen davranışı gerçekleştirmediği sonucunu çıkarmak uygun değildir³⁵².

Kanunda kusurun, sorumluluğun oluşması için bir unsur olarak tespit edildiği görülmekle birlikte borca aykırı davranışın kusurlu olmasından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Kusur kavramsal olarak haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmesel sorumluluk için ortaktır³⁵³. Borca aykırılık hallerinin çoğu zaman sözleşme temelinde ortaya çıkacağı göz önünde alınarak sözleşmesel kusur veya eski ifadeyle akdi kusurdan bahsedilir. Sözleşme bağlamında kusur, zararlar değil, ifa engelleri (ifa etmeme, kötü ifa, temerrüt) ile ilgilidir³⁵⁴. Borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal bir borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminin niteliği sözleşmesel kusur olarak tanımlanmaktadır³⁵⁵.

2. Borçlunun Her Türü Kusurundan Sorumlu Olması

Kast ve ihmal terimleri, özel hukuk alanında kusurun çeşitleri olarak görülmektedir. Sözleşmenin ihlali bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş ise kast söz konusu olur. Borçlunun kusuru, sözleşmeye aykırılığı öngörerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmişse doğrudan kast; böyle bir sonucu istememekle birlikte gerçekleşeceğini kabullenerek hareket etmişse dolaylı kasttır. Borçlu, borca aykırılığı istememekle birlikte iradesini yeter derecede kullanmadığı, bu anlamda dikkatli ve özenli

³⁵² TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1318.

³⁵³ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1317; BAYSAL, s. 182.

³⁵⁴ MüKoBGB/Grundmann, 9. Auflage 2022, BGB § 276, pn. 52.

³⁵⁵ EREN, s. 1087; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 90. Bu şekildeki bir tanımlamaya objektifleştirilmiş kusur teorisinin esas alınmasıyla ulaşılır. Sözleşme ihlaliinde bulunan borçlunun davranışını mukayese etmek üzere bir model davranışın oluşturulması ve bu zihni çabada objektif ölçütte göre ortalama bir tipin kendi işlerinde gösterdiği değil, bu ve buna benzer işlerde kendisinden göstermesi beklenen dikkat ve özenin esas alınması kusurun objektifleştirilmesini ifade eder. Bununla birlikte kusurun mutlak olarak objektifleştirilmesi kabul edilmemekte, borçlunun ayıt etme gücü başta olmak üzere yaş, cisiyet gibi bazı nitelikleri de değerlendirmede esas alınmaktadır. Çalışmamızın bir sonraki bölümünde kusur kavramı ve bunu açıklamaya yönelik teoriler üzerinde ayrıntısıyla durulacaktır.

davranmadığı için referans alınan tip davranıştan sapıyorsa kusuru ihmaldir. İhmal ise ağır veya hafif ya da orta derecede olabilir³⁵⁶.

TBK m. 114/1 borçluyu her türlü kusurundan sorumlu tuttuğu için kusurun doğrudan kast, dolaylı kast, ağır ihmal, orta ihmal veya hafif ihmal olması sorumluluk unsurunun yerine gelmesini sağlar³⁵⁷. Borçlunun diğer sorumluluk unsurlarıyla birlikte kusurunun da bulunduğu tespit edilmesi, alacaklının zararını giderme borcu altına girmesi için yeterlidir. Ancak giderme, tazmin etme borcunun içeriği sonradan hakim tarafından belirlenmekte ve burada hakim kusurun derecesini de dikkate almaktadır. Yine TBK m. 114/1 c. 2'ye göre iş özellikle borçlu için yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif değerlendirilir. Buna göre kusurun belirlenmesi ile sorumluluğun belirlenmesi, birbirinden farklı ancak birbiriyle etkileşimli iki farklı ve aralarında öncelik sıralaması olan aşamalarıdır.

3. Kusur Prensibinin İstisnası Olan Bazı Haller (Kusursuz Sorumluluk Halleri)

Birçok Kıta Avrupası hukukunun da temelini oluşturan ve hukuk etiği çerçevesinde özgürce hareket eden ahlaki kişiliğin hukuken tanınmasına dayanan kusur prensibi, katı bir şekilde uygulanmaz; borçlunun “objektif sorumluluğunu” kuran düzenlemeler de bulunmaktadır³⁵⁸. Mevzuatta hem genel hem özel hükümlerde çeşitli düzenlemeler bulunduğundan sözleşmesel sorumluluk alanında kusursuz sorumluluk hallerinin genel bir tasnifini oluşturmak bakımından öğretide farklı yöntemler izlenmiştir³⁵⁹. Biz bazı örnekleri aşağıdaki gibi ele almayı tercih etmiş bulunuyoruz.

a. Temerrüt Faizi

Borçlu, para borcunun ödenmesinde temerrüde düştüğü takdirde kural olarak temerrüde düştüğü günden itibaren temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Alacaklı temerrüt yüzünden zarara uğradığını ispat etmek zorunda olmaksızın temerrüt faizi talep edebilir.

³⁵⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 592; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 371 ve dn. 385.

³⁵⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1319.

³⁵⁸ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 8; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 3004.

³⁵⁹ Bu hususta bkz. PEKMEZ, s. 495 vd.

Borçlu, temerrüde düşmekte hiçbir kusuru bulunmasa bile temerrüt faizinden sorumludur³⁶⁰.

b. Temerrüt Sırasında Beklenmeyen Halden Sorumluluk

Borçlu kusurlu olarak temerrüde düşmüşse temerrüt durumunun devam ettiği sırada vuku bulan beklenmeyen bir hal sebebiyle ifa konusunun zarar görmesi ve dolayısıyla alacaklının bir zarara uğraması halinde borçlunun bundan sorumlu olacağı TBK m. 119 hükmünde düzenlenmiştir. Beklenmedik hal, ortaya çıkması bakımından borçluya, alacaklıya veya bunların yardımcılarına kusur isnat etmenin mümkün olmadığı; üçüncü bir kişinin davranışı veya bir doğa olayı gibi bir durumdur. Borçlu, kendisine veya alacaklıya yüklenemeyen bir sebepten dolayı ifanın kötüleşmesi veya imkansız hale gelmesi durumunda artık zararın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz³⁶¹. Alacaklı, beklenmeyen hal sebebiyle zarara uğradığından ve dolayısıyla borçluya bir kusur yüklenemese de borçlu sorumlu olduğundan bu durum bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirilmektedir³⁶².

c. İfa Yardımcılarının Fiillerinden Sorumluluk

TBK m. 116 hükmüne göre yardımcı kişilerin borcu ifa ederken³⁶³ alacaklıya verdikleri zararlardan borçlu, kendisinin de yardımcılarının da kusuru olmasa dahi sorumludur. Buna göre edimin yerine getirilmesi yardımcının davranışından ötürü hiç veya gereği gibi gerçekleşmemişse borçlu bundan dolayı karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle

³⁶⁰ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1601; NOMER, pn. 190; TANDOĞAN, s. 485; PEKMEZ, s. 511; WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2020, Art. 99 / I. Allgemeines, kn. 35.

³⁶¹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1594; NOMER, pn. 189.4; TANDOĞAN, s. 483. Ancak, TBK m. 119/2 uyarınca temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcun zamanında ifa edilmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Beklenmeyen halden sorumluluğun başka görünüm halleri ödünç sözleşmesinde TBK m. 380; saklama sözleşmesinde TBK m. 563 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hususta bkz. PEKMEZ, s. 501 vd.; TAŞKIN, Zeynep Damla, “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, MÜHF-HAD, Y. 2020, C. 26, S. 2, ss. 1305-1348, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/790312>, (Erişim T.05.02.2024), s. 1331 vd.

³⁶² WEBER/EMMENEGGER, kn. 35; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1321; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1393.

³⁶³ Borçlunun ifa yardımcılarının fiillerinden sorumluluğunun kapsamına, yardımcının alacaklıya zarar veren bütün davranışlarının dahil edilip edilmeyeceği öteden beri tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. ŞENOCAK, s. 171-202.

yükümlüdür. Adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetlemede gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz³⁶⁴. Ancak bu sorumluluğun saf bir kusursuz sorumluluk hali olmadığı belirtilmektedir. Zira borçlunun, yardımcının borca aykırı olarak gerçekleştirdiği davranışı kendisi gerçekleştirmiş olsaydı bunun kedisine bir kusur olarak yüklenemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği savunulmaktadır³⁶⁵. Bu düşüncenin arkasında kendisinin sorumlu tutulamayacağı bir davranışı sırf yardımcı bir kişi gerçekleştirdi diye sorumlu tutulmasının hakkaniyete uygun düşmemesi yatmaktadır³⁶⁶.

d. Hakkaniyete Dayalı Sorumluluk

Ayırt etme gücü bulunmayanların bir kusursuz sorumluluk türü olarak hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 65 hükmünün kıyasen sözleşmesel sorumlulukta da uygulanması savunulmaktadır³⁶⁷. Bunun için hukuki işlemde doğan borçlarda işlem sırasında ayırt etme gücünün bulunup daha sonra borcun ihlali sırasında ortadan kalkması gerekir. Daha başta ayırt etme gücü bulunmamaktaysa hukuki işlem ve çoğu zaman sözleşme kesin olarak hükümsüz olacağından kural olarak onun ihlali de söz konusu olmayacaktır³⁶⁸.

e. Garanti (Tekeffül) Sorumluluğu

Garanti sorumluluğu, borçlunun kusuru olmasa bile bir riski üstlenmesi, bir borcu tekeffül etmesi, bir edimi zamin olması anlamına gelir³⁶⁹. Borçlunun kusuru olmadığı

³⁶⁴ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1334; **NOMER**, pn. 180.1; **TANDOĞAN**, s. 446; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1395.

³⁶⁵ **ŞENOCAK**, s. 211.

³⁶⁶ **TANDOĞAN**, s. 445 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1396; **PEKMEZ**, s. 513; **GÜLTEKİN, Fatih**, “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, *TAAD*, Y. 2018, S. 35, ss. 375-403, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693638>, (Erişim T. 05.02.2024), s. 390.

³⁶⁷ **HELVACI, İ.**, *Temyiz Kudreti*, s. 163 vd.; **NOMER**, 179.10; **ARAL**, s. 182; **PEKMEZ**, s. 511. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1321. İsviçre hukuku için bkz. **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, OR AT II, pn. 3006 – 3007.

³⁶⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1364, dn. 196. Yargıtay, sözleşmenin karşı tarafının ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle kesin hükümsüz olan işleme güvenmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan hakkaniyet elverdiği takdirde ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulabileceği görüşündedir. Bkz. **Yarg. 19. HD.**, E. 2016/16352, K. 2018/900, T. 22.02.2018; **Yarg. 13. HD.**, E. 2016/31099, K. 2019/6470, T. 23.05.2019, www.hukukturk.com, (Erişim T. 14.11.2022).

³⁶⁹ **SEROZAN, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha, İstanbul 2018 (Kıs. SEROZAN, B. Özel), kn. 607. Burada atipik bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin çeşitli varyasyonlarından

halde üstlendiği tazminat yükümlülüğü de garanti terimiyle ifade edilir³⁷⁰. Sözleşmeyle garanti sorumluluğunun üstlenilmesinin bir örneği TBK m. 537 hükmünde komisyoncunun garantisi kenar başlığıyla düzenlenmiştir. Buna göre komisyoncu, vekalet verene karşı üçüncü kişilerin ödeme gücü ve borca aykırı hareket etmesi sebebiyle sorumluluğu için garanti taahhüdünde bulunabilir³⁷¹. Geniş anlamda garanti özellikle iki hukuki kurumla ilgilidir. Bunlar ayıba karşı tekeffül ile alacak garantileridir. Ayıba karşı tekeffül kanuni bir garanti tipi iken alacak garantileri, sözleşmeye uyulması için verilen kanuni veya sözleşmesel teminatlardır³⁷². Satış sözleşmesinde satıcının zapt ve ayıp sorumluluğunda; alacağın bir edim karşılığında devrinde, bir garanti sorumluluğunun düzenlendiği görülmektedir³⁷³.

aa. Alacağın Devri

kaynaklanan borçlar ile yasal garanti sorumluluğu olarak ifade edilen ayıptan doğan sorumluluk gibi durumları kastetmekteyiz. Garanti taahhüdünden doğan borcun konusu, bir rizikonun gerçekleşmesi ihtimalinde doğacak zararın karşılanmasıdır ve söz konusu talep kusurdan bağımsızdır, bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 856; ATASOY, Kemal**, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, *AndHD*, Y. 2019, C. 5, S. 1, ss. 101-134, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd/issue/56764/793781>, (Erişim T. 17.11.2022), s. 126; **KAPANCI, K. Berk**, Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri, *İn.ÜHFD*, Y. 2015, C. 6, S. 2, ss. 319-368, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/22412/239893>, (Erişim T. 17.11.2022), s. 325 vd. Dolayısıyla gerek sözleşmesel garanti taahhütleri gerekse yasal garanti hükümlerinin ortak yanı, ilgili oldukları sorumluluk olgularının kusursuz sorumluluğa dayanmasıdır.

Buna karşılık, rizikonun gerçekleşmesine bizzat garanti alanın kendi kusurlu davranışının sebep olması durumunda garanti verenin sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Yani şayet garanti alan-alıcı zararlı sonucu doğuran rizikonun gerçekleşmesinde kendisi bizzat rol oynamışsa artık garanti verenden bir talepte bulunamayacaktır. Bunun temelinde dürüstlük kuralının yanında TBK m. 52/1 bulunmaktadır. Bkz. **KAPANCI, Kadir Berk**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha, İstanbul 2012, (Kıs KAPANCI, Garanti), s. 122-123, 153.

Para borcunun borçlusunun özel bir garanti sorumluluğu taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Para borcunun bir garanti niteliğinde olduğunu kabul etmeyen bir görüşe göre burada esas mesele ifa kabiliyeti yani ödeme gücüdür. Sözleşmesel olarak ödeme borcu altına giren herkesin, vadesi geldiğinde ödemeyi gerçekleştireceğine güvenilebilmelidir. Bu nedenle, olsa olsa ödeme gücü kaybının dünyanın en iyi iradesiyle de öngörülemez ve önlem alınmasının imkansız olduğu bir şekilde meydana geldiği gelişmeler dikkate alınabilir. Borçlunun gelecekteki ödemeyi, ticari faaliyetlerden elde ettiği gelirden karşılamayı planladığı duruma özel önem verilmelidir. Örneğin, ticari faaliyetini işletme sermayesi kredileriyle finanse eden kişi, kredi verenin iflas riskini üstlenir. Deneyimler, ticari faaliyete ilişkin riskin, devletin düzenleyici müdahalesini de kapsadığını göstermiştir. Bu yüzden devlet müdahalesi (örneğin salgın hastalıklarla mücadele için) nedeniyle satış kayıplarından kaynaklanan ödeme gücü kaybından sorumlu olunmayacağına dair hukuki bir ilke, genel bir şekilde kabul edilemez, bkz. **MüKoBGB/Ernst**, BGB § 280, kn. 30.

³⁷⁰ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1460.

³⁷¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 709.

³⁷² **DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 10.

³⁷³ **TAŞKIN**, s. 1330.

Alacağın devrinde garanti sorumluluğu, TBK m. 191 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur³⁷⁴. Sorumluluğun kapsamı ise TBK m. 193 hükmünde belirlenmiştir. Hükme göre devralan, garanti ile yükümlü olan devredenden ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesi; devrin sebep olduğu giderleri; borçluya karşı devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimlerin yol açtığı giderleri isteyebilir. Burada belirtilen kalemler olumsuz zarar kalemleridir ve devreden kusuru olmasa bile bunlardan sorumludur³⁷⁵. Devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe devralanın uğradığı diğer zararlarından da, ki bunlar olumlu zarar kalemi olacaktır, sorumludur.

bb. Satış Sözleşmesinde Zapt Sorumluluğu

TBK m. 214 vd. hükümlerinde özel bir garanti sorumluluğu olarak satıcının zapt sorumluluğu düzenlenmiştir. Satıcının zapt sorumluluğu, üçüncü bir kişinin satış sözleşmesinin kurulduğu sırada mevcut bir üstün hakkı sebebiyle satılanın alıcının elinden alınmasından veya alıcıyı mülkiyet hakkından doğan bazı yetkileri kullanmaktan yoksun bırakmasından kaynaklanır³⁷⁶. Burada bir sebep sorumluluğu bulunmaktadır³⁷⁷. Satıcının kurtuluş beyyinesi getirmesi veya kusursuzluğunu ispatlaması ile sorumluluktan kurtulması imkânı düzenlenmemiştir³⁷⁸. Satış sözleşmesinde alıcı, tam zapt halinde TBK m. 217 hükmünde dört bentte gösterilen zarar kalemlerini satıcının kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın isteyebilir³⁷⁹. Dördüncü bentte ifade edilen, satılanın elinden alınması yüzünden alıcının doğrudan

³⁷⁴ Bir alacağın varlığını, bu alacağı temlik eden kişinin garanti etmiş sayılması yönündeki düşüncenin altında, alacağı devralan kişinin, cismani bir varlığı olan taşınır veya taşınmaz bir malı alan, dolayısıyla onu görebilen kişiden farklı olarak, büyük ölçüde devreden sözlerine güvenmek zorunda olması gerçeği yatmaktadır, bkz. **ENGİN, B. İlkay**, “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 159-167, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 161-162.

³⁷⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, kn. 1809; **PEKMEZ**, s. 506, 509; **ENGİN**, s. 162.

³⁷⁶ **ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 107; **AKÇAAL, Mehmet**, Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 63.

³⁷⁷ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Kıs. EREN, BHÖH), s. 77.

³⁷⁸ **YOLDAŞ, Ömer**, Satış Sözleşmesinde Zapttan Doğan Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 43.

³⁷⁹ **TANDOĞAN, ÖBİ**, C. I/1, s. 160; **NOMER/ENGİN**, Madde 214, pn. 1-4; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 71; **EREN, BHÖH**, s. 86; **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 134 vd.; **YOLDAŞ**, s. 114 vd.; **ARAL/AYRANCI**, s. 113-114; **ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 145; **PEKMEZ**, s. 506.

doğruya uğradığı diğer zararların kapsamının nasıl belirleneceği öğretide tartışmalıdır³⁸⁰. Bu zararların fiili zarar olduğu ve sözleşme yapma, özellikle noter, tapu, gümrük harç ve giderleri, seyahat, otel, ulaşım vb. giderlerinin örnek teşkil ettiği belirtilmektedir³⁸¹. Son olarak TBK m 217'nin son fıkrasında alıcının tam zapt nedeniyle uğradığı diğer zararlarından³⁸² satıcının kusur sorumluluğunun bulunduğu ve kusursuzluğunu ispat etmedikçe bu diğer zararları da gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

cc. Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğunda Alıcının Dönme Hakkını Kullanmasının Sonucu

TBK m. 229/1, b. 3 uyarınca alıcı, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme halinde uğradığı doğrudan zararları objektif sorumluluk esasına dayalı olarak satıcının herhangi bir kusuru bulunmasa bile satıcıdan talep edebilir³⁸³. Madde gerekçesinde doğrudan zarara verilecek anlam için m. 217'nin gerekçesine atıf yapılmıştır. Zapt sorumluluğunu düzenleyen bu maddenin gerekçesinde, yukarıda üzerinde durulduğu gibi, alıcının doğrudan zararlarını satıcının kusuru olmasa bile isteyebileceği ifade edilmiştir. Öğretide satıcının sattığı malı tanınması gerektiği, satıcının ayıplı mal teslim etmesinden dolayı alıcının uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile tazmin etmesinin hakkaniyet ve akla uygun düştüğü belirtilmektedir³⁸⁴.

f. Diğer Haller

³⁸⁰ Bu hususta bkz. **AKÇAAL**, s. 256 vd.; **TOPUZ**, s. 531 vd.; **KAPANCI**, Garanti, s. 59 vd.; **GÜNDÜZ**, s. 148 vd. Madde gerekçesinde doğrudan zararların olumsuz zarar, dolaylı zararların olumlu zarar anlamında kullanıldığı ve satıcının kusursuzluğunu ispatlayarak alıcının olumlu, yani dolaylı zararlarının sorumluluğundan kurtulabileceği ifade edilmektedir.

³⁸¹ **EREN**, BHÖH, s. 89-90. Doğrudan doğruya zararı, olumsuz (menfi) zarar olarak değerlendiren görüş için bkz. **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 160-161. Eren'e göre olumlu zararda da olumsuz zararda da fiili zarar ve yoksun kalınan kar/kaçırılan fırsat kalemleri bulunur. Her iki zarar türünde de fiili zarar doğrudan doğruya zararı ifade eder. Kaçırılan fırsat ve yoksun kalınan kar ise dolaylı zararı ifade eder, **EREN**, BHÖH, s. 91. Dolayısıyla madde gerekçesinden farklı olarak doğrudan zarardan olumsuz zarar değil fiili zarar anlaşılır; dolaylı zararlardan ise olumlu zarar değil yoksun kalınan kar ya da kaçırılan fırsat anlaşılır.

³⁸² Alıcının, satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğer zararların niteliği doktrinde tartışmalıdır. Görüşler için bkz. **EREN**, BHÖH, s. 90 vd.; **AKÇAAL**, s. 266-267.

³⁸³ **PEKMEZ**, s. 508; **KAPANCI**, Garanti, s. 59; **KARA**, s. 492. Eski Borçlar Kanunu döneminde eBK m. 205/2 hükmü de bu bağlamda örnek olarak gösterilmekteydi, bkz. **ARAL**, s. 182. Öğretide doğrudan zararlar için öngörülen objektif sorumluluk esasının "dönmenin sonuçları" başlığı altında değil "ayıp sebebiyle satıcının garanti borcu" başlığı altına bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. **KARA**, s. 514.

³⁸⁴ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 101.

Olumsuz zararın tazmini için de prensip kusurun bulunmasıdır. Ancak bu durum her olumsuz zarar örneğinde kendisini göstermemektedir. Hangi hallerde güvenin boşa çıkmasının sonucu olarak uğranılan zararın tazminin kusur unsuruna bağlanacağı tutarlı ve yeknesak olarak belirlenmiş değildir. Kusur şartına bağlı olmayan olumsuz zarar hallerine örnek olarak, üçüncü kişinin korkutmasında, korkutulanın işlemle bağlı kalmak istememesi halinde korkutmayı bilmeyen ve bilecek durumda olmayan sözleşmenin karşı tarafına hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde ödenecek tazminatla karşılanacak olan zarar kalemleri (TBK m. 37/2)³⁸⁵; yetkisiz temsilde temsil olunanın işlemi onamaması halinde iyiniyetli karşı tarafın işlemin geçersizliğinden kaynaklı zararı (TBK m. 47/1)³⁸⁶ gösterilebilir. Kusura bağlı olumsuz zarar örneği olarak ise yanılının sözleşmeyle bağlı olmamasının bir hükümsüzlüğe sebep olmasının hukuki sonucu gösterilebilir. Bu durumda yanılmada kusuru olan tarafın gidermesi gereken iyiniyetli karşı tarafın sözleşmeye güveninden kaynaklanan zararı (TBK m. 35), bir olumsuz zarardır³⁸⁷.

TBK m. 380 hükmünde ödünç alanın kullanım hakkının sınırları ve bu sınırlara uymamasının hükmü düzenlenmektedir. Ödünç alan, ödünç konusunu ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde, sözleşmede hüküm yoksa niteliğine veya özgülendiği amaca göre kullanabilir. Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullandıramaz. Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hâllerden doğan zararlardan da sorumludur. Ödünç alanın beklenmedik halden dahi sorumlu tutulması bir kusursuz sorumluluk örneğidir³⁸⁸. Ancak, bu hükümlere uymuş olsaydı bile zararın doğacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.

TBK m. 576 hükmünde konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından konaklama yerini işletenlerin sorumlu olduğu ve bunun konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katını aşmamak üzere

³⁸⁵ Korkutulanın kanunen kendisine tanınan iptal hakkını kullanmasıyla nedeniyle, zarar görenin esasında hukuka uygun bir eylemden zarar gördüğü ve bu yüzden bu sorumluluğun fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayandığı yönünde bkz. **PEKMEZ**, s. 499, 504.

³⁸⁶ **PEKMEZ**, s. 505 vd.; **HELVACI/KARASU**, s. 202; **BELEN**, s. 154.

³⁸⁷ **ERGÜNE**, s. 54; **BELEN**, s. 123.

³⁸⁸ **WEBER/EMMENEGGER**, kn. 35; **EREN**, BHÖH, s. 492; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 64-65.

kusursuz sorumluluğa dayandığı düzenlenmektedir³⁸⁹. Benzer şekilde TBK m. 579 hükmünde, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin kusursuz sorumluluk miktarının, her bir saklanan için alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamayacağı düzenlemesiyle sözleşmesel bir kusursuz sorumluluk tesis edilmiştir.



³⁸⁹ Konaklama yeri işleten ile konaklayan arasında, her ne ad altında olursa olsun, konaklamaya ilişkin bir sözleşmenin varlığı gereklemekle birlikte işletenin sorumluluğunun sözleşmeden değil kanundan doğduğu görüşü için bkz. **ÖZCELİK, Ş. Barış**, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22 Sayı: 3, ss. 2283-2303, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373218>, (Erişim T. 22.01.2024), s. 2285. Buna göre işleten sözleşmede açık veya örtülü olarak konaklayanın eşyasını koruma borcunu yüklenmemiş olsa bile, kanun gereği konaklayanın eşyasının yok olması, zarar görmesi veya çalınmasından sorumludur.

İkinci Bölüm:

KUSUR KAVRAMI, KUSURUN AĞIRLIK DERECELERİ VE SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSUR

I. SORUMLULUĞU ÖZGÜR İRADEYE DAYANDIRAN FELSEFİ DÜŞÜNCE VE İRADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Felsefe antik çağlardan beri soyut kavramlarla çalışmış ve soyut düşünme ile gelişmiştir. Felsefenin temel alanlarından biri olan ahlak felsefesi iyi/kötü, doğru/yanlış gibi birbirine zıt kavramlar üzerinde kurulmuştur. Ahlak felsefesinde adalet, bilgelik, dürüstlük, ölçülülük, basiret gibi iyi karakter özelliklerinin erdem; haksızlık, cehalet, düşmanlık, aşırılık, basiretsizlik gibi kötü karakter özelliklerinin kusur olarak nitelendirildiği görülmektedir³⁹⁰.

TBK’de sorumluluk ilkesi olarak kendisine yer bulan kusurun ne olduğu kanunlarımızda tanımlanmamış ancak kusurun ağır veya hafif derecelerine sonuçlar bağlanmıştır. Kusura ilişkin olarak öğretide yapılan izahlara bakıldığında bunun insanın iradesiyle ilgili bir kavram olduğu ve bu iradenin ahlaki ölçütlere göre yapılan bir kınama, ayıplama yargısıyla ilişkilendirildiği görülmektedir³⁹¹. Hukuka aykırılığın ve kusurun birbirinden ayrıldığı bizim hukuk sistemimiz gibi sistemlerde dış dünyaya yansıyan, gözlemlenebilir, objektif insan davranışı, hukuka aykırılık ile ilişkilendirilirken; bu davranışı yapan insanın iç dünyasıyla ilgili olan yaptığı davranışa ilişkin iradesi, kusur ile ilişkilendirilir³⁹².

³⁹⁰ **ARIKAN, Seda**, Türkçede İkili Karşıtlık Kavramları Olarak “Erdem ve Kusur”, Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi, Y. 2018, S. 7/1, ss. 592-606, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/443391>, (Erişim T. 12.11.2022), s. 604 vd.

³⁹¹ **OĞUZ, H.**, s. 276 vd.

³⁹² “İfayla yükümlü kişinin medeni hukuk kapsamındaki sorumluluğu ve ayrıca ifa engellerinden (yükümlülük ihlali, ifa imkansızlığı, borçlu temerrüdü, akdin müspet ihlali) sorumluluğu eylemin hukuka aykırılığının yanı sıra BGB'ye hakim olan kusur ilkesine bağlıdır. Kanun genellikle kusurlu olmak yerine, isnadiyetten bahseder. Kusur, hukuka aykırı bir eylemin kınanabilirliğidir ve isnat edilebilme yeteneği gerektirir. Buna göre, bilinçsiz bir durumda veya patolojik bir zihinsel aktivite bozukluğu içinde hareket eden herhangi biri, kendisini kusurlu bir şekilde bu duruma sokmadıkça (örneğin sarhoş olmadıkça) sorumlu değildir”; bkz. **SCHMIDT, Andrea**, Weber Rechtswörterbuch, *Verschulden*, C.H. Beck, München, 7. Edition, 2022.

Kusurluluk fikri, insanların kendi davranışlarını kontrol ettiklerine dair genel olarak hakim olan inanca dayanmaktadır. İnsan, davranışları hakkında özgürce karar verir. Onun iradesi, eylemlerini ve eylemsizliklerini yönlendirir; şu halde insan davranışı körü körüne nedensel, doğa yasası olaylar değil aksine amaçlı, belli bir hedeflidir³⁹³.

Hukuk nazarında ve özellikle sorumluluk hukukunda iradeye önem verilmesi, insanın irade özgürlüğünün ve dolayısıyla seçenekler arasında dilediğine yönelmesi konusunda serbest olduğu ön kabulünü gerektirir. Yine hukuk düzeni, düzenlediği ilişkiler bakımından birçok amacı gerçekleştirmeyi hedeflemektedir. Genel bir amaç olarak toplum güvenliğinin sağlanması, düzenin korunması ve devam ettirilmesi bu çerçevede ifade edilebilir. Daha özel anlamda ahde vefa diğer deyişle söze bağlılığın sağlanması hedeflenen bir amaçtır. Hukukta bu şekilde amaç veya amaçların bulunduğu belirtilmesi, insanın ruhsal bir yönü olduğunun ve davranışlarını istediği şekilde düzenleyebilmek yeteneğine sahip olduğunun kabulünü gerektirir. Çünkü insan seçme, irade serbestisine sahip olan bir varlık olmalıdır ki hukukun çeşitli amaçları hedeflemesi anlamlı olsun. Dolayısıyla hukuk düzeninin amaçlar belirlemesi, zorunlu olarak insanın irade özgürlüğünü varsaymayı da içerir.

İrade özgürlüğü sorunu her ne kadar filozofları ve doğa bilimcileri meşgul etmekte ise de hukuk alanında neyin adil olduğunu belirleyen, objektif ve mutlak gerçeklikler değildir. Bu belirleme hukuk paydaşlarının ortak inancına göre yapılır. Bu inanca göre insan, davranışlarının efendisi olduğu için ondan ve sonuçlarından sorumlu tutulur. Kişi, kaçınılması gereken zararı üstlenmeli ve çıkarları ihlal edilen hukuk topluluğunu bünyesinde barındıran devlet tarafından cezalandırılmalıdır. Birey, kusurlu davranışları için sürekli yaptırım tehdidi yoluyla diğerlerine ve hukuk topluluğuna karşı sorumlu olmak üzere eğitilir. Kişi kontrollü, tedbirli, ahlaklı davranmaya çalışmalı ve böylece kaçınılması mümkün olan kötülüklerden kaçınmalıdır. İlke olarak, yalnızca gerçekten kendilerinin efendisi olanlar sorumluluğu üstlenmelidir. Davranışlarının manasını doğru bir şekilde, yani ortak inanca göre, değerlendirebilecek durumda olmadığı açık olan

³⁹³ AEBl, s. 35; JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 8.

veya kendini kontrol edemeyen -çocuk ve akıl hastası gibi- kimse sebep oldukları kötülüklerden dolayı sorumlu tutulmaz³⁹⁴.

İnsanı eylemde bulunan bir özne olarak dikkate alan sorumluluğun nedeni olarak kusur, irade özgürlüğünün gerçekten var olup olmadığı sorunundan bağımsız olarak yukarıda değinilen gerekçelerle genel kanaate dayalı olarak kişiyi sorumlu kılan bir olgu olarak meşrulaştırılır. Hukuk nazarında insanın irade özgürlüğü her ne kadar bir ön kabul olarak karşımıza çıksa da meselenin hukuk felsefesinde nasıl incelendiğine kısaca temas etmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

A. İRADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ AÇIKLAYAN YAKLAŞIMLAR VE KUSURUN BU YAKLAŞIMLARDAKİ KONUMU

İrade özgürlüğü meselesi, psikoloji, genel felsefe, din felsefesi ve ahlak felsefesinin en önemli problemlerinden birisidir. Psikoloji üzerinden araştırma yapan gözlemci gözlediği kişinin kesin bir nedenselliğe göre mi yoksa saikleri özgürce değerlendirerek mi davrandığını bulmanın yollarını araştırır. Din ve ahlak felsefeleri açısından temel değer olan iyinin gerçekleşmesi insan özgürlüğünü zorunlu kılar. İrade özgürlüğünün reddi, seçme şansı olmayan insanın iyi ya da kötü olmakla ilgili bir yargıyla değerlendirilemeyeceği sonucuna götürür³⁹⁵. Aşağıda irade özgürlüğünü kabul eden düşünürler ile bunu kabul etmeyen bir düşünce sistemi olarak determinizm ve determinizmin eleştirisi olarak indeterminizm düşünce sistemlerine kısaca değinilecektir.

1. Aristoteles

İlk çağ düşünürlerinden olan Aristoteles'in eserlerinde dürüstlük kuralı önemli bir yer tutmaktadır. Aristoteles irade ve seçme özgürlüğünü ahlaka uygun davranışın temeli olarak görmüştür. Haksızlıktan kaçınma yükümlülüğü sosyal insanın sorumluluk alanı içindedir. Kişi manevi zorlama altında kalmış olsa bile alternatifler arasında seçim

³⁹⁴ AEBl, s. 36 vd.; OĞUZ, H., s. 275.

³⁹⁵ İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 483.

yapma imkanı bulunmaktadır ve seçimini suç işlemekten yana kullanmış ise bundan sorumlu olur³⁹⁶.

Aristo felsefesi, Roma hukuku üzerinde doğrudan bir etki göstermiştir. Hem ahlak felsefesi hem de hukuk bakımından önemli bir evrime yol açan Physica, Metaphysica, Ethica, Politica eserlerinde yer alan birçok kavram, Roma sözleşmeler hukukunu etkilemiş ve daha sonra glossatorlar tarafından çalışılan bu kavramlar günümüzdeki halini almıştır³⁹⁷.

Roma hukukunda objektif sorumluluktan kusur sorumluluğuna ve özellikle de ihmalden kaynaklanan sorumluluğa geçiş sürecinde Ariston felsefesinin etkisi olduğu, bu düşünce şeklinin etkilediği toplum yapısında başkalarına zarar vermemek konusunda dikkatli davranmak gerektiği fikrinin ortaya çıktığı ve bunun da bir sorumluluk ölçütü olarak geliştiği ifade edilmektedir³⁹⁸.

2. Thomas Aquinas

Tanrının bilgisi ve iradesi olmadan hiçbir şeyin olamayacağını temel ilke olarak kabul eden Hristiyan teolojinin egemen olduğu bir dönemde irade özgürlüğünü savunan orta çağ düşünürlerinden Thomas Aquinas, insanın sahip olduğu özgürlük bilincini, irade özgürlüğünün bir kanıtı olarak kabul eder. Bilinç sahibi bir varlık olan insan farklı alternatifleri ölçer, olasılıkları karşılaştırır ve ahlaka aykırı davranırsa bundan pişmanlık duyar. İnsanın kendisi hakkındaki bu bilinci irade özgürlüğünün bir kanıtı olmaktadır. Yine insanın davranışlarına göre ceza veya mükâfattan bahsedebilmek de özgür iradenin kabulünü gerektirir³⁹⁹.

3. İslam İtikat Düşüncesi

İslamda cebriye dışındaki diğer ekoller, irade özgürlüğünü kabul etmektedir. Ödül ve ceza, özgür olan ve davranışlarını kendi iradesine göre gerçekleştiren insan bakımından mümkündür.

³⁹⁶ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2014, s. 80.

³⁹⁷ UÇARYILMAZ, Talya Şans, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin, Ankara 2019, s. 32.

³⁹⁸ SAVAŞ, Abdurrahman, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", İHM, Y. 2022, C. 80, S. 2, ss. 537-582, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0006>, (Erişim T. 10.01.2024), s. 550.

³⁹⁹ IŞIKTAÇ, s. 484; GÜRİZ, s. 81.

Cebriye görüşüne göre, insanda seçme, iyiyi veya kötüyü işlemek bakımından bir tercih yapma kudreti bulunmaz. İnsan kendi fiili ile kurtuluş yolunu bulamaz, kaderi ne ise onu yaşar. Bu görüşün tam zıddı olarak kudret anlamında olmak üzere kaderiye denilen yaklaşıma göre, isteyen iyiliğe ulaşabilir isteyen ise kötülük içinde kalır. İnsan hayır veya şerri elinde tutar. Kul, kendi fiilinin yaratıcısı konumundadır.

Mu'tezile denilen yaklaşıma göre irade cüz'i ve külli irade olarak iki şekildedir. İnsan cüz'i irade sahibi ve akıllı bir varlıktır. Seçimlerini serbest bir şekilde yapar. İnsan, akli sayesinde iyiyi kötüden ayırabilir, iradesi sayesinde iyi davranışları yapabilir ve kötülüklerden kaçınabilir. Sorumluluk ve yükümlülük irade özgürlüğü sonucu olan akla ilişkin kavramlardır.

Eş'ariye görüşü, meydana gelen her şeyi Allah'ın yaratmasıyla olduğunu benimsemekle birlikte insan iradesi konusunda Kesb Teorisi'ni⁴⁰⁰ geliştirmiştir. Buna göre Allah mutlak faildir. Allah'tan başka fail yoktur. İnsan fiilini seçme özgürlüğüne sahiptir ancak onda fiili yaratma kudreti yoktur. İnsanın seçtiği fiil üzerinde azim ve isteği tam olunca Allah o fiili yaratır. Dolayısıyla insan fiilin yaratıcısı değil tercih edenidir. Eş'ari görüşü, mu'tezile görüşünde vurgu yapılan insan aklının ön plana çıkarılmasına karşıdır. İyi ve kötü, doğru ve yanlış, faydalı ve zararlı gibi yargıları yapmak fizikötesi bir değerlendirme faaliyetidir ve bu sorunlar akıl yardımıyla çözülemez. İnsanın akli aracılığı ile bu hususlarda varacağı sonuç kesinlik taşımaz. Kesinlik ve mutlaklık, vahiy ve ilham sayesinde olabilir.

Ma'turidiye görüşüne göre insan cüz'i irade sahibidir ve bu iradeye tanrı tarafından müdahale edilmez. Tanrı insana iyi olanı emretmiş ve kötü olanı yasaklamıştır. İnsan, iradesini kullanarak bunlar arasında seçim yapmaktadır. Bu şekilde akla dayanan bir ahlak anlayışı ortaya konulmuştur.

4. John Locke

Locke, özgürlüğü zorunlukla karşılıklı konumu içinde ortaya koymuştur. Özgürlük, ona göre, olumlu veya olumsuz anlamda, yani gerek bir davranışta bulunma, gerekse bir

⁴⁰⁰ Kesb teorisi, mu'tezile görüşünün ihtiyarî fiillerde kulu, ilâhî irade ve kudretten bağımsız hale getiren anlayışı ile cebriyenin, fiillerin meydana gelişinde kulun etkisi bulunmadığını iddia eden görüşü arasında mutedil bir fiil anlayışına ulaşmak için Sünnî âlimlerince düşünülp geliştirilen üçüncü bir teoridir. Bkz. <https://islamansiklopedisi.org.tr/kesb--kelam>, (Erişim T. 06.07.2022).

davranıştan kaçınma şeklinde, davranışın aklın belirlenimine tâbi oluşudur. Eğer bir davranış aklın belirlemesi dışında başka bir belirleyiciye tâbi ise burada, tıpkı tenis topunun hareketi gibi, özgürlükten değil zorunluktan söz edilebilir, özgürlük kavramında hiçbir zaman istem özgürlüğü kastedilmez. Locke'un mantığına göre, özgürlük de istem gibi bir kuvvet idesidir. Bu kuvvet ideleri, insan davranışlarında yer aldığı biçimiyle birer iktidar (yapabilme yetisi) durumundadır. Bu kuvvetler akılda oluşturulan bağıntılar olarak özgür davranışın çerçevesini oluştururlar⁴⁰¹.

5. Jean-Jacques Rousseau

Rousseau'nun yaşadığı dönem Fransa'sına baktığımızda karşımıza sosyal hayatta hakim olan bir kölelik düzeni çıkmaktadır. Rousseau, özgür sözcüğünü tutsak, köle kavramlarının karşısı olarak bir bağdan, bir baskıdan kurtulmuş olmak anlamında kullanmıştır. Ona göre doğal özgürlük, bilgisizliğe ve tutkulara köle olmak demektir. Kişi irade sahibidir ve böylece fizikötesi bakımdan özgürdür. İnsan iradesi ile diğer bütün varlıklardan ayrılmaktadır. Düşünen varlık olarak insanın duygularını yönetmesi, doğruyu yanlıştan iyiyi kötüden ayırma iradesi sayesinde. Kişi kararlarını, tutkularına ve içgüdülerine boyun eğerek değil irade sahibi olarak düşünce ve bilinçle vermektedir. Her birey, sözleşme ile topluma girerken, doğal özgürlüğünü yitirmekle beraber medeni özgürlüğünü kazanır. Birey iradesinin ürünü olan kanunlara tabi olmak, kendi koyduğu zincirle bağlanmak durumundadır. Bu durum onun özgür olmadığını göstermez, çünkü başkasının iradesine değil kendi iradesinin emirlerine tabidir⁴⁰².

Rousseau insan ruhunun kontrol mekanizmasını sağlayanın akıl değil, irade olduğunu savunmaktadır. Onun nazarında irade, ahlakın ve özgürlüğün temel kaynağıdır. Hristiyanlığın insanın dünyaya günahkâr geldiğini bu sebeple insanın kötü olduğu düşüncesine karşı çıkar. İnsanın özü itibarıyla iyi olduğunu ve insanın toplumsallaşmayla birlikte kötü olduğu görüşünü savunur.

6. Immanuel Kant

⁴⁰¹ **ÖZCAN, Mehmet Tefik**, John Locke'un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri, *İÜHFM*, Y. 1987, C. 52, S. 1-4, ss. 559-586, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95732>, (Erişim T. 28.06.2022), s. 574.

⁴⁰² **HİRS**, s. 137.

İrade özgürlüğü ile ilgili modern teorilerin çoğunun temeli Kant'a dayanmaktadır. Kant, insanın davranış alanını numen ve fenomen alan ayrımı yaparak irade özgürlüğünü açıklar. Davranış bu iki alanda birlikte gerçekleşmekle birlikte, dış evren yani fenomenal alanda nedensellik tarafından belirlendiğini kabul etmektedir. Ancak numen alanın kanunları farklıdır ve fenomenler dünyasının etkisi altında değildir. İradenin bir yönü numen alandadır ve bütünü ile özgürdür. Numen alanı psikolojik ve fenomenal etkilerden bağımsızdır. İnsan, özgürlüğü bertaraf eden kurallara değil, irade özgürlüğünü güvence altına alan ahlak kurallarına tabidir. Doğa kanunlarından farklı olarak ahlak kuralları neyin olacağını önceden belirlemezler. Seçim kişiye ait olduğu için irade, ahlak kurallarına aykırı olanı da seçebilir. Ahlaka aykırı olarak davranabilmek irade özgürlüğünün kanıtıdır. Ahlaki özgürlüğün temeli vicdandır. Vicdan insanın kendi istemine dayanan kararı dolayısıyla kendini sorumlu hissettiğini gösterir. Yine irade spontane olarak ortaya çıkar ki bu da irade özgürlüğünün bir göstergesidir⁴⁰³.

7. Pragmatizm

Pragmatik yaklaşıma göre irade özgürlüğü sorunu uygulanabilirlik bakımından ele alınmalıdır. İnsanlık için irade özgürlüğünün var olduğunun mu var olmadığına mı kabul edilmesinin daha uygun olacağı üzerinde durulmalıdır. İnsanın kendisini daha üst düzeye çıkarması, toplumda düzeni sağlayabilme ve bunu sürdürebilme irade özgürlüğünün kabul edilmesi halinde mümkündür. İrade özgürlüğünün reddi ise çoğu zaman insanı içinden çıkılmaz bir karamsarlığa götürür ve bir kaos ortamını düşündürür. Bunlardan tercihe layık olanı ilki olduğu için irade hürriyetini kabul etmek gerekir.

8. Varoluşçuluk

Varoluşçu felsefe akımı irade özgürlüğüne en önem veren akımdır. Varoluşçu felsefeye ait terimlerinin kabul gördüğü ilk önemli düşünür Jean-Paul Sartre'dır. Ona göre insan mutlak anlamda hürdür. Hür olmak insanın yazgısıdır. İnsanın kaderi sadece insana bağlıdır. Örnek olarak kardeşi işgal kuvvetlerince öldürülen Fransız genci, işgalci

⁴⁰³ İŞIKTAÇ, s. 486; GÜRİZ, s. 83.

Almanlara karşı savaşmak için İngiltere'ye geçmek veya annesinin yanında kalmak seçenekleri arasında karar vermek durumunda olsun. Sartre'a göre bu durumda bulunan birine hiçbir ahlak sistemi yol gösteremez, kişi kararını kendisi verecektir.

9. *Determinizm*

On yedinci yüzyıldan itibaren doğa bilimlerinde yaşanan gelişme dünyanın ve olayların mekanik bir açıklamasını mümkün kılmaya başlamıştır. Klasik fiziğin nedenselci yaklaşımı öylesine katıdır ki, evren köstekli bir saat gibi muntazam bir şekilde işlemektedir. Başlangıç verileri ve koşulları bilinirse sistemin geleceği hatta geçmişi de mutlak bir kesinlikle bilinebilir. Determinizm bu anlamda klasik fiziğin temel felsefesini oldukça iyi bir şekilde izah etmektedir. Determinizm görüşüne göre bütün olaylar birbirine bağlıdır. Her olay nedenlerle izah edilir, olayların birbirini belli etmesi, birbirinin neden ve sonucu olması düşüncesinin temel sonucudur. Fizik alanda geçerli olan nedensellik ilkesi, psikolojik alana da kıyas yoluyla uygulanabilir. İnsanın karar ve hareketleri de sonuç itibarıyla bir olay olduğundan bunlar kendilerinden önceki maddi ve manevi olayların sonucu sayılmalıdır, diğer olaylarda varlığı kabul edilen determinizmi, insan olaylarında reddetmek için sebep yoktur⁴⁰⁴. Yani insan karar ve hareketleri nedensellik ilkesi ile açıklanabilir. İnsanın bedeni büyük bir makineye benzetilebilir ve insan bu durumun bilincindedir. Ancak bu büyük makinenin determinizm kanunlarına bağlı olduğunu kabul etmek, kişiye üzüntü verdiği için irade özgürlüğü bir paravan olarak kullanılır.

On dokuzuncu yüzyılda determinist anlayışın bilim alanında hakim olması, nedensellik ilkesine aykırı olan irade özgürlüğü görüşüne de şiddetli bir karşı çıkışa neden olmuştur. İnsanın da mekanik yasalar çerçevesinde açıklanabileceği düşüncesi, zorunlu bir sonuç olarak irade özgürlüğünün reddini gerektirmiştir. Aslında insan özgür değildir; zaman, mekan ve olanaklar açısından insanı bağlayıcı bir çerçeve zaten daha başlangıçta belirlenmiştir. Bu gerekçelerle determinizm, insanın bir otomat olarak algılanması sonucuna ulaşmaktadır⁴⁰⁵. Bu görüşe göre bir meteorun düşmesi, bir uçağın infilak

⁴⁰⁴ HİRS, s. 72; EREN, İliyet, s. 7.

⁴⁰⁵ IŞIKTAÇ, s. 485.

etmesi, bir devlet adamının düşünmesi ve karar alması kısacası her şey kimsenin denetimine tabi olmayan daha önceki şartlar ve faktörler tarafından belirlenmektedir⁴⁰⁶.

Anlaşıldığı üzere determinist görüş kusuru kabul eden bir düşünce sistemi olmadığından kusur sorumluluğunu esas alan bir hukuk düzeninde sorumluluk süjesini de ortadan kaldırır. Sorumluluk hukukuna etkisi de tam bu noktada görülür. Determinist görüş, serbest iradeye dayanmayan davranışların da kişilere yüklenebilmesi ve bundan sorumlu tutulabilmesi düşüncesini pekiştirmiştir. Determinist tezler sorumlulukta objektif illiyete dayanmaktadır. Objektif sorumluluk olarak ifade edilen kusursuz sorumlulukta determinist düşünceye uygun olarak, davranışın kişiye yüklenmesinde kusur rol oynamaz. Toplum düzenini sağlamak için hukukun belirlediği sorumluluk öğelerinin gerçekleşmesi, o hukuk kuralının gösterdiği kişiyi sorumlu tutmak için yeterlidir. Hukukun burada sorumluluk yükleme motivasyonu, kişinin iradesine dayanan davranışının sonuçlarından ziyade hukuka aykırı görülen davranış veya durumun gerçekleşmiş olmasıdır⁴⁰⁷.

10. İndeterminizm

İndeterminizm, klasik fizik yasalarının modern fizikte (bunu parçacık fiziği veya kuantum fiziği olarak da ifade edebiliriz) yetersiz kalmasının tespitiyle ortaya çıkmıştır. 1900-1926 yılları arasında Planck, Einstein, Bohr, De Broglie, Schrödinger, Heisenberg, Pauli ve Dirac gibi önemli fizikçilerin öncülüğünde madde, enerji, zaman gibi evrenin yapısı ve işleyişine ilişkin olarak çok önemli keşifler yapılmıştır. Doğanın algılanmasında hakim olan determinist yaklaşım, mikro evrendeki işleyişin makro evrenden daha farklı olduğunun keşfedilmesiyle büyük bir darbe almıştır. Newton fiziğinde parçacığın zamanın belli bir kesitindeki momentumu ve konumu belirlidir. Heisenberg'in belirsizlik ilkesine göre ise bir atomaltı parçacığın momentumu ve konumu aynı anda tam ve kesin olarak belirlenemez. Birinden birinin belirlenmesinde netlik ne kadar arttırılırsa bu durum diğerinin tespitinde netliği azaltmakta, ona ilişkin bilgimizi kesin değil olasılık olarak ifade edebilmemize neden olmaktadır⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ GÜRİZ, s. 88.

⁴⁰⁷ KOÇİSARLIOĞLU, (Obj. Sorumluluk), s. 221; 237 ve dn. 347'de belirtilen yazarlar.

⁴⁰⁸ HEISENBERG, Werner, The Physical Principles of Quantum Theory, (çev. Carl Eckart ve F. C. Hoyt), Dover Publications, New York 1949), s. 20.

Dolayısıyla parça altı fizikte belirlilik, mutlak olarak değil ihtimal olarak ifade edilebilmektedir. Yine makro evrende takip edilen sebep sonuç ilişkisi burada takip edilememekte, parçacık için hareket determinist değil spontane olabilmektedir. Buradan hareketle basit bir akıl yürütmeye, parçacık hareketlerinde serbesti söz konusu olabiliyorsa nasıl olur da bütün maddi doğa için determinizm geçerli olabilir sorusu felsefecileri meşgul etmektedir. Kuantum fiziğinde yaşanan gelişmelerin Newton'un mekanik evren anlayışını sarsması⁴⁰⁹, aynı mekanikliğin insanın davranışlarının açıklanmasında kıyasen uygulanması yöntemini de temelinden sarsmış olmaktadır.

Modern fizik alanındaki buluşlar, irade özgürlüğünü reddeden determinist anlayışı hiç olmazsa belli bir oranda değerden düşürmüş ve bu durum da irade özgürlüğü görüşünün savunulabilmesi için elverişli bir ortamı hazırlamıştır. Zira doğada olaylar arasında kesin bir nedensellik ilişkisi olmadığı kabul edildiğinde insan davranışlarının da indeterminizmin geçerli olduğu ve insanın seçim yapma kudretinin bulunduğu daha güçlü bir şekilde ileri sürülebilir hale gelir⁴¹⁰.

11. Değerlendirmemiz

⁴⁰⁹ Burada “kuantum dolanıklılığı” konusunda yaşanan tartışma hakkında kısaca bilgi vermenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Dolanık parçacıklar birbiriyle tamamen aynı enerjiye, aynı spine, aynı momentuma sahip parçacıklardır. Kuantum fiziğine göre, aynı kuantum durumunu paylaşmış iki parçacık birbirinden ne kadar uzaklaşırsa uzaklaşırsın bunlardan birinin durumu ölçüldüğünde diğeri bu ölçüme simetrik olarak tepki vermektedir. Böyle bir durumun kabul edilebilmesi klasik fizik açısından ışık hızından daha hızlı bir iletişimin olabileceği düşüncesinin yolunu açar ki bu mümkün değildir. Nitekim Einstein da dahil olmak üzere bir grup fizikçi, dolanıklılık olarak adlandırılan bu ilkeye karşı çıkmıştır. Bu karşı çıkışın esası, yerellik ilkesine dayanır. Buna göre bir yerde meydana gelen fiziksel bir durum başka bir yerdeki fiziksel bir durumu doğrudan etkileyemez. İki parçacığın birbirinden farklı yerlerde olmasına karşın aynı anda etkilenebiliyor olmaları Einstein'ın uzay-zaman teorisine aykırıdır. Uzay-zamansal olarak farklı alanlarda bulunan iki şey için aynı “an”dan bahsedilemez. Kuantum mekaniğinin sunduğu dolanıklılık ilkesi, rölativistik nedensellik ilkesini ihlal ettiği ve ışıktan hızlı etkileşime izin verdiği için ya düzeltilmeli ya da kuantal gerçekliği tam tasvir edemediği için gizli değişkenleri de içerecek şekilde eksiklikleri giderilmelidir. (Einstein'ın var olabileceğini söylediği ‘gizli değişkenler’ kavramı esasen determinist yönelimlerin önünü keserek determinist çizgiyi koruma maksadıyla ortaya atılmıştır. Bkz. **DUYSAK, Erkan**, Gazâli'nin Nedensellik Anlayışı Ve Kuantum Fiziği Kopenhag Yorumu Belirsizlik İlkesinin Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Mardin 2015, s. 99). Meseleyi aydınlatmak için yapılması gereken deney düzenekleri teorik olarak kurgulanabilse de (burada John Stewart Bell'i hatırlatmak gerekir), pratik olarak 1970'lerden sonra incelenebilir hale gelmiştir. En bilinenlerinde biri olan ve Alain Aspect ve ekibi tarafından yapılan deneyin sonucunda, kuantum kuramının haklı olduğu, parçacıklar arasında bütünsel bir ilişkinin bulunduğu, ayrıca etki ile tepki arasında ışıktan daha hızlı hareket eden bir ilişki ve iletişimin bulunduğu ortaya çıkmıştır. Bkz. **ASPECT, Alain/GRANGIER, Philippe/ROGER, Gérard**, Experimental Realization of Einstein-Podolsky-Rosen-Bohm Gedankenexperiment: A New Violation of Bell's Inequalities, *Physical Review Letters*, C. 49, S. 2, 02.07.1982, ss. 91-94, <https://journals.aps.org/prl/pdf/10.1103/PhysRevLett.49.91>, (Erişim T. 06.07.2022). Bu sonuç klasik fizik yasalarının evreni açıklamakta yetersiz kaldığının da göstergesidir.

⁴¹⁰ **HİRS**, s. 72, 134; **EREN**, İliyet, s. 7.

İrade özgürlüğü ve hukuk ilişkisi için diyebiliriz ki özgürlük ve ahlak arasında kurulan bağlantı irade özgürlüğü ve hukuk arasında da kurulmaktadır. Hukuk kendi işlevini yerine getirirken insan kavramına bir kişilik ve bağımsızlık tanımıştır. Böylece insanları davranışlarından dolayı sorumlu tutma olanağını elde etmektedir. Sözleşme hukukunda temel ilke olan sözleşme serbestisi, irade özgürlüğünün bir görünümüdür. Bir irade ortaya koyma yeteneği bulunmayan ayırt etme gücünden yoksun kimselerin davranışlarının kural olarak sonuç doğurmaması ve bu anlamda hukuki işlemlerinin geçersiz olması da bu noktada hatırlanmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip bir kişinin yaptığı sözleşmenin hükümleriyle bağlı olmasının nedeni, onun isteseydi sözleşmeyi hiç yapmayabileceği halde yapmış olması veya daha farklı bir tarza yapabileceği halde o tarzda yapmış olmasında aranmalıdır.

Sonuç olarak irade özgürlüğü sorununda bütün disiplinler için geçerli olacak şekilde kesin ve genel bir sonuca varmak güçtür. İrade özgürlüğü sorunu hala sır olmakta devam etmekte, bu sırrı açıklayacak ve insanın iradi davranışını bütün ayrıntılarıyla belirterek sorunu kökünden çözecek bir teori henüz geliştirilememiştir. İrade özgürlüğünün varlığı kabul edildiğinde dahi davranışlarımızın belli ölçüde de olsa iç ve dış şartlar tarafından belirlendiği bir gerçektir. İnsanın fizyolojik ve psikolojik yapısı, içinde yaşadığı sosyal ortam, aldığı eğitim onun karakterinin oturmasında; karakteri de davranışlarının yönetilmesinde rol oynamaktadır. İrade özgürlüğü kavramının gerek ahlak gerekse hukuk alanı için bir zorunluluk olarak kabul edilmiş olması irade özgürlüğünün tüm koşullarıyla ispat edildiği anlamına gelmemektedir. Ancak ispat güçlüklerine rağmen hukukun düzen fonksiyonu olarak birlikte barış içinde yaşamayı tesis etmesi, irade özgürlüğünün kabul edilmesini felsefi olarak zorunlu kılmaktadır⁴¹¹.

B. KUSURUN LİBERAL VE BİREYCI AKIMDAKİ KONUMU

1. Liberal ve Bireyci Akımın Hukukla İlişkisi

Liberalizm, siyasi, iktisadi ve felsefi bir hareket olarak eşitlik, kişisel özerklik, bireysel haklar ve evrenselleştirilebilir ahlaki prensipler merkeze alınarak, topluma ve insan doğasına dair teorik görüşlerin ortaya atıldığı on yedinci yüzyılın ikinci yarısı ve on

⁴¹¹ İŞIKTAÇ, s. 489.

sekizinci yüzyıllarda gelişim göstermiştir. John Locke, Adam Smith, Immanuel Kant, Benjamin Constant, Frederic Bastiat, John Stuart Mill büyük liberal düşünürler olarak karşımıza çıkar. Klasik liberalizmin politik temelleri, sosyal sözleşme görüşünü savunan John Locke ve Immanuel Kant; ekonomik temelleri ise “bırakınız yapsınlar bırakınız geçsinler” söylemi etrafında Adam Smith tarafından atılmıştır⁴¹².

Liberalizm genel olarak rasyonellik, bireysel özgürlüğün maksimizasyonu ve hukuk yoluyla hükümet gücünün kontrol edilmesi temel görüşlerine dayanır⁴¹³. Epistemolojik, ontolojik ve yöntemsel anlamda düşünüldüğünde farklı liberal okul ve yaklaşımların hepsinde asıl olan birey ve onun istem, talep ve seçenekleridir. Liberalizmin metafizik özünü birey oluşturmaktadır ve bu metafizik öz kimi zaman da bireycilik olarak ifade edilmektedir⁴¹⁴.

Liberal siyaset teorisinin iki önemli temel unsuru bireysel hak ve özgürlükler ile serbest pazar ekonomisini de içeren ekonomik liberalizmdir. Liberal teori yurttaşı devlet temelli bir eksen ve devletin karşısında konumlanmış bir şekilde ele almaktadır⁴¹⁵. İnsanların devletten önce ve devletin üstünde, doğal hukuktan gelen temel hak ve özgürlükleri vardır. Temel hak ve özgürlüklerin kaynağı doğrudan doğruya insandır, insanın özüdür. İnsanın birincil çıkarı maddi ve manevi varlığını geliştirmektir. Devletler bu hak ve özgürlükleri çiğneyemezler. Bu anlayışa göre devlet, insanlar tarafından, insan hak ve özgürlüklerini güvenceye almak amacıyla, insanların rızasına dayanan toplum sözleşmesiyle kurulabilir. Devletin meşruiyetinin temeli, insanların rızası ve insan hak ve özgürlüklerini güvenceye almaktır.

Özgürlüğün temini için esas olarak devletin sınırlandırılması ve bunun da hukukla yapılması gerekir. Klasik liberalizmin müdahale etmediği hak ve özgürlükler sağlandığında yani, devlet insanların hak ve özgürlüklerine karışmadığı takdirde insanlar, kendileri için en uygun hareket tarzlarını belirleyebilir.

⁴¹² ÇEBİ, Sezgin Seymen, Liberal Teori, Toplumcu Yurttaşlık Kavramı ve Aristotelesçi Kentli Arkadaşlık, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C. 2, ss. 1595-1612, Beta İstanbul 2010, s.1597-1598.

⁴¹³ YÜKSEL, Murat, Liberal Düşünce ve Hukuk Anlayışı, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2004 (19), ss. 1873-1884, s. 1873.

⁴¹⁴ ÇEBİ, s. 1598.

⁴¹⁵ ÇEBİ, s. 1601.

Liberalizmin hukuk anlayışı doğal hukuka dayanır. Bu görüşe göre doğal hukuk⁴¹⁶, her zaman ve her yerde geçerli olan fakat yazılı olmayan ama yine de insanın aklıyla erişebileceği yasalardır. Bireyin en temel hakkı ise özgürlüktür. Yasaların ortaya çıkardığı ayrıcalıklı durum ve eşitsizlikler ortadan kaldırıldıktan sonra özgür bireyler, yeteneklerini, güçlerini, şanslarını en iyi biçimde değerlendirerek toplumda hak ettikleri yere ulaşabileceklerdir⁴¹⁷. İnsanın maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için en iyi ve en mükemmel yol insan iradesinin bağımsızlığıdır. Liberal devlet ve hukuk anlayışına göre birey ancak liberal düşünce içinde tam bir özgür varlık olabilir ve kapitalist ekonomi içinde diğerleri ile eşit şartlarda rekabet edebilir.

Liberal özgürlük teorisinde güncelliğini koruyan bir konu olarak negatif ve pozitif özgürlük düşünceleri⁴¹⁸, liberalizmin sistemli bir ideoloji olduğu günden bu yana önemini korumayı başarmıştır. Pozitif özgürlük, temel olarak, özgürlüğün kişinin kendi kendisinin efendisi olması durumunda özgürlüğün gerçekten var olacağı fikrinin ifadesidir. Bu ifade ile söylenmek istenen, hayatımızı devam ettirirken aldığımız kararların ne kadarının bizim kararlarımız olduğuyla ilgilidir. Bizi harekete geçiren, benliğimizin istediği şeyler midir, yoksa dışsalılıklardan edindiğimiz etkilenimler midir? Bu sorulardaki temel maksat insanın edilgen bir nesne olmaktan, etken bir özne olma durumu ortaya koyduğu takdirde özgür olduğunun ifade edilmesidir. Negatif özgürlük ise engellenmenin ve zorlamanın olmadığı bir durumu ifade etmektedir. Negatif özgürlüğün konusu olan baskı ve müdahale, içinde başka türlü hareket edilebilecek alan dahilindeki başka kişilerin amaçlı ve bilinçli müdahalesidir. Yerçekimi tarafından

⁴¹⁶ Doğal hukuk, insan doğasına içkin bazı evrensel adalet ilkeleri olduğu ve insan yapımı hukukun bu ilkelere uyması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Doğal hukuk yaklaşımı kapsamında kullanılan “hukuk” kavramı, pozitif kanunların arkasında yer alan, yasaya veya hukuka geçerlilik kazandıran ahlaki otoriteye göndermede bulunur. Burada ahlak teorileri genel olarak insan davranışlarına yön veren, doğal veya ilahi bir kaynaktan türeyen kuralları ve standartları ifade etmektedir. Pozitif hukuk anlayışına göre ise hukuk ve ahlak arasında açık bir ayrım vardır ve bu bakımdan hukuksal normlarla ahlaki normların bilimsel olarak uzlaşamaz. Bu görüşe göre hukukun kaynağı ahlak değil pozitif olgulardır. Hukukla ilgili çalışmaların, bilimsel bir hüviyet kazanabilmesi için, sadece olgulara yani var olan hukuk düzenine bakılarak, özgün bir yöntem izlenmesi gerekir.

⁴¹⁷ YÜKSEL, s. 1880.

⁴¹⁸ Temelleri Kant’a kadar dayandırılrsa da Thomas Hill Green’in öncüsü olduğu negatif ve pozitif özgürlükler kavramsallaştırması, özgürlüğün siyasal bir durum ya da erişilebilecek içsel bir hedef olduğu iddiasını gündeme getirmiştir. Alman düşünür Georg Jellinek’in insan hakları ile özgürlükler bağlamında negatif haklar ve pozitif haklar kategorizasyonu da negatif ve pozitif özgürlüklerin kavranması açısından dikkate değer bir katkıdır, bkz. **ERFİDAN, Yavuz Selim**, İki Özgürlük Anlayışı ve Thomas Hill Green’in Pozitif Özgürlüğe Etkisi, Liberal Düşünce Dergisi, Y. 2021, C. 26, S. 102, ss. 29-53, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1600195>, (Erişim T. 28.06.2022), s. 36 vd.

engellendiğimizi ve uçma özgürlüğümüzün olmadığını ifade etmek gibi fiziksel yetersizliğimiz ya da doğa durumları bizi baskılasa da bunlar özgürlüğün konusu olmazlar⁴¹⁹.

Kant'ın aydınlanma ve akıl içerisinde ifade ettiği tarzıyla insanın kendi kendisini anlaması ve kendi iradesini ortaya koyması olarak özgürlük fikri, bu şekilde pozitif özgürlüğün en temel argümanının bir örneğini ifade etmektedir. İnsanın kendi kabahatiyle düşmüş olduğu durumdan aklını kullanarak özgür bir şekilde çıkması olarak ifade ettiği aydınlanma, aynı zamanda pozitif özgürlükçü düşünenin de temel argümanı olarak insanın irade koyabilmesi olarak özgürlük fikrini de kapsamaktadır⁴²⁰. Özgürlük, insanın istemesi sonucu açığa çıkmakta ve özgürlük kavramıyla birlikte en yüksek iyi'ye ulaşma ideali gerçekleşmektedir. İnsanın kendi iradesiyle kendi aklını yönetebilmesi insanın özgür bir varlık olduğunu göstermektedir. Özgürlükten anlaşılması gereken, “kendinin efendisi olmak (sui iuris)” diğerlerinin iradesinden bağımsız olmaktır.

Toplumdaki insanların bir arada veya toplu olarak gösterdikleri davranışları ile ilgili bir sınıflama yapılırsa bireycilik ve toplumculuk tarzları gözlemlenir. Bireyciliğe karşıt bir konumda olan toplumcu kültürlerde “biz” bilinci hâkimken, bireyci kültürlerde “ben” bilinci gelişmiştir. Toplumcu kültürler, grubu ön planda tutarken, bireyci kültürler bireyi ön planda tutmaktadır⁴²¹.

Birey kavramı ile toplumdan ayrı ele alınan tek bir insan kastedilir. Ferdiyetçilik olarak da ifade edilen bireycilik, bireyin menfaatlerinin devletin veya sosyal bir grubun menfaatlerinden önce geldiğini savunur. Bireyler, diğer bireylerin haklarına zarar vermemek kaydıyla kendi istediği amacı kendi uygun gördüğü yoldan gerçekleştirme hak ve hürriyetine sahiptir⁴²².

Bireycilik düşüncesinin köklerine baktığımızda, on sekizinci yüzyılın sonlarından itibaren, aydınlanma düşünürleriyle birlikte bireyin aklı ve vicdanının ötesinde, yaratıcı

⁴¹⁹ ERFİDAN, s. 38.

⁴²⁰ ERFİDAN, s. 43.

⁴²¹ ÇARIKÇI, İlker Hasan/KOYUNCU, Osman, Bireyci-Toplumcu Kültür Ve Girişimcilik Eğilimi Arasındaki İlişkiyi Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010, Y. 2, S. 3, ss. 1-18, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/181739>, (Erişim T. 27.07.2022), s. 6.

⁴²² GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Basım, Bursa 2020, s. 135 vd.

veya toplumsal örgütlenmeler gibi, herhangi bir otoritenin kabul edilmediği fikri görülür. Bireycilik düşüncesinin gelişimi kapitalizmin gelişimi ve feodalizmin çözülüşüyle birlikte değerlendirilebilir. Bireyci düşüncenin gelişmesiyle birlikte, bireyler herhangi bir ailenin, topluluğun, toplumun, devletin, ideolojinin veya toplumsal yapının sürdürücüsü ve belli bir amaca yönelik taşıyıcı piyonlar olarak görülmekten kurtulmuşlardır. Bireyci akıma göre hürriyet, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde ifade edildiği üzere, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapma iktidarındır⁴²³.

Bireycilik söylemi, kapitalizm ve liberal demokrasi ile birlikte zirveye ulaşmıştır. Liberal ve liberter adalet, toplumsal adalet kuramlarını, toplumsal yükümlülüklerinden arındırılmış bağlantısız, özerk, haklarla donatılmış birey üzerine inşa ederler. Birey olgunlaştığı andan itibaren, kendisinin tamamen farkında, öz-bilinçliliği ve rasyonelliği sayesinde seçimler yapabilen, kendisi için neyin doğru, neyin iyi olduğuna karar verebilen dolayısıyla ahlakın ve adaletin taşıyıcısı faildir⁴²⁴. Adalet, bireyin kendisini ve onun kutsal haklarını korumak, bireyi bütünü olası tahakkümüne karşı savunmak olarak kurgulanmıştır. Burada devlet ve toplumsal kurumlar adaleti sağlamakla değil, bireylerin taşıyıcısı oldukları adaleti korumakla yükümlüdürler⁴²⁵.

2. Liberal ve Bireyci Anlayışın Sorumluluk Tasavvurunda Kusura Duyulan Gereklilik

Orta çağın ortak hukuku, hukuki ilişkilerin düzenlenmesini özellikle kanun koyucuya bırakmakta, bireylerin bu sahadaki serbestisini kısıtlamakta iken on dokuzuncu yüzyıl itibarıyla hukuki işlem teorisi, bireyci ve liberal prensiplerin tesiri altında şekillenmiştir⁴²⁶. 19. asrın başında ve 20. yüzyılda kanun koyucular liberal dünya görüşünün etkisinde kalarak özel hukuk sükeleri arasındaki ilişkileri düzenlerken serbest iradeye önem veren bir yapıyı esas almıştır. Bu temel yapı, kişilerin kendi kaderlerini

⁴²³ GÖZLER, s. 136. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi çok büyük ölçüde bireyci doktrinden esinlenmiştir. Bildiri, ferdi en üstün değer olarak kabul etmekte, devletin temel görevinin ferdi korumak olduğu anlayışında ve mülkiyet hakkı gibi ferdiyetçi doktrinin savunduğu hakları kabul etmektedir, bkz. GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Basım, Bursa 2020, s. 502.

⁴²⁴ KİBAR, Sibel, Dört Bireyci Kuramın Toplumsal Adalet Sorununu Ele Alışlarındaki Temel Varsayımlarının Bir Eleştirisi, *Kaygı* 2016, S. 28, ss. 1-16, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307169>, (Erişim T. 27.07.2022), s. 5.

⁴²⁵ KİBAR, s. 12.

⁴²⁶ UMUR, Ders N., s. 185.

kendilerinin belirlemesine hizmet eden irade serbestisi ilkesinde kendini göstermektedir⁴²⁷. Bu bağlamda sorumluluğun kusura dayandırılması, insanı merkeze alan bir düşünce sisteminin sonucudur. Sorumluluğun temelinde, bilinçli bir irade ve bu iradenin sonuçlarına katlanması diğer bir deyişle kusur yatar. Bu nedenle kusur, aslında özgür irade sahibi bireyin seçimlerinin sonuçlarına katlanması olarak da ele alınabilir⁴²⁸. Kişiler özgür seçimlerinin, hür iradelerinin sonuçlarına katlanmış olurlar ki zararı telafi etme yükümlülüklerinin de buna bağlanmış olması doğal ve adildir⁴²⁹. Tazminat yükümlülüğünün, irade özgürlüğünü yani iradenin serbestçe kullanılmasını aşırı derecede kısıtlamaması gerekmektedir. İsnadiyet, özgürlüğe ilişkin muhtemel bir sınırlamanın tolere edilebilir düzeyde olmasını, yani gerçekten de hukukun üstünlüğü kapsamında gerekli olan bir kısıtlamasını içerir. Zarar, buna sebep olan kişiye dayandırılabiliriyorsa, o zaman tazmin etme yükümlülüğü doğar. Kendi kusuru olmaksızın gerçekleşen haksızlık nedeniyle tazminat yükümlülüğünün kabul edilmesi, hareket özgürlüğünü dramatik şekilde kısıtlayacaktır. Özgürlüğün sağlanması böylece kendisini kusur ilkesinde gösterir⁴³⁰.

Kişi, kusuru olmadığı sürece dilediği gibi hareket edebilir. Bu hareket özgürlüğü, kişi zarara sebep olsa dahi kusursuz olması halinde sorumluluğuna sebep olmadığından ona geniş bir özgürlük alanı sağlamaktadır. Mevcut statükonun korunması ile hareket özgürlüğünün çatışması halinde kusur prensibinin tercihi, hareket özgürlüğünden yanadır. Bu tercihin aynı zamanda ekonomik hayatta teşebbüste bulunma gücü olan tarafın lehine olduğu açıktır. Bireyci kültürlerde hâkim olan değerler; öz güven, bağımsızlık eğilimi, akılcılık, iç denetim, odaklılık vb.'dir. Bu değerlerin başarılı girişimcilerin sahip olması gerektiği değerler olduğu açıktır. Dolayısıyla bireyciliğin baskın olduğu kültürlerde girişimcilik eğiliminin yüksek olması ve bu toplumlardaki girişimcilerin sayısının fazlalığı doğal bir sonuçtur⁴³¹.

Sermaye sahipleri, üretimde kullanılacak alet ve vasıtalarla sahip olup girişecekleri faaliyetlerde zarara sebep olma ihtimalleri toplumdaki zayıf kimselere göre çok daha

⁴²⁷ KIRCA, s. 33.

⁴²⁸ BAYSAL, HFH, pn. 1.7.

⁴²⁹ BAYSAL, HFH, pn. 2.14.

⁴³⁰ DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 892.

⁴³¹ ÇARIKÇI/KOYUNCU, s. 7.

fazladır. Üstelik bu faaliyetlerinden çoğu zaman zarar görecektir kesim de toplumun bu zayıf tarafıdır. Kusur ilkesinin parlak çağını yaşadığı on dokuzuncu yüzyılın entelektüel düşüncesinin liberalizm olduğu; ekonomisinin ise agresif gelişim arzusu taşıyan burjuva sınıfını barındırdığı dikkate alındığında bu dönemde kusura neden bu önemin verildiğinin şifreleri de çözülmüş olmaktadır. Kusur ilkesi, hem bireyci anlayışa uygun düşmekte hem de bireysel ekonomik atılım sürecinde, zarara uğrayanlar lehine duygusal endişe duyulması nedeniyle engellenmekten hoşlanmayan gelişmekte olan girişimci tabanın ihtiyaçlarına yeterince cevap vermektedir⁴³².

II. ROMA HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMININ GELİŞİMİ

Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olan İsviçre – Türk Medeni Hukukunun ve bu anlamda çalışma konumuzun temelini Roma hukukuna dayandığı bir gerçektir⁴³³. Roma hukuku, MÖ 753 yılında devletin kuruluşundan Iustinianus'un ölüm tarihi olan MS 564 yılına kadar yaklaşık 1300 yıl devam etmiştir⁴³⁴. 1900 yılında Alman Medeni Kanunu (BGB), 1907 yılında İsviçre Medeni Kanunu ve 1911 yılında İsviçre Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra Roma Hukuku'nun uygulamada doğrudan kullanılma döneminin sona erdiği ancak bu kuralların çoğunun çağdaş kanunlarda madde haline dönüştürülmesi nedeniyle, dolayısıyla da olsa Roma Hukuku'nun yürürlükte olma durumunu koruduğu belirtilmektedir⁴³⁵.

Kast, ağır ihmal ve hafif ihmal gibi kusur dereceleri, zarar kavramı ve türleri, sorumsuzluk anlaşmaları, fayda prensibi gibi birçok kavram, kökenini Roma hukukunda

⁴³² **FLEMING, John G.**, The Role of Negligence in Modern Tort Law, *Virginia Law Review*, 1967, Vol. 53, No. 4, ss. 815-846, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1071415.pdf>, (Erişim T. 27.07.2022), s. 818.

⁴³³ Roma hukukundan günümüze kadar olan sürecin kısa tarihi için bkz. **PICHONNAZ, Pascal**, Die Schweiz und das Römische Recht Ein Bild in groben Zügen, *DEÜHFD*, Y. 2014, C. 16, Özel Sayı, ss. 3123-3148, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/PASCAL-PICHONNAZ.pdf>, (Erişim T. 12.01.2024), s. 3124 vd.; **KÜÇÜK, Eşref**, XII. Yüzyıl Rönesansı Ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, *AÜHFD*, Y. 2007, C. 56, S. 4, ss. 111-122, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627357>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 112 vd.; **TAHİROĞLU**, s. 2-11; **RADO**, s. 1-3.

“İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunlarının iktibas ile, Türkiye, Kara Avrupa’sı denilen hukuk sisteminin içine girmiş olmaktadır. Bunun temelinde ise, esas olarak Roma Hukuku bulunmaktadır. Diğer Avrupa ülkeleri gibi, İsviçre Özel Hukuku da, özellikle Borçlar Hukuku alanında Roma Hukuku’ndan kaynaklanmıştır.”, bkz. **EMİROĞLU, Haluk**, Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis Ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu, *AÜHFD*, Y. 2002, C. 51, S. 3, ss. 85-96, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629046>, (Erişim T. 30.05.2023), s. 96.

⁴³⁴ **SAVAŞ**, s. 542.

⁴³⁵ **UMUR**, Ders N., s. 133; **EMİROĞLU**, s. 95.

bulmaktadır⁴³⁶. Bu sebeple çalışmamızın ilerleyen bölümlerine geçmeden önce aşağıda Roma hukukuyla ilgili bilgilere yer verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak şimdiden belirtmek isteriz ki günün ihtiyaçlarına pratik bir yaklaşımla çözüm üretmeye çalışan bu hukuk sisteminde sorumluluğu kusurun varlığına dayandırma düşüncesi zaman içinde tekemmül etmiş olsa da dört başı mamur bir kusur teorisinin şekillendiğinden bahsetmek mümkün değildir.

A. ROMA HUKUKUNDA SORUMLULUK ANLAYIŞI

Roma hukukunun tarihsel gelişimi incelendiğinde genellikle üç devirden bahsedildiği görülmektedir: M.Ö. 753-M.Ö. II. yüzyıl ortalarını kapsayan Eski hukuk devri; M.Ö. II. yüzyıl ortaları-M.S. III. yüzyılı kapsayan Klasik hukuk devri; M.S. III. yüzyıl-VI yüzyılı kapsayan ve Iustinianus döneminin de içinde yer aldığı Postklasik devir.

Roma sorumluluk hukuku anlayışında zaman içerisinde sürekli bir gelişimin olduğu ve eski hukuk devrinde objektif sorumluluğun, klasik hukuk devrinde kusur sorumluluğuna doğru bir gidişin, Iustinianus hukukunda ise kusur sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmektedir⁴³⁷.

Genellikle ilkel hukuklarda basit olan objektif sorumluluk uygulaması, her ne kadar o dönemin hukukçuları tarafından bu şekilde anılmış olmasa da Roma Hukukunun eski hukuk döneminde de geçerliydi⁴³⁸. Buna göre zararın doğmasına sebep olan kişi, somut olayın özellikleri veya şahsi durumu dikkate alınmaksızın sorumlu tutulur. Fail, zararın doğumuna sebebiyet verdiği için sorumludur. Roma'da klasik ve klasik sonrası hukuk

⁴³⁶ GÖNENÇ, s. 28.

⁴³⁷ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 29; ZİLELİOĞLU, Hilal, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, *AÜHFD*, Y. 1987, C. 39, S. 1, ss. 241-264, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/630487>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 241; GÜVEL, Övünç, Roma Hukukunda Sorumluluk, *SÜHFD*, Y. 2017, C. 25, S. 2, ss. 375-404, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/387034>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 380; DİNÇER ARAZ, Nilgün, Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (Diligentia)”, *DEÜHFD*, Y. 2020, C. 22, S. 1, ss. 171-218, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1009154>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 173.

Kusura dayanan sorumluluk ve kusursuz sorumluluğa ilişkin prensiplerin uzun bir zaman diliminde yürürlükte olan Roma hukukunda birlikte uygulandığı; bazı dönemlerde bu prensiplerden birisinin diğerine nazaran daha ön planda olduğu, başka bir zamanda diğer prensibin öne çıktığı ancak hiçbir zaman sadece bir prensibin tek başına uygulanmadığı görüşü için bkz. SAVAS, s. 543. Zaman içerisinde değişen sorumluluk esaslarının günümüze kadar uzandığı ve modern kanunları etkilediğinde ise tereddüt bulunmamaktadır.

⁴³⁸ RADO, s. 23; BERK ERİŞİR, s. 26, 27.

dönemlerine nazaran eski hukuk döneminde sorumluluk objektifti. Kusur, hem sözleşmesel hem de haksız fiil sorumluluğu için kurucu bir unsur değildi⁴³⁹. Sonuç esaslı olan bir yaklaşım vardı ve buna göre davranışı ile başkasına zarar veren bundan sorumlu tutuluyordu. Klasik hukuk devrine kadar esasen hukuki sorumluluk sistemi gibi bir anlayışın gelişmediği, ceza ve tazminat hukuklarının iç içe olduğu bu sistemde, öç almaya veya kısasa dayanan bir yaptırım anlayışı vardı⁴⁴⁰. Bir şekilde zarar ortaya çıkmışsa esas olan, zarar verenin bunu tazmin etmesiydi ve burada zarar verenin kusuru konusunda ayrıca bir değerlendirme yapılmıyordu⁴⁴¹.

Bu durum sözleşmeye aykırılık hallerinde de böyleydi. Eski hukuk döneminde ferden belirli olan bir şeyin verilmesine yönelik olarak ortaya çıkan *stricti iuris* borçlarda, borçlanılan edimin yerine getirilmemesi mutlak anlamda sorumluluk doğurur, bu borcun neden yerine getirilmediği ile ilgilenilmezdi⁴⁴². Mücbir sebep denilen “vis maior” söz konusu olmadıkça factum debitoris yani borçlunun fiili, sorumlu tutulması için yeterliydi. Factum debitoris kuralına göre sözleşmeye aykırılık, borçlunun olumlu, iradi bir davranışından ileri gelmektedir. Borçlunun davranışı alacaklının zararına bir sonuç ortaya çıkarıyorsa vis maior ya da üçüncü kişinin davranışı aradaki illiyet bağıını kesmediği sürece borçlu zarardan sorumlu tutulurdu. Davranışın kusurlu olup olmaması önemli değildi, ifa etmemenin borçlunun davranışının sonucu olması yeterliydi⁴⁴³. Ancak factum debitoris’in zaman içerisinde daha geniş bir şekilde ele alınmasının, sübjektif sorumluluğa geçişte etkili olduğu söylenmektedir. Çünkü hukukun gelişimi çerçevesinde borçlunun sübjektif durumu da ele alınmış ve bunun sonucunda sübjektif

⁴³⁹ **SOMER, Pervin**, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Derin Yayınları, İstanbul 2008, s. 46; **KOÇİSARLIOĞLU**, (Obj. Sorumluluk), kn. 9, 14; **OĞUZ**, s. 11 vd.; **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 12-13.

⁴⁴⁰ On İki Levha Kanununda şahsi öç almaya ait hükümlerin yanı sıra intikamın zarar ile orantılı hale getirilmesi ve yasal olarak bir zorunluluk olmamakla birlikte zararın diyet usulüyle yani üzerinde mutabık kalınan bir miktar parayla giderilmesi gibi daha ilerici bir anlayışın bulunduğu ifade edilmektedir, bkz. **SOMER**, s. 9, 20.

⁴⁴¹ **İMRE, Zahir**, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, (Kıs. İMRE, Kusursuz Mesuliyet), s. 50. Ancak On İki Levha Kanunu’ndan önce kral Numa tarafından çıkarılan bir yasa ile özgür bir kişinin ölümüne kasıtlı olarak neden olup olmamaya göre ayırım yapıldığı belirtilmektedir. Buna göre kast varsa fail ölümle cezalandırılıyor; kast yoksa kefarete olarak bir koçun kurban edilmesi yeterli sayılıyordu. Bu hususta bkz. **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 13; **SAVAŞ**, s. 547.

⁴⁴² **SAVAŞ**, s. 555.

⁴⁴³ **OĞUZ**, s. 12, 21.

sorumluluk uygulanmaya başlanmıştır⁴⁴⁴. Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk alanında kusursuz sorumluluk, uzun bir süre varlığını sürdürmüş ve bir süre farklı sorumluluk kıstaslarına bağlı olarak kusur sorumluluğu ile birlikte uygulanmıştır⁴⁴⁵.

Medeniyetin, hukuki gelişimin ve dolayısıyla kusur gibi bir kavramın yeterince olgunlaşmadığı bu dönemde, fena bir harekette bulunan kimsenin bunun neticelerine katlanması ve böylece herkesin işlediği zararlı fiilden sorumlu tutulması düşüncesi doğal karşılanmalıdır.

On İki Levha hukuku döneminde kasıtlı ve kasıtlı olmayan fiiller arasında ayırım yapılmaya başlanmıştır. Örneğin öldürme, hırsızlık, yangına neden olma suçları için belirlenen cezaların verilmesi için failin kastının bulunması gerekiyordu. Bu durum aslında sorumluluk için kastın arandığını ama bunun açıkça ifade edilmediğini çünkü o dönemin sorumluluk anlayışı olan objektif sorumluluk anlayışının buna gerek bırakmadığını göstermektedir⁴⁴⁶. Cumhuriyet döneminde eşyaya zarar vermeden dolayı sorumluluk için zarara kusurla sebep olunması şart tutulmuştur. MÖ 286 yılında *Lex Aquilia de Damno* ile genel bir haksız fiilden doğan sorumluluk teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır. *Lex Aquilia*, haksız fiilde kusuru düzenleyen ilk kanun olmuş ve bu sebeple haksız fiildeki kusuru ifade etmek üzere culpa Aquiliana ifadesi kullanılmıştır⁴⁴⁷. Kusur izafesi, hareketin başkalarına zarar verebileceği ihtimalinin dikkate alınması gerekirken bunun yapılmamış olmasında yatar. İnsan iradesini ilgilendiren psişik bir durum olarak kusur, iradenin hukuken beklenileni yerine getirecek kadar kuvvetli olmaması, zayıf veya eksik olmasıdır⁴⁴⁸. Bu çerçevede kusurun kast (dolus) olarak gelişmeye başladığı, ihmal anlamında culpanın ise *Lex Aquilia*'da düzenlenmiş olan damnum iniuria datumun öğelerinin klasik ve klasik sonrası hukuk

⁴⁴⁴ **BERK ERİŞİR**, s. 39.

⁴⁴⁵ **SAVAŞ**, s. 544.

⁴⁴⁶ **SAVAŞ**, s. 547.

⁴⁴⁷ **SOMER**, s. 47; **SAVAŞ**, s. 549. Kusur akdi veya akit dışı (hukuki) olur. Zarar, akit veya başka bir sebep ile olsun, önceden mevcut bir borç münasebetinin ihlalinden doğmuşsa kusur, akdidir. Zarar gören ile zarar verenin arasındaki bir hukuki münasebetin ihlalinden doğmayan zararlarda akit dışı, “hukuki kusur” söz konusu olur. *Lex Aquilia*'da zarar verenle aralarında hiçbir hukuki ilişkinin bulunmadığı kişilerin mallarına verilen zarar düzenlendiğinden bu çeşit kusura culpa Aquiliana denmektedir. Bkz. **UMUR**, Ders N., s. 220; **DI MARZO, Salvatore**, Roma Hukuku, (Çev. UMUR, Ziya), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1954, s. 86.

Lex Aquilia'nın M.Ö. 287-286 ya da M.Ö. 289-286 yılları arasında yürürlüğe girdiği düşünülmektedir, bkz. **SOMER**, s. 4.

⁴⁴⁸ **SOMER**, s. 48; **RADO**, s. 24.

dönemi öğretisi tarafından geliştirilmesinin sonucu olarak sorumluluğun öğelerinden biri haline geldiği belirtilmektedir⁴⁴⁹. Daha sonraları culpa lata ve culpa levis kavramlarıyla ifade edilecek olan kusurun ağırlığı konusunda “en hafif ihmalin” de dikkate alınacak olması, culpa Aquilia’nın dikkat çeken bir özelliğidir⁴⁵⁰. Burada Albertario’ya atıfla belirtilen şu açıklamaya dikkat çekmek gerekmektedir: klasik hukuk döneminde Lex Aquilia’ya göre sorumluluğun doğması için Ius Civile’nin tanıdığı diğer haksız fiillerde olduğu gibi damnum iniuria datum’da (mala verilen zarar) da zarar verme kastının varlığı gerekliydi. Çünkü Lex Aquilia’da culpa, iniuria kavramı altında incelenmiş ve böylelikle nedensellik bağı ve kusur birbirine karıştırılmıştır. Doğu Roma hukukunda ise Lex Aquilia’daki culpa kavramı değişikliğe uğratılmış ve culpa, özen eksikliğini, dikkatsizliği içine alacak şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla mala verilen zararda sorumluluk için ihmalin yeterli olması olgusu, klasik hukuk dönemi değil Doğu Roma hukukuna aittir⁴⁵¹.

Roma hukukunda kusursuz sorumluluk anlayışının haksız ve ağır sonuçlarının törpülenmesi ve kusur sorumluluğuna doğru geçiş sözleşmesel sorumluluk alanında da yaşanmıştır. Klasik dönem Roma hukukunda kusursuz sorumluluk sisteminde borç bir sonuç taahhüdü olarak algılanmaktaydı ve “dare” borçlarında borçlunun ifada bulunmaması halinde sorumluluğun doğması için kusur unsurunun bulunması gerekmezdi. Factum debitoris’in yanı sıra bu dönemde “custodia”, sorumluluğun önemli ölçüsüydü. Gözetim sorumluluğu olarak ifade edilebilecek olan custodia ölçütünün ilk olarak Roma’nın hangi döneminde ortaya çıktığı görüş farklılıklarına yol açsa da eski hukuk döneminde uygulanan sonuç sorumluluğunun daha sonraki dönemlerde yerini aldığı belirtilmektedir⁴⁵². Bu ölçüte göre satım, ödünç, eser sözleşmesi gibi, bir sözleşmeye dayanarak başkasına ait bir malı elinde bulunduran kişi⁴⁵³, mala gelecek zararlardan kusuruna bakılmaksızın (iyi bir aile babasının göstereceği özenden daha

⁴⁴⁹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 14.

⁴⁵⁰ SAVAŞ, s. 549.

⁴⁵¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 130.

⁴⁵² BERK ERİŞİR, s. 37.

⁴⁵³ Custodia ölçütü her sözleşme ilişkisinde değil başkasına ait bir malın, onun malikinin iradesiyle elinde bulundurulduğu sözleşme ilişkilerinde uygulama bulduğu belirtilmektedir, bkz. BERK ERİŞİR, s. 37.

fazlasının gösterilmesine rağmen) sorumlu tutulurdu⁴⁵⁴. Örneğin otelciler, gemiciler, genel ahır sahipleri, ariyet alanlar kendisine bırakılan şeyin dikkatli ve devamlı bir nezaretle önlenmesi mümkün olan zararından sorumlu tutuluyordu. Custodia sorumluluğu işletme sahiplerini beklenmeyen hallerden (casus), özellikle başkası tarafından işlenen hırsızlık fiilinden de sorumlu tutan bir ölçüttü⁴⁵⁵. Bu özelliği custodia sorumluluğunu garanti sorumluluğuna yaklaştırmaktadır⁴⁵⁶. Diğer bir ifadeyle custodia sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk alanındaki görünümüdür⁴⁵⁷. Ancak yine de mücbir sebepten ileri gelen zararlarda borçlunun sorumluluğuna hükmedilemezdi⁴⁵⁸. Beşerî kuvvetle engellenemeyecek türdeki olaylar custodia sorumluluğunun kapsamına dahil edilmemiştir⁴⁵⁹. Örneğin sel, deprem, savaş, yıldırım düşmesi, büyük bir yangın, fırtına vb. söz konusu olduğunda borçlu borcundan kurtulurdu⁴⁶⁰.

Sübjektif bir ölçüte ihtiyaç duyulmayan klasik dönem Roma sorumluluk hukukunda culpa, sözleşmeye dayanan bazı durumlarda uygulanmakla birlikte custodia gibi genel bir ölçüt haline gelmemiştir⁴⁶¹.

Lex Aquilia ile konulmuş kuralların geliştirilmesi ve değiştirilmesi çabalarının sonucu olarak özellikle culpa, nedensellik bağı, iniuria öğeleri birbirinden ayrılmış; dolus, culpa lata, culpa levis kavramları geliştirilmiştir. Iustinianus dönemine gelindiğinde, klasik dönemdeki objektif sorumluluk hallerinin çoğu hafifletilmiş ve kusur sorumluluğu ilke haline getirilmiştir⁴⁶². Bu ilkenin uygulanabilmesi için de klasik dönem hukukçularının eserleri interpolatio yoluyla değiştirilmiştir. Bu surette farklı sorumluluk esaslarının hakim olduğu önceki dönemlerde ve özellikle klasik hukuk dönemindeki sorumluluk

⁴⁵⁴ **DI MARZO**, s. 325; **RADO**, s. 29; **KOSCHAKER, Paul**/**AYİTER, Kudret**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993, s. 197; **ZİLELİOĞLU**, s. 250; **GÜVEL**, s. 382; **OĞUZ**, s. 19; **SAVAŞ**, s. 556.

⁴⁵⁵ **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 100.

⁴⁵⁶ **SAVAŞ**, s. 557; **BERK ERİŞİR**, s. 38.

⁴⁵⁷ Custodia sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olduğu teorisi on dokuzuncu yüz yılda ortaya çıkmıştır. Ancak bunun culpa ile değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur. Bu hususta bkz. **BERK ERİŞİR**, s. 41 vd.

⁴⁵⁸ **AKINCI**, 35; **RADO**, s. 30; **SAVAŞ**, s. 557; **MINDİZ, Emine**, Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia'nın Yeri, *TBB Dergisi*, Y. 2021/34, S. 157, ss. 381-406, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2021-157-2015>, (Erişim T. 30.01.2024), s. 383.

⁴⁵⁹ **BERK ERİŞİR**, s. 38.

⁴⁶⁰ **OĞUZ**, s. 20; **RADO**, s. 29.

⁴⁶¹ **OĞUZ**, s. 20; **MINDİZ**, s. 384.

⁴⁶² **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 24.

kıstasları, kusur sorumluluğu ilkesi doğrultusunda revize edilerek dönemin sorumluluk hukuku anlayışına uydurulmuştur⁴⁶³.

Iustinianus döneminde custodia sorumluluğunun istisnai haller dışında uygulanmadığı, sorumluluğun en hafif özensizliği de içerisine alan bir kusur sorumluluğuna dönüştüğü görülmektedir. Ancak custodia sorumluluğundan birden vazgeçilmemiş ve klasik sonrası hukuk döneminde diligentia sorumluluğu, bir ölçüt olarak custodia'nın yerine geçmiştir⁴⁶⁴.

Diligentia, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna geçişte önemli bir kilometre taşı olmuştur. Diligentia, malların idaresinde ve borçların ifasında gösterilmesi gereken dikkat ve özendir⁴⁶⁵. Klasik sonrası hukuk döneminde diligentia, hafif ihmalin (*culpa levis*) bir olayda varlığını tespit etmek için kullanılırdı. Iustinianus döneminde diligentia'ya aykırı her davranış, en azından hafif ihmalle gerçekleştirilmiş bir davranış olarak, sorumluluk gerektiriyordu. Sorumlu olmak istemeyen borçlu, zararın oluşmaması için gerekli dikkat ve özeni göstermek zorundaydı. Ancak bu dikkat ve özenin derecesi her borç ilişkisinde farklı derecelerde olabiliyordu⁴⁶⁶. Borçlunun sorumlu tutulması için ona yüklenmesi gereken en azından hafif ihmalin belirlenmesinde, bazen normalin üstünde, çok yüksek bir dikkat ve özen; bazen de iyi bir aile babasının ya da kişinin kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen ölçütü olarak alınıyordu⁴⁶⁷. Diligentia'nın kusur sorumluluğuna geçişteki düğüm noktası olması ona tarihi süreçte farklı anlamların yüklenmesiyle izah edilmektedir. Başlarda diligentia, custodia ile eşdeğer bir anlamda kullanılırken sonraları culpa ile ilişkilendirilmiş ve kusur sorumluluğunda kusurun belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılmıştır.

B. ROMA HUKUKUNDA KUSUR (CULPA) SORUMLULUĞU

Birçok hukukçunun⁴⁶⁸ culpanın anlamının klasik sonrası dönemde aranması gerektiği yönünde görüşleri bulunmakla birlikte klasik hukukta culpanın nasıl anlaşıldığı

⁴⁶³ SAVAŞ, s. 554.

⁴⁶⁴ DİNÇER ARAZ, s. 177; SAVAŞ, s. 560; MINDİZ, s. 384.

⁴⁶⁵ UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İÜHF Yayınları, İstanbul 1983, s. 58; DİNÇER ARAZ, s. 184. Diligentia, dikkat ve özen anlamıyla negligentia yani dikkatsizliğin, ihmalin karşıt anlamındadır.

⁴⁶⁶ AKINCI, s. 36.

⁴⁶⁷ DİNÇER ARAZ, s. 184; AKINCI, s. 36.

⁴⁶⁸ Bu yazarlar için bkz. OĞUZ, s. 31, dn. 45.

konusunda temelde üç yorumun geliştirildiği söylenebilir. Culpanın en yaygın kullanımı, dolus bulunmayan durumlarda neglegere yani ihmal anlamıdır. Diğer bir culpa kullanımı ise belirli bir durumda zarara neden olan fiili ifade etmek üzere nedensellik anlamıdır. Son olarak culpanın ihmalden daha geniş bir anlamda, kusur veya ayıplama olarak kullanımı bulunmaktadır⁴⁶⁹. Culpa sorumluluğu, ilk defa Lex Aquilia çerçevesinde geliştirilmiş ve pek çok alana aktarılmıştır. Roma hukuku metinlerinde culpa, hem geniş anlamıyla kusur anlamında hem de dar anlamıyla ihmal anlamında karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁰.

Klasik dönemde kazuistik yöntem benimsenmiş olduğu için genel bir culpa tanımı yapılmamıştır; culpa, iniuria yani hukuka aykırılık kavramı içinde düşünülmüştür. Klasik sonrası hukuk döneminde Yunan felsefesinin de etkisiyle hukukçuların olayları tanımlama, sistemleştirme ve genelleştirme çabalarının bir sonucu olarak culpa kavramı geliştirilmeye başlanmıştır⁴⁷¹. Culpanın dikkatli ve özenli bir kişinin öngörebileceği şeyi öngörmemek olarak tanımlandığı pek çok metin vardır⁴⁷². Cumhuriyet dönemi hukukçularının iniuria kavramı üzerindeki çalışmaları ve mala verilen zarardan sorumlu tutulabilmek için kusur unsurunun bulunmasının şart olarak aranması culpanın önemini arttırmıştır⁴⁷³.

Culpanın gelişim çizgisine bakıldığında, önceleri yalnızca sözleşme kusuru kavramının ortaya çıktığı, bunun belirlenmesi için de sözleşme sınırlarının aşıp aşılmadığının araştırıldığı; daha sonraki dönemlerde ise önce dikkatsizlik ile verilen zararı giderme yükümlülüğünün bona fide dayandırıldığı ancak sonraları neglegentianın bu kapsama dahil edildiği; en son olarak culpa-imperitia ölçütü ile farklı tipteki culpa kavramlarına ulaşıldığı ve bu gelişimin Severinus zamanına kadar tamamlandığı söylenmektedir⁴⁷⁴.

⁴⁶⁹ OĞUZ, s. 30-32; BERK ERİŞİR, s. 62.

⁴⁷⁰ UMUR, *Lügat*, s. 51; ZİLELİOĞLU, s. 251. ÖCAL, *Bahar*, Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi, *İNÜHFD*, C. 2, S. 1, Y. 2011, ss. 345-387, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208248>, (Erişim T. 30.05.2023), s. 365.

⁴⁷¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 22. Ancak öğretide Maccormac'a atıfla, klasik dönem hukukçularının somut olayları ele alırken bazı genellemelere ulaştıkları, belirli olayların genellikle culpa teşkil ettiğini belirttikleri, pek çok kararın gerekçesinden imperitia ve neglegentianın culpa sayıldığı sonucunun çıkarılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir, bkz. OĞUZ, s. 33.

⁴⁷² OĞUZ, s. 33, dn. 52.

⁴⁷³ GÜVEL, s. 386.

⁴⁷⁴ OĞUZ, s. 43; MINDİZ, s. 384-385.

1. Lex Aquilia Kapsamındaki Haksız Fiilden Sorumluluk Bakımından Iniuria (Hukuka Aykırılık) ve Culpa (Kusur) İlişkisi

Culpa yani kusur kavramının Lex Aquilia kapsamındaki haksız fiilden sorumluluk için gerekli olan temel unsurlardan biri olup olmadığı Roma Hukuku doktrininde tartışmalara neden olmuş önemli bir sorundur.

Damnum iniuria datum haksız fiilin düzenlendiği Lex Aquilia'nın birinci ve üçüncü bölümüne ilişkin metinlerde, failin ruhsal durumu veya ihmali ya da kusurlu davranışı ile ilgili açık bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁷⁵. Klasik dönem Roma hukukçularının hukuka aykırılık (iniuria) ile kusur (culpa) kavramını kesin olarak ayırt etmediğini benimseyen görüşe göre Lex Aquilia'nın klasik anlayışında kast veya ihmal şeklindeki kusur, sorumluluğun vazgeçilmez şartı değildir⁴⁷⁶.

Ancak Digesta'nın bazı metinlerinde “*iniuria datum*” yani *hukuka aykırı olarak verilen* ibaresinin yerine “*culpa datum*” yani “*kusurla verilen*” ibarelerinin kullanılmış olmasından hareket eden bir görüş Lex Aquilia'da düzenlenen haksız fiil bakımından sorumluluğun culpa yani kusura dayandığını savunmaktadır⁴⁷⁷. Romalı hukukçuların tanımlamalardan uzak durması ve Digesta metinlerinin interpolatio denilen Corpus Iuris Civilis'i derleyen hukukçuların, klasik hukuk metinlerini günün ihtiyaçlarına uyarlamak ve kanunlaştırmak amacıyla yapmış oldukları değişikliklere maruz kalmış olabileceği düşüncesinin kesin bir çıkarım yapmayı zorlaştırdığı belirtilmektedir⁴⁷⁸.

2. Kusur Olarak Culpa

Pax Romana döneminin de içerisinde olduğu klasik hukuk döneminde hukuk, bir bilim haline gelmiş; kast ve ihmali bir bütün olarak ifade etmek üzere culpa kavramı kullanılmıştır⁴⁷⁹. Geniş anlamıyla culpa kavramı, dolus yani kastı da çevreleyen bir anlama sahiptir ve kusuru ifade eder. Dar anlamda kullanıldığında ise günümüzün

⁴⁷⁵ Referans alınan metinler için bkz. ÖCAL, s. 354-355.

⁴⁷⁶ SOMER, s. 21.

⁴⁷⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. ÖCAL, s. 355, dn. 20.

⁴⁷⁸ ÖCAL, s. 356.

⁴⁷⁹ TAHİROĞLU, s. 52; SAVAŞ, s. 550.

hukuk terminolojisi ile ihmal anlamına gelmektedir ki bu kullanım, klasik sonrası hukuk döneminde⁴⁸⁰.

Suç, kabahat, ayıplanan davranış anlamında kullanılan culpa, ilk olarak Roma ceza hukukunda ortaya çıkmıştır⁴⁸¹. Eşyaların binadan atılmasını yasaklayan veya otel, gemi, ahır sahiplerine bırakılan eşyaların çalınmaması ya da hasara uğratılmaması için onlara gözetim borcu yükleyen emirname kurallarının ihlal edilmesi kaynaklarda culpa olarak belirtilmiştir. Bazen hukukçular, belli bir hukuki ilişkiye giren kişilerin bu hukuki ilişkinin yüklediği borcun ifasını yerine getirmemesini culpa olarak nitelendirmiştir⁴⁸².

Romalı hukukçular sözleşmelerden veya diğer hukuki ilişkilerden ya da Lex Aquilia'dan doğan sorumluluğu birbirinden ayırmışlardır. Eğer uyuşmazlık sözleşmelerin kapsamına giriyorsa davranışın bona fidesi ihlal edip etmediği; Lex Aquilia'da tanınan bir davanın kapsamına giriyorsa davalının davranışında iniuria bulunup bulunmadığını araştırmışlardır. Bütün bu farklı durumlardaki tartışmalar, davranışın bireyin kabahatinin bir unsuru olup olmadığı konusundadır. Eğer davranış ayıplanabilir, kınanabilir ise culpanın varlığına, aksi halde yokluğuna karar vermişlerdir⁴⁸³.

Kusur anlamında culpa kavramının iniuria'dan bağımsız bir biçimde ele alındığı metinlerde, bugün de önem taşıyan isnat edilebilirlik, tesadüf (beklenmeyen hal) ve ortak kusura ilişkin vakıalar karşımıza çıkmaktadır⁴⁸⁴. Buna göre bir akıl hastasının veya bir *infans*ın (yedi yaşından küçüğün) sebep olduğu zararın, dört ayaklı bir hayvanın veya damdan düşen bir kiremitin sebep olduğu zarar ile aynı mahiyeti taşıdığı ve akıl hastası veya infansa kusur isnat edilemeyeceği, ona karşı *actio Legis Aquiliae* açılmayacağı belirtilmiştir⁴⁸⁵.

Diğer bir vakıa, bir kişinin oyun sırasında topu yakalamaya çalışan köleyi düşürerek bacağının kırılmasına sebep olmasına ilişkindir. Buna ilişkin metinde, olayda kusurdan

⁴⁸⁰ BERK ERİŞİR, s. 62, 67.

⁴⁸¹ BERK ERİŞİR, s. 61.

⁴⁸² OĞUZ, s. 45-46.

⁴⁸³ OĞUZ, s. 48.

⁴⁸⁴ İlgili metinler için bkz. SOMER, s. 46, 47, 55.

⁴⁸⁵ ÖCAL, s. 366.

ziyade tesadüf bulunduğundan kölenin sahibinin köleyi iten kişiye karşı Lex Aquilia'dan dolayı dava açamayacağı söylenmektedir⁴⁸⁶.

Başka bir vakıa yine birkaç kişinin top oynadığı sırada topa kuvvetli vurulmasıyla topun bir berberin eline çarpması ve berberin tıraş etmekte olduğu kölenin boğazının usturayla kesilmesidir. Kölenin ölümünden kimin sorumlu olacağı sorusuna metinde, kölenin ölümünde kimin kusuru varsa onun Lex Aquilia'ya göre onun sorumlu olacağı şeklinde cevap verilmektedir ve Proculus'un görüşüne göre kusur berberdedir. Bu görüşe göre, gerçekten her zaman oyun oynanan bir yerde ya da işlek bir yolda tıraş ediyor idiyse, kusur ona isnat edilebilir. Bununla birlikte tehlikeli bir yere sandalye koyan bir berbere kendini emanet edenin de ancak kendisinden şikayet etmesi gerektiğini söylemek de yersiz olmaz⁴⁸⁷.

Roma hukuk düşüncesinde culpa, bir takım kasıtlı davranışları da kapsamaktaydı ve böylece dolus kavramına kadar genişlemekteydi. Bununla birlikte dolus ve culpayı karşıt kavramlar olarak gösteren klasik dönem kaynakları da vardır. Bu kaynaklarda dolus, culpaya göre daha bağımsız bir hareket biçimini ifade eder. Genel olarak kabul edilen görüşe göre klasik dönemde sözleşmelerde sorumluluğun başlangıç noktasını dolus oluşturur, bazı özel durumlarda custodia uygulanırdı. Sorumluluğun genel bir ilkesi olarak culpanın kabulü ancak klasik dönemin sonlarında ortaya çıkabilmiştir⁴⁸⁸.

a. Dolus (Kast)

Zarar veren bilerek ve isteyerek, zarara neden olmuşsa dolus, yani kast söz konusu olmaktadır⁴⁸⁹. Dolus teriminin tarihine bakıldığında bu terime eski hukuk döneminde ve klasik öncesi dönemde kanunlarda veya emirnamelerde rastlanmaktadır. Kanunlarda genellikle “sciens dolo malo” ve “sine dolo malo” deyimleri göze çarpmaktadır. Sciens

⁴⁸⁶ SOMER, s. 48.

⁴⁸⁷ SOMER, s. 55. Yazara göre bu olay bir ortak kusur örneği teşkil etmektedir. Top sahasının kenarında tıraş olan kölenin davranışı da kusurludur. Ancak zarar berberin kastı sonucunda oluşsaydı ölen kölenin ihmalinin bir önemi olmazdı. Fakat zarar berberin kastından değil ihmalden kaynaklanmış ve zarar görenin ihmali de buna katkı sağlamıştır. Romalılar buna *compensatio culparum* yani ihmallerin mahsubu demektedir. Bunun en önemli sonucu, zararı tazmin yükümlülüğünün kalkabilmesidir. Bkz. SOMER, s. 56.

⁴⁸⁸ OĞUZ, s. 43-44.

⁴⁸⁹ UMUR, *Lügat*, s. 60; TAHIROĞLU, s. 52; DİNÇER ARAZ, s. 174. Ancak klasik dönemde dolus kavramı, sınırları henüz çizilmemiş olan ihmalleri de kapsayacak şekilde kullanılıyor ve kusursuz sorumluluk ölçütü custodia kavramının karşısında konumlandırılıyordu, bkz. GÜVEL, s. 387.

dolo malo, sorumluluğun koşulu olarak öngörülen ruhsal durumun iki unsurunu ifade etmektedir. “Sciens” sorumlu kişinin bilgisini; “dolus malus” bilgiye sahip olarak davranışın tasarlanarak gerçekleştirilmesini ifade eder⁴⁹⁰. Klasik dönemin sonlarında sciens dolo malo ile dolo malo terimlerinin aynı anlamda ve birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılmış olduğuna kesin gözüyle bakılmaktadır. Belirli durumların bilinmesinin sorumluluğun koşulu sayıldığı durumlarda daha kısa bir ifade olarak dolo malo’nun kullanılması yeterli sayılmıştır⁴⁹¹.

Klasik dönemde Ulpianus’un Labeo’dan aldığı bir metinde dolus, herhangi bir yarar elde etmek için bir kişiyi tuzağa düşürmek, hile ile aldatmak biçiminde tanımlanmaktadır (D.4.3.1.2.)⁴⁹². Dolus, zamanla hile de dahil olmak üzere dürüstlüğü aykırı her türlü davranışı içermeye başlamıştır⁴⁹³. Dolus eventualis denilen durumlarda fail neticeyi istememekle beraber bu neticenin de doğabileceğini göze alarak hareket etmektedir⁴⁹⁴.

Dolus kaynağını haksız fiillerden almış daha sonra sözleşmelere ve sözleşme benzerlerine uygulanmıştır. Sözleşme ilişkisinde dolus malus, bona fides’in karşıtı bir anlama sahiptir⁴⁹⁵. Ancak bu dolus’un, yalnızca pozitif bir borca aykırı davranışla gerçekleşeceği anlamına gelmez. Dolus, ifanın iradi olarak ihmal edilmesini de kapsamaktadır. Burada aranan koşul ifa etmemenin bilinçli ve iradi olmasıdır⁴⁹⁶.

Sözleşmeler alanında farklı tiplerinin olması, özellikle taraflara yüklemiş oldukları borçlar açısından aralarında farklılıkların bulunması tüm sözleşmeler için tek bir sorumluluk kıstasının uygulanmasına engel olmuştur⁴⁹⁷. Klasik hukuk döneminde dolus

⁴⁹⁰ OĞUZ, s. 22. Örneğin “özgür bir kimseyi bilerek öldüren katildir” ifadesinde “sciens”in konusu, öldürülen kişinin özgür olduğu; “dolo”nun konusu onu öldürme niyetidir, bkz. OĞUZ, s. 22.

⁴⁹¹ Örneğin özgür bir kişinin tutuklanması yasaktır. Tutuklanan kişinin özgür olduğunun bilinmesi sorumluluğun temel koşuludur. Bu yasak bakımından dolo malo ifadesi, bir kişinin özgür olduğunu bile onu tutmak anlamını karşılamaktadır, bkz. OĞUZ, s. 24.

⁴⁹² BERK ERİŞİR, s. 33.

⁴⁹³ ERDOĞMUŞ, s. 34; AKINCI, s. 29.

⁴⁹⁴ TAHIROĞLU, s. 53; ERDOĞMUŞ, s. 34, dn. 61; GÖNENÇ, s. 26. Bu kast türünün, orta çağın sonlarına doğru ortaya çıktığı, Roma hukukunda bilinmediği ve 20. yüzyılda olağan kast ile birlikte kastın iki türünü oluşturduğu belirtilmektedir, bkz. SAVAŞ, s. 563.

⁴⁹⁵ Örneğin Ius Gentium’da, locatio-conductio, satım, şirket, vekalet gibi borçların kaynaklarının tarafların bona fides’ine dayandığı sözleşmelerin formulalarında, bona fides’in karşıtı olarak dolus gösterilmiştir. Yine klasik dönem ait bir başka kaynakta (D.50.17.152.3.) bona fides’e aykırı hareketin dolus sorumluluğunu gerektireceği belirtilmektedir. Bkz. OĞUZ, s. 24-25; BERK ERİŞİR, s. 35.

⁴⁹⁶ OĞUZ, s. 26; BERK ERİŞİR, s. 36.

⁴⁹⁷ SAVAŞ, s. 555.

ölçütünün uygulandığı sözleşmeler araştırıldığında, şirket, vekalet, vedia, vesayet gibi hukuki ilişkilerle karşılaşılır. Bu ilişkilerde ortak özellik, infamia (şerefsizlik) sonucu doğurabilmesidir⁴⁹⁸. Eğer ifa etmemede bilgisizlik rol oynamışsa infamia sonucu doğuran davadan değil culpa'dan sorumluluk söz konusu olmaktadır. Infamia sonucu doğuran dava, dolus sorumluluğu ile sınırlıdır⁴⁹⁹.

Dolus, custodia ile birlikte klasik hukuk döneminde başlıca sorumluluk ölçütü olmuştur. Dolus ve custodianın yetersiz kaldığı durumlarda culpanın da sıklıkla olmasa da kaynaklarda yer aldığı anlaşılmaktadır.

Iustinianus döneminde borçlunun dolus ve culpadan sorumlu olacağı genel bir sorumluluk ilkesi haline gelmiştir. Bu iki kavram da ahlaki kınamayla ilişkilendirilmiş olsa da dolusta kötü niyet ön plandadır. Diğer deyişle bilerek isteyerek hukuk kurallarını çiğnemek, başkalarının haklarını ihlal etmek ve bu şekilde zarar vermek dolus teşkil eder. Bu dönemde sözleşmeler alanında “culpa lata” da dolusa eşdeğer sayılmıştır. Borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılamayan emredici bir kural olarak dolustan her zaman sorumlu tutulmuştur⁵⁰⁰.

b. Dar Anlamda Culpa (İhmal)

Dar anlamda culpa, sadece culpa veya neglegentia terimleri ile ifade edilmiştir⁵⁰¹. Kastta hukuka aykırı davranma bilinci olduğu halde dar anlamda culpada yani ihmalde, bu şekilde bir istek ve bilinç yoktur. Zararlı sonucun meydana gelmemesi için yeterli dikkat gösterilmemiş ve zararın önlenmesi için tedbirlere başvurulmamıştır⁵⁰².

Corpus Iuris Civilis'in klasik hukukun derlendiği Digesta bölümünde Paulus'a ait olan 9. kitap, 2. fasıl, 31. parçada (D. 9.2.31.), dikkatli ve özenle hareket edildiği takdirde

⁴⁹⁸ **BERK ERİŞİR**, s. 36.

⁴⁹⁹ Klasik hukuk döneminde dolus ölçütünün uygulandığı vediaya ilişkin olarak bir kaynakta, vedia olarak verilen şeye bilerek zarar verilmişse dolustan sorumlu olunacağı belirtilmiştir. Vedia, infamia sonucu doğurabilir ariyet ise doğurmaz. Çünkü vedia da dolus, diğerinde culpadan sorumluluk vardır. Şirket sözleşmesine ilişkin bazı kaynaklarda ortaklardan biri emeğini diğeri malını ya da parasını sermaye olarak koymuşsa emeğini sermaye olarak koymuş kişinin “culpa in concreto” ölçütüne göre sorumlu olduğu, bu durumda dolusun uygulanmayacağı belirtilmektedir. Kaynaklar için bkz. **OĞUZ**, s. 28. Buradan hareketle culpanın klasik hukuk döneminde dolustan söz eden kaynaklarda yavaş yavaş ortaya çıktığı ve ilk varlığını dolustan aldığı görüşü ileri sürülmektedir.

⁵⁰⁰ **UMUR**, Ders N., s. 142; **OĞUZ**, s. 62-63; **TAHİROĞLU**, s. 53.

⁵⁰¹ **UMUR**, Ders N., s. 308.

⁵⁰² **KOSCHAKER/AYİTER**, s. 193 vd.; **RADO**, s. 25; **AKINCI**, s. 30; **SOMER**, s. 50; **UMUR**, Ders N., s. 211, 308..

yapılması lazım geldiği halde yapılmayan şeylerin dar anlamda culpayı ifade ettiği anlaşılmaktadır⁵⁰³. Kaynaklarda culpanın derecelerinin çok çeşitli terimlerle ifade edildiğini görmek mümkündür. Culpa lata, culpa proximo dolo, latior culpa, gravior culpa, magna culpa, nimia culpa, culpa levis, levissima culpa terimleri örnek olarak gösterilebilir⁵⁰⁴.

Yaygın kabule göre sözleşmesel sorumluluk alanındaki culpa kavramı, kaynağını yine haksız fiil alanını düzenleyen Lex Aquilia'da bulur⁵⁰⁵. Romalı hukukçular culpanın çeşitlerine ilişkin bir ayırım yapma gereği duymamışlar, daha ziyade sorumluluğu bir temele oturtmaya çalışmışlardır. İlk zamanlarda sözleşmeye konu olan şeyin kullanım sınırlarının belirlendiği ve bu sınırı aşan kullanım biçimlerinin culpa ile gösterildiği anlaşılmaktadır. Örneğin ödünç sözleşmesinde saptanan ödünç konusu hayvanın yüklenebileceği yük sınırının, hayvanın kullanımı sırasında aşılması gibi. Burada yalnızca sözleşmeye dayanan kusurdan söz edilmekte olup culpanın imperitia veya ihmal kavramlarıyla bağlantısının kurulmasına çalışılmamıştır⁵⁰⁶. Daha sonraki dönemlerde culpa-diligentia bağlantısı kurulmuş⁵⁰⁷; culpa-infirmetas (fiziksel olarak güçsüzlük) ve culpa-imperitia (tecrübesizlik) ölçüsü ile farklı tipteki culpa kavramlarına ulaşılmıştır⁵⁰⁸.

⁵⁰³ **HONIG, Richard**, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1938, (Çev. TALİP, Şemseddin), s. 230; **RADO**, s. 25. Paulus'a göre, kamuya ait bir yola düşürülmüş olan bir ağaç dalı ya da çatıdan düşen bir cisim nedeniyle bir kölenin ölmesi halinde, eğer fail kazayı önlemek için bağırarmışsa yani uyarıda bulunmamışsa zarar verenin, Lex Aquilia kapsamında sorumludur. Metnin devamında ise Quintus Mucius'un görüşüne başvurulmaktadır. Buna göre dikkatli bir insanın öngörebileceğinin öngörülememesi ya da tehlike önlenilecekken uyarıda bulunmama ihmal olarak (culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit) değerlendirilmiştir. Bkz. **ÖCAL**, s. 376.

⁵⁰⁴ **OĞUZ**, s. 55; **BERK ERİŞİR**, s. 69.

⁵⁰⁵ **KOSCHAKER/AYİTER**, s.194, **GÜVEL**, s. 390; **DİNÇER ARAZ**, s. 173, dn. 2.

"Actio damni iniuriae, lex Aquilia ile ihdas edilmiştir. Bu kanunun birinci faslındaki hükme göre, bir kimse başkasına ait köleyi veya başkasına ait dört ayaklı bir sürü hayvanını haksız olarak öldürecek olursa malın o sene içinde haiz olduğu en yüksek değerini malike ödemeğe mahkum edilir. ... Bu kanun kazaen öldüreni mesul tutmaz, ancak hiçbir ihmali de olmaması lazımdır: zira aksi takdirde, kasıt gibi, ihmalden de sorumludur.", **UMUR, Ziya**, IUSTINIANUS, INSTITUTIONES, Türkçe Metin, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, (Kıs. UMUR, Institutiones, T. M.), s. 301.

⁵⁰⁶ **OĞUZ**, s. 41.

⁵⁰⁷ **KOSCHAKER/AYİTER**, s.198. Klasik dönemde culpanın diligentia ile ilişkisi henüz anlaşılamamıştı. Klasik sonrası dönemde culpanın, özen gerektiren bir davranış biçiminin eksikliği şeklindeki bir sorumluluk ölçüsü olması gerçekleşebilmiştir, bkz. **OĞUZ**, s. 37-38.

⁵⁰⁸ **ZİLELİOĞLU**, s. 256 vd.; **GÜVEL**, s. 390.

Dar anlamda culpa, ağırlık derecesine göre hafif ihmal (culpa levis) ve ağır ihmal (culpa lata) olarak ikiye ayrılmaktadır⁵⁰⁹. Bu ayrım, genel olarak kabul gören görüşe göre klasik döneme ait bir ayrım değildir; klasik sonrası ya da Doğu Roma (Bizans) dönemine aittir⁵¹⁰. Bu görüşe göre klasik dönem hukukçuları culpa ile ihmali ifade etmişlerdir. Klasik sonrası dönemi etkileyen Doğu Roma öğretisi culpa lata – culpa levis ayrımını yaparak bu kavramları tanımlamıştır⁵¹¹. Buna göre culpa lata, kastın bir türü olmayıp ağır ihmaldir. Hukukçular culpa latayı, hem dolustan sorumluluğu genişletmek hem de belli olaylarda ağır ve hafif kusuru birbirinden ayırmak gibi amaçlarla ortaya atmışlardır⁵¹². Culpa lata veya culpa proximo dolo gibi deyimlerin asıl işlevi dolusun sınırlı alanının dışında kalan ağır kusurun dolustan sorumluluğun içine girmesini sağlamaktır⁵¹³. Sözleşme sorumluluğunda buna örnek olarak saklama sözleşmesinde saklayanın yalnızca dolustan sorumlu olduğu, ihmalden sorumlu olmadığı ancak büyük ihmal yani magna neglegentia varsa bunun “crimen doli”nin içine gireceğini belirten metin gösterilebilir (Gaius D.44.7.1.5.). Benzer şekilde Ulpianus da saklayanın dolo proximum oluşturan davranışından sorumlu olacağını belirtmektedir (D.16.3.7.)⁵¹⁴.

Culpa latanın içeriğine ilişkin olarak bir kaynakta şu ifadeye rastlamaktadır (Ulpianus D.50.16.213.2): ağır ihmal en büyük özensizliktir, bundan herkesin gördüğü, anladığı, yaptığı şeyi görmemek anlamamak, bilmemek anlaşılır⁵¹⁵. Ağır ihmalde, hukuka aykırı davranış ve zarar verme isteği olmamakla birlikte en sıradan dikkatin dahi ihmal edildiği bir davranış söz konusudur⁵¹⁶. Bu denli ağır bir culpa, daha önce de ifade edildiği üzere Iustinianus hukukunda dolusla denk tutulmuştur⁵¹⁷.

⁵⁰⁹ **DI MARZO**, s. 325; **TAHİROĞLU**, s. 57; **AKINCI**, s. 30; **RADO**, s. 25; **UMUR**, Ders N., s. 211.

⁵¹⁰ **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 22; **ÖCAL**, s. 385; **ZİLELİOĞLU**, s. 243; **RADO**, s. 25; **GÜVEL**, s. 390; **DİNÇER ARAZ**, s. 174; **OĞUZ**, s. 54.

⁵¹¹ **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 22.

⁵¹² **OĞUZ**, s. 55.

⁵¹³ **OĞUZ**, s. 55.

⁵¹⁴ **OĞUZ**, s. 56.

⁵¹⁵ **HONIG**, s. 230; **DI MARZO**, s. 325; **ERDOĞMUŞ**, s. 36, dn. 67; **OĞUZ**, s. 64; **RADO**, s. 25. “Ağır ihmal o kadar affedilemez bir düşüncesizliktir ki sanki bilerek yapılmıştır. Ancak irade unsuru (akdi ihlal etmek veya haksız fiili işlemek) bulunmadığından kasttan ayrılır”, bkz. **TAHİROĞLU**, s. 58. Örneğin ödünç alınmış bir bisikleti meydana bırakıp sinemaya gitmekte, bisikletin orada kaybolması ihtimalinin herkesçe bilineceği açıktır, **UMUR**, Ders N., s. 309.

⁵¹⁶ **KOSCHAKER/AYİTER**, s.194; **UMUR**, Ders N., s. 211; **AKINCI**, s. 30; **GÜVEL**, s. 392; **BERK ERİŞİR**, s. 70.

⁵¹⁷ **RADO**, s. 26; **TAHİROĞLU**, s. 58; **GÖNENÇ**, s. 27; **OĞUZ**, s. 63; **SAVAŞ**, s. 563.

Culpa, pozitif yönü itibarıyla diligentia yani özen gösterme, negatif yön itibarıyla neglegentia yani yapılması gereken bir davranışın yapılmamasını içerir⁵¹⁸. Culpa lata, birçok metinde neglegentia ile beraber kullanılmıştır. Bunun sebebi kusurun esas olarak dikkatsizlik, özensizlik ile bağlantılı olduğunun düşünülmesidir. Compilerlar, negegentia'yı olağanüstü özensizlik, dikkatsizlik, ihmalkarlık manasında ve diligentia'nın zıddı olarak kullanmışlardır⁵¹⁹.

Culpa levis ise dikkatli ve özenli kimselerin gösterebileceği dikkat ve özeni göstermemek sureti ile meydana gelen hafif ihmaldir⁵²⁰. Roma hukuku kaynaklarında hafif ihmali ifade etmek için çoğunlukla sadece culpa terimi kullanılmış olup culpa levis ifadesine çok sık rastlanmamaktadır⁵²¹. Culpa levisin içeriğinin belirlenmesi, ilerleyen paragraflarda değineceğimiz “diligentia”nın içeriğinin belirlenmesiyle yakından ilgilidir. Esasen Digesta'da, en hafif ihmalin dahi Lex Aquilia kapsamında sorumluluk nedeni olduğunun açıkça ifade edilmiş olması⁵²² sebebiyle culpa levis-culpa lata ayrımı bu sorumluluk bakımından pratik önem taşımaz. Sözleşme dışı ilişkilerde en küçük kusurun bile sorumluluk doğurması karşısında bu ayrımın akdi kusurda yapıldığı ve bu sorumluluğun gelişiminde önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir⁵²³.

Dolus ve culpa latadan sorumluluk, sözleşmelerdeki ifa engellerinin değerlendirilmesinde yeterli olmamış ve borçlunun borcuna aykırı davranışlarından kaçınmasının yanı sıra borcunu ifa ederken özenli hareket etmesi (diligentia) gerektiği de fark edilmiştir. Diligentia ölçütü, hem alacaklının yararına hareket edecek nispette özenli davranmayı hem de alacaklının zararına olan hareketlerden kaçınmayı kapsar⁵²⁴. Diligentia, klasik hukuk dönemindeki custodia ölçütünün subjektifleştirilmiş biçimidir⁵²⁵. Iustinianus döneminde, klasik dönemdeki eserlerde yer alan custodia sorumluluğuna ilişkin ifadeler diligentia kelimesi ile değiştirilmiş, bu sayede diligentia

⁵¹⁸ BERK ERİŞİR, s. 73.

⁵¹⁹ BERK ERİŞİR, s. 69; krş. TAHİROĞLU, s. 58.

⁵²⁰ TAHİROĞLU, s. 60; SAVAŞ, s. 563. Ödünç alınmış bir bisikleti kapalı bahçe içinde bırakmak çalınma vakıası bakımından hafif ihmal teşkil eder, bkz. UMUR, Ders N., s. 309.

⁵²¹ BERK ERİŞİR, s. 71. Krş. UMUR, Ders N., s. 211.

⁵²² ÖCAL, s. 374, 375.

⁵²³ SOMER, s. 51; OĞUZ, s. 65.

⁵²⁴ BERK ERİŞİR, s. 73.

⁵²⁵ DİNÇER ARAZ, s. 185; SAVAŞ, s. 560; BERK ERİŞİR, s. 73.

da ayrı bir sorumluluk ölçütü haline gelmiştir⁵²⁶. Culpayla ilişkisi ise, culpanın olumlu ve olumsuz olarak ifade edilebilen anlamıyla bağlantılıdır. Culpa, ihmal anlamında *neglegentia* olarak alınırsa, yapılması gereken bir davranışın yapılmamış olması yani olumsuz anlamı anlaşılır. Bunun zıddı yani culpanın bulunmaması ise olumlu bir davranış olarak özen göstermiş olmaya diğer deyişle *diligentiaya* karşılık gelir. Franco Pastori'ye atıfla, Iustinianus dönemi hukukçuları için culpanın, *diligentia* yükümüne aykırı bir davranış olarak ihmalden (*neglegentia*) başka bir şey olmadığı, bundan dolayı *diligentia* ve culpanın aynı tür sorumluluğu ifade etmek için kullanılan iki ayrı terim olarak görüldüğü ve böylece *diligentia* ile kusur sorumluluğuna girildiği belirtilmektedir⁵²⁷.

Diligentia yani özenli hareketin değerlendirilmesinde de kişinin kendi kişiliğine göre değişen bir ölçü esas alındığında sübjektif ve somut; dikkatli tedbirli bir insandan beklenen özen esas alındığında objektif ve soyut bir değerlendirme söz konusu olmaktadır⁵²⁸. Bu bağlamda Roma hukukunda hafif ihmal (*culpa levis*), bazen soyut bir kusuru (*culpa in abstracto*) bazen de somut bir kusuru (*culpa in concreto*) ifade eder⁵²⁹. *Culpa in concreto* yani somut ölçüye göre zarar verenin kusurlu olup olmadığı tespit edilirken yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, yetiştirme tarzı gibi kriterler dikkate alınır ve kişinin kendi işlerinde her zaman gösterdiği dikkat ve özen ölçüsü belirlenirdi. Buna latince “*diligentia quam suis rebus adhibere solet*” yani borçlunun kendi işlerinde her zaman göstermekte olduğu dikkat ve özen deniyordu⁵³⁰. Eğer zarar veren kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermişse kusursuz, aksi halde kusurlu kabul edilirdi⁵³¹. Sorumluluğu söz konusu olan kimsenin bizzat kendi davranışı ölçü teşkil ettiğinden bu ölçü, somut ve sübjektiftir⁵³². Buna göre borçlu, başkasına karşı üstlenmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirirken kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özenden

⁵²⁶ SAVAŞ, s. 561.

⁵²⁷ ZİLELİOĞLU, s. 262; OĞUZ, s. 60-61.

⁵²⁸ ZİLELİOĞLU, s. 262; SAVAŞ, s. 560, 564.

⁵²⁹ HONIG, s. 231; DI MARZO, s. 326; RADO, s. 26; GÜVEL, s. 393; AKINCI, s. 38.

⁵³⁰ RADO, s. 26; TAHİROĞLU, s. 61; UMUR, Ders N., s. 211, 212.

⁵³¹ AKINCI, s. 39.

⁵³² OĞUZ, s. 66; RADO, s. 26; TAHİROĞLU, s. 61; BERK ERİŞİR, s. 72.

daha azını göstermesi halinde sorumlu olur⁵³³. Eğer normal olarak kendi işlerinde gösterdiği özeni, alacaklısı için de göstermişse ihmalinin olmadığı kabul edilir⁵³⁴.

Culpa in abstracto yani soyut ölçüye göre ise zarar verenin sübjektif durumuna bakılmıyor, onun yerine örnek bir tipin davranışı esas alınıyordu ki bu davranış farklı borç ilişkilerinde farklı ağırlıkta olsa da⁵³⁵ belli başlı örneği iyi bir aile babasının göstereceği dikkat ve özendi (diligentia boni patri familias)⁵³⁶. Klasik hukuk döneminde sui iuris, yani hak ehliyetine sahip olabilen kişi pater familias olduğundan gerek evinde gerekse dışarıdaki işlerinde normal bir özen gösteren aile babası düzenli ve tedbirli bir kimsenin soyut tipi olarak görülmekteydi. İyi bir aile babasının özeni ne fazlasıyla titiz, son derece tedbirli ne de aşırı derecede kayıtsız ve savruk kimselerin özenidir. Aksine işlerini gerektiği gibi idare eden, paranın değerini ve ne güçlkle kazanıldığını bilen, tedbirli ve düzenli bir hayatı olan normal ve dürüst bir Romalının göstereceği özen ve dikkattir⁵³⁷. Ağır ihmalin emareleri olmamakla kaydıyla eğer şahsi malvarlığı olan ve kendi işlerini idare eden müstakil bir Roma vatandaşının her zaman gösterdiği dikkat ve özen ölçüsüne uygun hareket edilememiş, gerekli özen gösterilmemişse hafif ihmalin varlığı kabul edilirdi⁵³⁸. İyi bir aile reisinin özeninin gösterildiğinin söylenebildiğinde ise bu, ihmalin olmadığı manasını taşır⁵³⁹.

Culpa levis sorumluluğunun soyut yöntemle belirlenmesinden farklı olarak somut yöntemle belirlenmesi gerektiği düşüncesinin, klasik dönem hukukundan sonra zaman içinde adalet ve hakkaniyet temelinde geliştiği belirtilmektedir. Buna göre klasik sonrası dönemde ve özellikle Bizans döneminde bazı sürekli borç ilişkilerinde “culpa levis in abstracto”dan sorumluluğun çok ağır görülmesi nedeniyle bu ölçütün “culpa levis in concreto” ölçütüyle hafifletildiği sanılmaktadır. Somut ölçüde borçlunun ihmale düşmemek için normal davranışlarına devam etmesi yeterli iken soyut ölçüde ihmale

⁵³³ HONIG, s. 231; KOSCHAKER/AYİTER, s.194; DİNÇER ARAZ, s. 191.

⁵³⁴ UMUR, Ders N., s. 309; AKINCI, s. 39; TAHİROĞLU, s. 62.

⁵³⁵ Örneğin Iustianianus döneminde, diğer sözleşmelerden farklı olarak müteahhidin sorumluluğunda ölçü olarak beklenmedik halleri de kapsayacak şekilde diligentia diligentissima patris familias (çok tedbirli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen) esas alınmaktaydı, bkz. GÜVEL, s. 393. Buradan hareketle beklenmeyen hallerin de sorumluluk kapsamına sokulmak istendiği, bu suretle klasik dönemin sorumluluk anlayışı olan custodia sorumluluğunun farklı bir biçimde varlığını devam ettirdiği ifade edilmektedir, bkz. SAVAŞ, s. 562.

⁵³⁶ TAHİROĞLU, s. 61; UMUR, Ders N., s. 211.

⁵³⁷ OĞUZ, s. 66; TAHİROĞLU, s. 61; UMUR, Ders N., s. 211; BERK ERİŞİR, s. 72.

⁵³⁸ HONIG, s. 231; KOSCHAKER/AYİTER, s.194; AKINCI, s. 38; RADO, s. 33; OĞUZ, s. 65.

⁵³⁹ UMUR, Ders N., s. 211.

düşmemesi için, kendisi esasen ihmalkar olsa bile başkalarının işinde iyi bir aile reisi gibi hareket etmesi gerekir⁵⁴⁰. Sorumluluğun somut ölçüyle hafifletilmesinin gerekçesi olarak ortaklık sözleşmesinde ortakların birbirlerine karşı sorumluluğu⁵⁴¹, küçüğün mallarının vasi tarafından yönetimi gibi sürekli hukuki ilişkilerde, kendi işlerinde fazla dikkat göstermeyen birisinin borçlu olarak seçilmesi ya da borçlunun ifa konusunda yeterli derecede dikkatli olmadığına bilinmesi halinde alacaklının kendisinin kusurlu olması gösterilmektedir⁵⁴². Sorumluluğun hafifletilmesi amacıyla soyut ölçüt yerini, somut ve daha az ağırlıkta olan borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen ölçütüne yani culpa in concretaya bırakmaktadır⁵⁴³.

c. Culpa-neglegentia, Culpa-imperitia, Culpa-infirmetas

Neglegentia, diligentianın zıddı olarak dikkat ve özensizliğe karşılık gelen kusuru ifade eder. D.9.2.27.9.'a göre ateş yakan ve kontrol etmediği için yayılan ateşin çevredeki malların yanmasına sebep olan kişi, ortaya çıkan zarardan sorumluydu. Burada ateş yakan kişinin yeterli özeni göstermemesi culpa olarak değerlendirilirdi⁵⁴⁴. Bir başka kaynakta ise bir taş işçisi kölenin ödünç olarak verilmesi ve o kölenin makinenin altında kalarak ölmesi halinde ödünç alanın, makineyi kullanmakta ihmal göstermiş olması nedeniyle sorumlu olacağı belirtilmektedir (D.13.6.5.1.)⁵⁴⁵. Culpanın-ihmal bağlantısı kurulmadan önce yapılan borçlunun sözleşme sınırlarını aşıp aşmadığının araştırması

⁵⁴⁰ **TAHİROĞLU**, s. 62; **UMUR**, Ders N., s. 309.

⁵⁴¹ Zira Romalıların anlayışına göre tedbirsiz ve dikkatsiz biriyle ortak olan, ortağından değil kendisinden şikâyetçi olmalıydı, D.17.2.72, bkz. **AKINCI**, s. 39; **RADO**, s. 28.

“Ancak bu kusur, en büyük ihtimam ile ölçülmemelidir: gerçekten, ortağın kendi işleri için gösterdiği ihtimamı, müşterek işler için de göstermiş olması kafidir. Zira, az ihtimam gösteren bir ortağı seçen kimse, kabahati kendisinde bulmalıdır.”, **UMUR**, Institutiones, T. M., s. 275.

⁵⁴² **OĞUZ**, s. 67-68.

⁵⁴³ **RADO**, s. 28; **ZİLELİOĞLU**, s. 259; **DİNÇER ARAZ**, s. 192.

Ancak bir yoruma göre, klasik hukuk döneminde ilk defa ortaya çıkan bu kavramın ilk kullanılış amacı, borçlunun sorumluluğun hafifletilmesi değil aksine ağırlaştırılmasıdır. Sözleşmesel sorumluluğun sadece kasta dayandığı depositum gibi ilişkilerde, borçlunun sorumluluğunu ihmali de kapsayacak şekilde genişletmek amacıyla getirilmiş bir kıstastı. Kendisine emanet edilen bir malı kurtarmak yerine kendi mallarını kurtarmayı tercih eden bir kişinin, kendi işlerinde gösterdiği özeni göstermemek sureti ile başkasının malına verdiği zarardan sorumlu tutulmak istenmesinde kullanılmış bir ölçüt idi. Bu hususta bkz. **SAVAŞ**, s. 561 ve dn. 111.

⁵⁴⁴ Benzer bir örnek D. 9.2.31'de dalları budayanın dikkatli bir kişi olarak o esnada bir kimsenin yoldan geçebileceğini öngörmesi ya da yoldan geçenleri uyarması gerekliliğine uymamasından ileri gelen zarardan sorumlu tutulmasında görülmektedir. Örnekler için bkz. **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN Quasi**, s. 23.

⁵⁴⁵ **ZİLELİOĞLU**, s. 257, dn. 52.

yerine borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde neglegere kavramının kullanılması daha sonraları zaman içinde gerçekleşmiştir⁵⁴⁶.

Imperita, klasik hukuk döneminde locatio conductio grubuna giren sözleşmelerde uygulanan bir sorumluluk ölçütüydü. Klasik sonrası hukuk döneminde diligentia kapsamında custodia sorumluluğunun yerini aldığı kabul edilmektedir⁵⁴⁷ ve yeteneksizlik, beceriksizlik, bilgisizlikten ileri gelen sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır⁵⁴⁸. Bu ölçüte göre belirli bir işi üstlenen hiç kimse, o işi yapmak için gerekli beceriye sahip olmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz⁵⁴⁹. Ancak bunun kusur olarak değerlendirilebilmesi için kişinin, zanaatkar olarak (ut artifex) yani o işin ehli olarak bir faaliyeti yerine getirmesi gerekmektedir. Zanaatkarların locatio operis (eser sözleşmesi) kapsamında bir iş yüklendiklerinde, bunu usta bir şekilde yerine getirmekle yükümlü oldukları vurgulanmak istenmektedir⁵⁵⁰. D.9.2.7.8.'e göre yeteneksiz doktor tarafından ameliyat edilen kölenin ölmesi halinde doktor, beceriksizliği nedeniyle kusurlu sayılmaktadır⁵⁵¹. Özellikle yüklenicinin ve hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş bir kusur olarak dikkat çeken bu ölçüt, Celsus tarafından “imperitia culpa adnumeratur” (yeteneksizlik kusur sayılır) şeklinde ifade edilmiştir⁵⁵².

Infirmetas, zayıflık ve güçsüzlüğe dayandırılan kusur türüdür. Zayıflığın kusur olarak değerlendirilmesinin gerekçesi, zayıflığın bir başkasını tehlikeye sokacağını bildiği veya bilmesi gerektiği yerde kişinin bir şeyi yapmaya çalışmak yerine bundan kaçınması gerektiği düşüncesine dayanır⁵⁵³. Fiziksel güçsüzlüğü nedeniyle katırları yönetemeyen

⁵⁴⁶ ZİLELİOĞLU, s. 257; OĞUZ, s. 43.

⁵⁴⁷ BERK ERİŞİR, s. 74.

⁵⁴⁸ SAVAŞ, s. 564.

⁵⁴⁹ BERK ERİŞİR, s. 75.

⁵⁵⁰ ÖCAL, s. 379 ve dn. 72.

⁵⁵¹ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 23; MINDİZ, s. 389.

⁵⁵² SAVAŞ, s. 564. Celsus bu ifadesiyle, yüklenilen işin gereği gibi yerine getirilmesine ilişkin sorumluluğun, yüklenicinin kişisel yeterliliklerinden veya eksikliklerinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle locatio conductio operis’de olduğu gibi, taraflardan birinin bir işin ustası olarak yapma (facere) borcu altına girdiği sözleşmelerde, kusur (culpa), yüklenicinin yetersizliğini veya tecrübesizliğini de kapsamına alacak şekilde değerlendirilmeli; bir zanaatkârdan objektif olarak beklenen performans ise kusurun olup olmadığının tespitinde ölçüt olarak kullanılmalıdır. Bkz. MINDİZ, s. 393.

⁵⁵³ ÖCAL, s. 380.

ve katırların köleye zarar vermesine yol açan katır sürücüsü, infirmitas ölçüsü gereği sorumluydu⁵⁵⁴.

Bir doktor beceriksizce bir köleyi kötü bir biçimde ameliyat ederse, actio locati (eser sözleşmesi nedeniyle kararlaştırılmış olan belirli bir işin yapılmaması halinde açılan dava) ya da Lex Aquilia'dan kaynaklanan dava⁵⁵⁵ ile karşı karşıya kalacaktır. Bir görüşe göre bahsi geçen doktorun ve yukarıda sözü edilen katırcının sorumlu tutulmasının nedeni kendi tecrübeleri ya da zararı öngörebilmeleri ile ilgili değildir; fakat yaptıkları iş nedeniyle kendilerinde olması beklenen vasıf ve becerilerden dolayı sorumlulukları söz konusu olmaktadır⁵⁵⁶. Zira yeteneğin arandığı yerde yeteneksizlik de kusur sayılır⁵⁵⁷. Esasında Romalı hukukçuların, bilgi, beceri, tecrübe, yetenek ve karakter açısından zanaatkârlar arasında farklılıklar olabileceğinin farkında oldukları ancak dönemin şartları açısından düşünüldüğünde, bir işteki uzmanlığın belgelendirilmesi veya uzman kişiye bir ruhsat verilmesi gibi bir uygulama olmadığı için, hukukçuların böyle bir yaklaşım geliştirmelerinin isabetli olduğu belirtilmektedir⁵⁵⁸.

C. KUSURUN AĞIRLIĞININ SORUMLULUK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Roma hukukun ilk evrelerinde kusur, sorumluluğun doğmasında herhangi bir rol oynamış olmasa da klasik sonrası Roma hukukunda temel prensip bir kimsenin ancak kusurlu olması halinde sorumlu tutulabilmesidir. Bu prensibin yanında kanunlar ve praetor edictum⁵⁵⁹'u ile özel olarak belirlenen kusursuz sorumluluk hallerinin bulunduğu da görülmektedir⁵⁶⁰. Ancak çoğunlukla Iustinianus dönemindeki sorumluluk anlayışını ifade etmek için kullanılan “omnis culpa” ilkesi kusur sorumluluğuna

⁵⁵⁴ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*, s. 23; MINDİZ, s. 394.

⁵⁵⁵ Lex. Aquilia ile ihdas edilen dava Actio damni iniuriae'dir. Bu dava ile ilgili olarak imperita ve infirmitas örnekleri şu şekildedir: “Beceriksizlik de ihmal sayılır; mesela doktor fena ameliyat yaparak veya yanlış ilaç vererek köleni öldürürse, vaziyet böyledir. Bir katır çobanı, beceriksizliği yüzünden katırlarının azgınlığına mani olamaz ve kölen ezilirse katır çobanı mesuldür. Eğer takatsizliği yüzünden mani olamamış ve buna mukabil, daha kuvvetli birisi mani olabilecek idiyse, yine kusurlu addedilir. Ata binmiş olup da kuvvetsizliği veya beceriksizliği yüzünden atın azgınlığına mani olamamış olan kimse için de aynı şekilde karar verilmiştir.”, UMUR, Institutiones, T. M., s. 303.

⁵⁵⁶ Zimmermann'a atıfla belirtilen bu görüş için bkz. ÖCAL, s. 381, dn. 73.

⁵⁵⁷ SOMER, s. 52.

⁵⁵⁸ MINDİZ, s. 398.

⁵⁵⁹ Halk meclisi tarafından bir yıllığına seçilen praetorun, görev süresi içerisinde uygulayacağı ve uyacağı kuralları göstermek için yayınladığı beyanname.

⁵⁶⁰ TAMER GÜVEN, Diler, Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (Culpa in Eligendo), *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993, s. 3.

hakimdir ve buna göre borçlu, her türlü kusurundan diğer deyişle kastından, ağır ihmal ve hafif ihmalden sorumludur⁵⁶¹. Zarar verenin hiçbir kusuru bulunmadan rastlantı sonucu ortaya çıkan zararlara, zarar görenin kaderi gereği katlanması gerektiği, diğer deyişle casum sentit dominus düşüncesi hâkimdi⁵⁶².

Genel bir kural olarak borçlu, kusuru varsa bunun derecesi ne olursa olsun sorumlu tutulur. Fakat bazı borçlarda borçlunun hafif ihmaline göz yumulabilir ve sadece kast ve ağır ihmalden sorumlu tutulur. Bu durumda sorumluluk rejiminin hafif olduğu söylenir. Aksine borçlu hafif ihmalden dahi sorumlu tutuluyorsa bu durumda sorumluluğunun ağır olduğu anlaşılr. Eğer borçlu hiçbir kusuru yokken dahi sorumlu tutuluyorsa sorumluluğun doğal olarak çok ağır olduğu ifade edilir⁵⁶³. Klasik devirde objektif sorumluluk hakim olduğundan bu dönemde Iustinianus hukukunda hakim olan kusur sorumluluğuna nazaran daha ağır bir sorumluluk söz konusuydu⁵⁶⁴.

Kimseye zarar vermemek (neminem laedere) Roma hukukunun ana prensiplerinden birisidir ve kusurun kast derecesinde olması halinde sorumluluk emredici bir şekilde doğar. Borçlu, fides (iyiniyet) karşısı olarak anlaşılabilecek tüm davranışlardan sorumludur ve bu sorumluluğu sözleşme ile kaldırılamayan bir sorumluluk halidir⁵⁶⁵. Borçlunun kastından sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yapılan her türlü anlaşma geçersizdir⁵⁶⁶. Iustinianus hukukunda ağır ihmal kast hükümlerine tabi tutulmuştur. Bu durum D.50,16,226’da “magna culpas dolus est”, yani “ağır ihmal kasttır” şeklinde ifade edilmiştir⁵⁶⁷. Sonuç itibarıyla borçlu gerek kasttan gerek ağır ihmalden daima sorumludur⁵⁶⁸.

Omnis culpa esası yani bütün kusurlardan sorumluluk ilkesinin Iustinianus hukukunda “utilitas” (fayda) prensibine göre hafifletilip ağırlaştırılabildiği görülmektedir⁵⁶⁹.

⁵⁶¹ SAVAŞ, s. 562.

⁵⁶² TAMER GÜVEN, s. 4; AKINCI, s. 28.

⁵⁶³ UMUR, Ders N., s. 310.

⁵⁶⁴ UMUR, Ders N., s. 310.

⁵⁶⁵ SAVAŞ, s. 563.

⁵⁶⁶ Nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur=kasıttan sorumlu olunmayacağına ilişkin hiçbir anlaşma geçerli olmaz, bkz. ERDOĞMUŞ, s. 40; ZİLELİOĞLU, s. 259. Hafif ihmalden sorumluluk ise, sözleşme ile aksi kararlaştırılabilen bir sorumluluk türüdür, HONIG, s. 233; RADO, s. 27.

⁵⁶⁷ ERDOĞMUŞ, s. 40; ZİLELİOĞLU, s. 259; GÜVEL, s. 392.

⁵⁶⁸ KOSCHAKER/AYİTER, s.195; RADO, s. 27.

⁵⁶⁹ ZİLELİOĞLU, s. 260; DİNÇER ARAZ, s. 177; AKINCI, s. 37; SAVAŞ, s. 562.

Utilitas, sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun derecesini belirlemek için o sözleşmeden elde edilen yararın gözetilmesini temel alan bir ilkedir. Borç ilişkisinde menfaati olan borçlunun sorumluluğunun daha ağır olması hakkaniyet gereğidir⁵⁷⁰. Sözleşmede yararı olan taraf, bütün kusurlarından dolayı sorumluyken, yararı olmayan taraf sadece kast ve klasik sonrası dönemde ona eşit tutulan ağır ihmalden sorumluydu⁵⁷¹. Bu anlamda hafif ihmalden sorumluluğun kabul edilmediği bir örnek ivazsız saklama sözleşmesiydi. Bu sözleşmede saklayanın saklatana karşı sorumluluğu kast veya ağır ihmali bulunması halinde doğmaktaydı⁵⁷². Hafif ihmalden kaynaklanan zararlardan ise saklayan sorumlu değildi⁵⁷³. Buna karşılık kullanım ödöncü sözleşmesinde sözleşmede menfaati olan taraf ödünç alandır ve bir karşılık söz konusu olmadığından ödünç alan, klasik hukuk döneminde custodiadan, Iustinianus döneminde ise omnis culpadan (bütün kusurlarından) sorumlu tutulmuştur⁵⁷⁴. Benzer şekilde satım, kira gibi her iki tarafın da sözleşmeden yararı varsa taraflar birbirlerine karşı tüm kusurlarından sorumluydular⁵⁷⁵.

⁵⁷⁰ **SAVAŞ**, s. 565. Klasik hukuk döneminde ortaya çıkan ve Iustinianus döneminde sorumluluk derecelerinin belirlenmesinde kullanılan utilitas ilkesi genel bir kural olarak düşünülmemelidir. Kamu yararının üstün tutulduğu bazı hukuki ilişkilerde, vekaletsiz iş görmede, han, ahır, gemi işletenlerin. Sorumluluğunun belirlenmesinde, alacaklının kendi kusurunun bulunduğu durumlarda utilitas ilkesi uygulanmazdı bkz. **BERK ERİŞİR**, s. 67.

⁵⁷¹ **KOSCHAKER/AYİTER**, s.195; **TAHİROĞLU**, s. 63; **GÜVEL**, s. 396; **SAVAŞ**, s. 565.

⁵⁷² **GÜVEL**, s. 388, 392; **AKINCI**, s. 36, 37; **RADO**, s. 27; **ERDOĞMUŞ**, s. 41; **UMUR**, Ders N., s. 310.

Klasik hukuk döneminde saklayanın sorumluluğu dolus ile sınırı iken Iustinianus döneminde bu sorumluluk ağır ihmali de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Gaius'a ait olan bir metnin sonuna interpolatio yoluyla yapılan eklemeye bu husus takip edilebilmektedir. D.44.7.1.5: *Fakat muhafazası altındaki malları ihmal sebebiyle kaybetse bile sorumlu olmaz. Çünkü vedia alan kişi, bunu kendi yararı değil malı aldığı kişinin yararına kabul ettiği için, sadece malın kendi kastı ile kaybolması durumunda sorumlu olur. Gerçekten vedia alan ihmalden sorumlu değildir. Bununla birlikte ağır ihmal, kasta denk sayılır.* Metnin orijinali ve metin üzerindeki değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan**, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002, s. 59.

⁵⁷³ “Ancak vedia alan, sadece kastı (dolus) varsa mesul olur, yani ihmal (culpa) ve teseyyübünden mesul tutulmaz: şu halde, muhafazasındaki eksik ihtimamı yüzünden o şey çalınrsa, kendisine bir mesuliyet terettüp etmez, çünkü malını ihmalkar bir arkadaşının muhafazasına tevdi eden kimse, kabahati kolaylıkla kendi kendisinde bulmalıdır.”, **UMUR**, Institutiones, T. M., s. 243.

⁵⁷⁴ **SAVAŞ**, s. 565; **ERDOĞMUŞ**, s. 41; **RADO**, s. 27-28; **UMUR**, Ders N., s. 310; **BERK ERİŞİR**, s. 67.

“Ariyet alana gelince, gerçi malın muhafazası için tam bir ihtimam (diligentia) göstermesi lazımdır ve daha ihtimamlı bir kimsenin o şeyi muhafaza etmesi mümkünse, kendi işlerinde göstermesi mutad olan ihtimamı göstermesi de kaftı değildir; fakat telef, kendi kusurundan mütevellit değilse, belenmedik halden (casus) ve mücbir sebepten (vis maior) mesul değildir; şayet sana ariyet olarak verilmiş bir şeyi beraberinde seyahate götürürsen ve düşman veya haydutların tecavüzü veya fırtına dolayısıyla onu kaybedersen, iade etmek mecburiyetinde olduğuna şüphe yoktur.”, **UMUR**, Institutiones, T. M., s. 243.

⁵⁷⁵ **ERDOĞMUŞ**, s. 41-42; **TAHİROĞLU**, s. 63.

Roma hukukunda daha önce de değindiğimiz üzere zayıflık, güçsüzlük, tecrübesizlik gibi nedenlerin bazı hallerde kusura eş tutulduğu görülmektedir ve bu gibi durumlarda kusursuzluğun ispatıyla sorumluluğun doğmasına engel olunamamaktadır. Örneğin Ulpianus'un Celsus'un görüşüne başvurduğu D.19.2.9.5'te şu değerlendirme yapılmaktadır: tecrübesizlik (imperitia) de kusur (culpa) olarak addedilmelidir. Eğer bir kimse, buzağıları otlatmak ya da bir şeyi tamir etmek ya da temizlemek için sözleşme yaparsa, kendi kusurundan sorumlu olmalıdır, tecrübesizliği nedeniyle yaptığı yanlış da kusura dahildir. Çünkü Celsus'un ifade ettiği gibi bu kimsenin zanaatkar olarak sözleşmeye taraf olduğu bellidir⁵⁷⁶.

D.9.2.8.1 Gaius'un eyalet beyannamesi şerhinin 7. Kitabında şu ifadelere yer verilmiştir: Nitekim bir katır sürücüsü tecrübesizliği nedeniyle katırlarına hâkim olamaz ve katırlar başkasına ait bir köleyi ezerse, genel olarak kusuru nedeniyle sorumlu olduğu söylenir. Aynı şey onun zayıflığı nedeniyle katırları tutamaması halinde de söylenir; zayıflığın kusur sayılması haksız değildir, zira bir kimse zayıflığının başkaları için tehlikeli olacağını bildiği veya bilmeye mecbur olduğu bir işi üstlenmemelidir⁵⁷⁷.

Kusurun ağırlığının sorumluluk üzerindeki etkisinin etkileşimli olduğu bir diğer durum zarar görenin birlikte kusurudur. D.50.17.203'te kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimsenin zarar görmüş sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu kuralın tabii sonucu, birlikte kusur halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalkması veya azalmasıdır⁵⁷⁸. Bu konuda D.9.2.9.4'te Ulpianus, bir kölenin mızrak atma talimine ayrılmış bir yere girdikten sonra kendisine rastlayan mızrak nedeniyle ölmesi halinde mala verilen zararları düzenleyen Lex Aquilia'nın uygulanamayacağını, diğer deyişle zarar verenin sorumlu tutulamayacağını, zarar görenin birlikte kusurundan hareketle açıklamaktadır. Devamında, bu köleye mızrağın kasten atılması halinde Lex Aquilia'nın uygulanacağını çünkü zarar verenin kastı halinde zarar görenin ihmal derecesindeki kusurunun tazminat sorumluluğunun doğmasına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir⁵⁷⁹. Dolayısıyla

⁵⁷⁶ ÖCAL, s. 379; TAHİROĞLU, s. 56.

⁵⁷⁷ ÖCAL, s. 380; ERDOĞMUŞ, s. 35, dn. 64.

⁵⁷⁸ RADO, s. 34; ERDOĞMUŞ, s. 46; SOMER, s. 54.

⁵⁷⁹ ERDOĞMUŞ, s. 44. Benzer bir diğer metinde (D.9.2.11), birkaç kişinin top oynadığı sırada, onlardan birisinin topa kuvvetli vurmasıyla ve topun berberin eline çarpmasıyla berberin tıraş etmekte olduğu bir kölenin boğazının kesilmesi ve ölmesi halinde, kölenin ölümünden kimin sorumlu olacağı tartışılmıştır. Metinde bu soruya, kölenin ölümünde kimin kusuru varsa onun Lex Aquilia'da düzenlenen haksız fiilden

anlaşılmaktadır ki birlikte kusur halinde zarar verenin sorumluluktan kurtulması için hiç değilse kendi kusurunun ağırlığının kast derecesine erişmemesi gerekmektedir⁵⁸⁰. Sorumluluğun takdirinde oldukça önemli olan bu kurum Roma hukukunda *compensatio culparum*, yani ihmallerin mahsubu olarak ifade edilmiştir⁵⁸¹. Bunun klasikleşmiş bir örneği, temizleyiciye gönderilen bir gömlekte kıymetli kol düğmelerinin unutulması ve bunların kaybolmasıdır. Romalılara göre bu vakıda temizleyici sorumluluktan kurtulur⁵⁸².

III. KUSURUN MODERN HUKUKLARDA KURUMSALLAŞTIRILMASI

Hukuki kavram ve kurumların tanımlanmasından mümkün olduğunca uzak durulması metodolojik bir ilkedir. Çünkü hukuki bir kavramın tanımlanması, o kavramın sınırlandırılması, sabitlenmesi ve yetersiz ifade edilmesi gibi riskleri beraberinde getirmektedir. Iustinianus döneminden günümüze kadar gelerek çağdaş hukukları etkileyen ancak üzerinde görüş birliğine varılamamış olan kusur kavramı da İsviçre – Türk hukuk sistemlerinde önemli bir yer işgal etmekle birlikte yasal tanımdan yoksundur. Bunda söz konusu terimin bir kalıba sıkıştırılması ve hukuki gelişiminin sınırlandırılması endişesi yatmaktadır. Yasal bir tanımının bulunmaması karşısında kusurun mahiyetini belirleme, hukuk öğretisine ve içtihada kalmaktadır⁵⁸³. Yukarıda değinilen kusurun felsefi temeli ve tarihi gelişimi göstermektedir ki bu kavram dinamik bir kavramdır ve belli bir dönemde geçerli olan ekonomik modelin yanı sıra çağın gerekliliklerine, ulaşılan medeniyetin toplumsal hayatta getirdiği değişikliklere göre

sorumlu olacağı şeklinde cevap verilmektedir. Ancak sorumluluk bakımından yapılacak değerlendirmenin, topu atan açısından mı yoksa berber açısından mı yapılacağı yönünde metinde tam bir açıklık yoktur. Somer, bu metni zarar görenin birlikte kusuru bakımından değerlendirmektedir. Yazara göre zarar, haksız fiil failinin yani berberin ihmali sonucu ortaya çıkmıştır ve kölenin ihmali de zararın meydana gelmesinde etkili olmuştur. Bu durumda birlikte kusurdan bahsedilir. Ancak haksız fiil faili, zarara kasıtlı bir şekilde neden olmuş olsa idi o takdirde kölenin ihmalinin bulunması tazminat açısından bir fark yaratmazdı: **SOMER**, s. 56.

⁵⁸⁰ **RADO**, s. 34.

⁵⁸¹ **RADO**, s. 34.

⁵⁸² **UMUR**, Ders N., s. 312.

⁵⁸³ **GIGER**, s. 585; **TUNÇOMAĞ**, s. 260.

evrilmektedir. Dolayısıyla yasal bir tanım yaparak bir tercihte bulunmaktan ziyade kavramın gelişiminin öğretiyeye bırakılması isabetlidir⁵⁸⁴.

A. KUSUR YARGISI

Sorumluluk rejimi, kanun koyucu tarafından belirlenen bir olguya dayanır. Kusura dayanan sorumlulukta bu olgu, bir değer yargısı niteliğinde olan hâkim tarafından verilecek bir kusurluluk kararından oluşur⁵⁸⁵. Kusurluluk, değerler felsefesiyle bağlantılı etik bir hukuki kavramdır. Her değer yargısı, bir beğenme veya beğenmeme olgusuna ilişkindir. Zarara yol açan, hukuka aykırı olan ve genel davranış kuralını ihlal eden bir eylemin beğenilmesi söz konusu olamaz. Bir eylemin hukuki olarak onaylanmaması zararın, bundan doğrudan etkilenen kişiden alınıp sorumlu kişiye aktarılmasını haklı kılar⁵⁸⁶. Böylece kusur, “casum sentit dominus” ilkesinin sonuçlarını hafifletmekte ana figür olmaktadır⁵⁸⁷.

Bir hukuki önermenin aksiyolojik kavramlar içerdiği durumlarda, hâkimin hukuki önermeyi doldurması, somutlaştırması ve tamamlaması gereken bir boşluk kendini göstermektedir. Kusurdan sorumlu olma düzenlemesi, tıpkı “önemli sebepler”, “özel durumlar”, “meşru menfaatler” ve benzerlerine yapılan atıflar gibi genel bir hükümdür. Hâkim, belirli bir durumda kusurun bulunduğuna karar verirken geçmişe dönük olarak “*mevcut koşullar altında farklı bir davranış mümkün olduğu için o davranışın yanlış olduğu*” yargısını yapmaktadır. Bu yönüyle bir değer yargısı olan kusur yargısı, davranışın neden tasvip edilmemeyi hak ettiğini ve yaptırıma layık olduğunu açıklar; böylece isnadiyetin gerekçesi ve haklılığı ifade edilir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**, Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 18. “Kusur, BGB anlamında “kasıt veya ihmale dayalı davranış”tır; hukuk öğretisi her iki “kusur biçimi” yani kast ve ihmal için genel bir terim oluşturan kusuru, isnat edilebilme yeteneği bulunan bir kişinin objektif olarak hukuka aykırı (ve/veya yükümlülüğü ihlal eden) ve sübjektif olarak kınanabilir davranışı olarak anlar. Kusur için, kusur ehliyeti (“isnat edilebilme yeteneği”) ve bir kusur formunun varlığı gerekir”, bkz. **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 10.

⁵⁸⁵ Krş. **KANETİ**, s. 654.

⁵⁸⁶ **FELLMANN**, Verschulden, s. 341.

⁵⁸⁷ **CUENDET**, kn. 160.

⁵⁸⁸ **AEBI**, s. 53 vd.; **KANETİ**, s. 654; **ERDOĞAN**, s. 120; **OĞUZ, H.**, s. 279. Zararın, zarar görenden başkasına aktarılmasını gerektiren bir sebep yoksa kural olarak zarara, zarar gören katlanır (casum sentit dominos). Zarardan bir başkasını sorumlu tutmak için davranışın o kişiye isnadı diğer deyişle yüklenmesi gerekir ki bu çeşitli şekilde gerekçelendirilebilir. Kusur sorumluluğunda bu gerekçe kişinin kusurunun bulunmasıdır. Kusursuz sorumluluk hallerinde ise belli başlı gerekçelendirme, zararın sorumlu tutulmak istenen kişinin etkinlik ve risk alanında gerçekleşmiş olmasına bağlanmaktadır. Koçhisarlıoğlu, kusuru

Kusur yargısının yapılması, kişinin davranışının bir ölçüte göre değerlendirilmesiyle yapılabilir. Farklı ölçütlerin esas alınması, kusurun kavramsal olarak farklı tariflerinin yapılmasına neden olur. Temel sorun, bu değerlendirmede sübjektif mi yoksa objektif mi ölçütün kullanılması gerektiğidir. Objektif ölçü, failin kişiliğinin dışında kalan davranışsal faktörleri, somut durumları dikkate alan, ancak failin kişisel özelliklerinin etkisini göz ardı eden bir standarttır. Sübjektif ölçü ise bunun aksine, davranışta bulunan bireysel özelliklerine ve kişiselliğine uyarlanmış bir standarttır⁵⁸⁹.

Ölçü ne kadar sübjektif olursa, ahlaki bir bakış açısına o kadar yaklaşır. Çünkü ahlak, insan davranışının dış görünüşüne değil, bunun ortaya çıktığı ruhsal duruma dayanır. Ahlak için önemli olan, bir davranışın iyi veya kötü etkilerinin olup olmadığı değil, davranışın iyi veya kötü niyetlerle yönlendirilip yönlendirilmediğidir. Yine belirli bir durumda herhangi birinin ne yapacağı değil, ilahi kudret tarafından o kişiye verilen imkanlar alanında neyin bulunduğu önemlidir. Buna karşılık, kusurluluk kavramı, objektifleştirildiği ölçüde etik içeriğini kaçınılmaz olarak kaybeder⁵⁹⁰.

Davranışa genel, objektif bir ölçüt uygulanırsa bu davranış, genel deneyime göre söz konusu somut durumun neden olduğu ortalama davranışla karşılaştırılır. Fail hakkında kusur yargısı, aynı dış durumda ortalama bir insanın davranması gerektiği gibi davranmadığında yapılır. Bu nedenle, ortalama bir kişi için hukuka uygun davranış

kavrayabilmek ve tanımlayabilmek için yasada yer almayan yüklenebilirlik kavramının, muhakkak kusurun tanımında sokulması gerektiğini; bunun ise sadece temyiz kudretini aramak veya bir davranış modeline göre belirlemek yahut da toplumsal bir davranış modeline göre belirlemek gibi farklı şekillerde yapılabileceğini belirtmektedir, bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.19. Krş. **GEZDER**, s. 129-130.

Aynı yazar, kusur sorumluluğunda isnadiyetin, soyut yüklenebilirlik ve somut yüklenebilirlik olarak iki parçadan oluştuğunu belirtmekte ve soyut yüklenebilirliği ayırt etme gücünün salt varlığı olarak somut yüklenebilirliği ise ayırt etme gücünün bir davranışı kast veya ihmalen gerçekleştirmek suretiyle kullanılması olarak tarif etmektedir. Soyut yüklenebilirliğin somut yöntemle; somut yüklenebilirliğin de soyut yöntemle belirlenmesini çelişkili bulmakta ve yüklenebilirliğin sübjektif, objektifleştirilmiş veya objektif tarzda tasarlanabilmesini mümkün görmektedir, bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz**, Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 3, ss. 1-17, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/628570>, (Erişim T. 19.09.2022), (Kıs. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Kusurun Obj.), s. 2-3.

Alman hukukunda BGB §276'nın kast veya ihmal şeklindeki kusurun, olağan isnat sebebi olduğundan hareket ettiği, ancak yükümlülük ihlalinin borçluya isnat edilmesinin borçlunun kusuru ile eşit tutulamayacağı belirtilmektedir. Çünkü isnadiyet, bir garanti veya riskin üstlenilmesine de dayanabilir (BGB §276/1 cümle 1). Bu durumlarda, borçlunun kusurlu davranışına atıfta bulunulmaz, bkz. **MüKoBGB/Ernst**, BGB § 280, kn. 24, 27.

⁵⁸⁹ **TANDOĞAN**, s. 50 vd.

⁵⁹⁰ **AEBl**, s. 61.

olasılığının mevcut olması yeterli kabul edilir. Failin kişisel durumu itibarıyla bu ihtimalin bulunup bulunmadığı ise araştırılmaz.

Zor bir çaba olan kusurun tanımlanması hususunda neredeyse yazar sayısı kadar tanımın bulunduğu ifade edilmiştir⁵⁹¹. Yazarlardan her biri kendine göre bir tanım üretmekte ancak herkesin üzerinde ittifak edebileceği bir izah ortaya çıkamamaktadır. Kusurun tanımlanması konusunda kişinin iç dünyası diğer bir ifadeyle iradesi ile dışa yansıyan davranışı iki ayrı yaklaşımı oluşturmaktadır⁵⁹². Doktrinde kusura yaklaşım bu iki uç noktanın birinin ya da bu uç noktaların sıvriliklerinin törpülenerek benimsenmesi şeklinde olmaktadır⁵⁹³. Bu ifademizi somutlaştırmak adına kusurun tanımına ilişkin olarak yapılan şu tanımlamalara bakalım⁵⁹⁴:

“Kusur, hukuk kurallarına aykırı hareket etmeme yükümlülüğüne uygun davranma konusunda iradesini yeterli seviyede yöneltmeyen kimsenin iradesindeki bu zayıflık veya eksikliktir”⁵⁹⁵.

“Kusur, hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin davranışının kınanabilen bir davranış olmasını ifade eder”⁵⁹⁶.

“Kusur, hukuk düzenince belirlenen normal tipin davranışından sapan ve bu sapma nedeniyle hukuk düzeninin tasvip etmediği bir davranıştır”⁵⁹⁷.

⁵⁹¹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 72.

⁵⁹² KORKMAZ, Fırat, Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları 2021, s. 58-59.

⁵⁹³ Krş. KOÇİSARLIOĞLU, s. 105, ayrıca dn. 471’de belirtilen yazar ve görüşleri.

⁵⁹⁴ Farklı hukuk sistemlerinde kusuru tanımlama girişimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇİSARLIOĞLU, s. 24 vd.

⁵⁹⁵ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 644; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1317; SCHWARZ, s. 106, 108; AYBAY, s. 88; SAKA, Zafer, Kusur Kavramı, Adalet Dergisi, Y. 64, S. 5-6, Ankara Mayıs-Haziran 1973, ss. 441-455, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1973/sayi5-6-mayis-haziran1973-sene-64-148%20sayfa-cilt1.pdf>, (Erişim T. 04.01.2024), s. 442; ERDOĞAN, İhsan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, SÜHFD, Y. 1990, C. 3, S. 1, ss. 109-134, <https://dergipark.org.tr/pub/suhfd/issue/26614/280260>, (Erişim T. 23.11.2022), s. 117; TUNÇOMAĞ, s. 260; REİSOĞLU, s. 171.

⁵⁹⁶ Schröder’e göre irade, hukuk düzeninin hukuka aykırı olarak nitelendirdiği dış dünyadaki davranışın nedenini oluşturur. Kusurun özü, fiilin yasak olduğu bilinmesine rağmen normun ihlal edilmesidir. Fail, fiilin yasak olduğunu bilmesine rağmen iradesini fiil icra etmek yönünde kullanması nedeni ile kusurlu addedilmektedir. Bkz. SCHRÖDER, Horst, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Walter de Gruyter Berlin 1949, s. 208, (naklen: GÖKTÜRK, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 11).

Bu tanımlardan ilki kusuru, klasik kusur teorisi olarak da ifade edebileceğimiz şekilde, iradeyi esas alarak açıklamaktadır. İkinci tanım, yine irade esas alınmakla birlikte kınama yargısı iradeye ilişkin değil dışa yansıyan davranışa ilişkindir. Son tanım, yer alan karakteristik özellik ise kusurun iradeyle bağlantısının koparılması ve belli bir davranış tarzına indirgenmesidir. Belli bir davranış tarzına indirgeme şeklinde uç bir objektif standardın benimsenmesi, ayırt etme gücünden yoksun bulunanların da eğer davranışları örnek davranıştan sapıyorsa kusurlu olarak kabul edilebilecek olmasına yol açar. Fakat bu sonucun benimsenmesi kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasındaki sınırın silinmesine sebep olur. Bu denli bir objektifleştirme kusur unsurunun özüne aykırı olduğundan genellikle reddedilir⁵⁹⁸.

Kusurun tanımlanması kısaca ifade etmeye çalıştığımız anlayış farklarına göre bunlardan hangisinin benimsendiği ortaya konulduktan sonra tutarlı olarak yapılmalıdır. Beğenilen ancak birbiriyle uymayan parçaların harmanlanarak bir kusur tanımına ulaşmanın metodolojik olarak mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Bu anlamda tamamen objektif yaklaşımla kusurun belirlenmesi savunulmaktaysa ayırt etme gücünün de kusurun bir unsuru olduğu söylenmemelidir. Ayırt etme gücü kusur yargısı için olmazsa olmaz görülüyorsa bu defa kusurun iradeden bağının tamamen koparılmadığı itiraf edilerek söze başlanmalıdır. Devamında ise tamamen sübjektif kriterlere göre mi yoksa belli oranda da olsa objektif kriterlere göre mi kusurun anlamlandırılacağı belirtilmelidir. Öğretide ise her zaman bu şekilde kendi içinde tutarlı bir yaklaşımın sergilendiğini söylemek güçtür⁵⁹⁹.

Hukukumuzda kişinin eylemlerinin hukuken sonuç doğurması için kural olarak ayırt etme gücünün aranması ve ayırt etme gücünün de bireysel özellikler hakkında bir yargı olmasından dolayı bize göre kusurun her zaman sübjektif bir yanı bulunmaktadır. Normal davranış her zaman sadece akıl sağlığı sınırları içinde talep edilebilir.

⁵⁹⁷ **KELLER, Max/SCHMIED-SYZ, Carole**, *Haftpflichtrecht Ein Grundriss in Schemen und Tabellen*, Schulthess, Zürich 2001, s. 58 vd.; **GÜVEN**, s. 574; **KAHRAMAN**, s. 407-408.

⁵⁹⁸ **AEBl**, s. 58 vd. Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında kusur kavramının tasarımı, ayırt etme gücü unsurundan vazgeçilmediği ancak Fransız hukukunun ayırt etme gücünden bile arındırılmış yeni bir kusur oluşturma yolunu açmış olduğu hususunda bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 89; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 48.

⁵⁹⁹ Örnek olarak bkz. **REİSOĞLU**, (s. 171’de sübjektif görüşü esas almışken, s. 173’te ihmali kistasının objektif olduğunu belirtmektedir); **TUNÇOMAĞ**, s. 260; **BAŞALP**, s. 226; **OĞUZ, H.**, s. 276-277; **KAHRAMAN**, s. 408.

Dolayısıyla meseleyi iradeyle olan bağlantısından koparmadan ele almak en isabetli yaklaşımdır.

Diğer taraftan kişinin iç dünyasına ilişkin olan iradenin gerek ispatında yaşanacak güçlükler gerek irade üzerinde etkisi inkâr edilemeyecek olan üzüntü, stres, yorgunluk, açlık, hamileliğe bağlı hormonal değişimler vs. durumun her zaman kusuru da etkileyeceği ve böylece sorumluluğun azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına sebep olabileceği riski, belli bir oranda sübjektif temelden uzaklaştırmayı gerektirmektedir.

Sonuç itibarıyla bu gibi mülahazalarla ve sorumluluk hukukunun nasıl şekillendirilmesi gerektiği ile ilgili sahip olunan düşünceye göre doktrinde kusurun izahı farklı şekillerde yapılmaktadır. Şimdiden şu kadarı ifade edilebilir ki kusurun irade üzerinden tanımlanması sübjektif kusur anlayışını ve bu bağlamda ahlaki olarak kınanabilirliği ön plana çıkarır. Kusurun irade üzerinden değil de belirli bir davranış tarzına uymama üzerinden nitelendirilmesi ise, objektif kusur anlayışına uygun olarak, ahlaken kınanabilirliği değil hukuken uygun bulunmamayı ön plana çıkarır⁶⁰⁰.

Burada kusur yargısı ile kınanabilirlik ifadesi arasındaki ilişkiyi biraz daha açmak gerekir. Çoğu zaman ve öteden beri bir kişi hakkındaki kusur yargısı, ona yöneltilen bir kınama ile açıklanır⁶⁰¹. Bir davranışın hangi koşullar altında “kınanabilir” olarak nitelendirilmesi gerektiği sorusunun cevabı bireysel, kolektif ya da sosyal adalet arayışına bağlı olarak değişmektedir⁶⁰². Özellikle kusuru bir irade eksikliği olarak anlayan görüşler bireysel adalet anlayışına uygun olarak -ki burada liberal akımın etkisini hatırlamak faydalı olur- somut olayda davranış sahibinin gereken irade gücünü gösterip göstermediğini araştırır. Davranışının bilincinde olup iradesini şu ya da bu yönde kullanmamış kişi hakkında sitemde bulunulabilir. Bu şekilde bir sitem, ayıplama veya kınama, kusur anlamına gelir. Ancak kusurun irade eksikliği olduğu anlayışını benimsemeyip onu soyut, model bir ortalamanın altında kalan davranış olarak kabul edenler de kınama teriminden yararlanmaktadır. Bu takdirde kınamanın ahlaki içeriğinden uzaklaşmakta, kolektif ve sosyal adalete uygun olarak toplumsal yönden

⁶⁰⁰ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 961. Krş. BAYSAL, HFH, pn. 2.20.

⁶⁰¹ GIGER, s. 585; CUENDET, kn. 157.

⁶⁰² GIGER, s. 587.

ayıplama şeklinde bir anlama bürünmektedir. Kabul edilen kusur anlayışına göre nasıl tasarlanırsa tasarlansın veya nasıl isimlendirilirse isimlendirilsin kusur yargısı, bir tür sistemi içinde barındırır. Kişi farklı davranabileceği halde öyle davranmamış veya başka türlü davranması gerekirken öyle davranmamış olması sebebiyle önlenebilir zarardan kaçınmamış ise kendisine sitem edilebilir. Kusur da özellikle önlenebilirlik sitemini içerir⁶⁰³.

B. KUSURU AÇIKLAYAN TEORİLER

1. *Sübjektif Kusur Teorisi*

a. *Teoriye Göre Kusurun Anlamı*

Sübjektif kusur teorisi, davranışta bulunan kişinin tamamen somut, kişisel ve sübjektif özelliklerini göz önünde tutarak kusurun belirlenmesini önermektedir ve bu sebeple sübjektif teori olarak isimlendirilmektedir. Burada ahlaki temele dayalı kişisel bir kusur kavramı esastır. Sübjektif özellikleri ve durumu davranışı mazur gösteriyorsa o kişi

⁶⁰³ KOÇİSARLIOĞLU, s. 361; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 961. Krş. BAYSAL, HFH, pn. 2.20, 2.21.

Yargıtay'ın bir kararında önlenebilirlik yönünden değerlendirmesi şu şekilde olmuştur: "a) *Kusurun belirlenmesinde tehlikeli sonucun önceden görülebilir tahmin edilebilir ve önlenebilir olması kurucu unsurdur. Bu nedenle hal ve durumun gerektirdiği bütün özene uyulmasına rağmen önceden tahmin edilmesi ve bilinmesi mümkün olmayan hususlardan dolayı kişinin kusurlu kabul edilmesi düşünülemez. Ancak bu da tek başına yeterli değildir; bilinebilmenin, "zararlı sonucun önlenebilir" olması ile birlikte bulunmasına bağlıdır. Kişiyi, iradesiyle önleyemeyeceği bir sonuçtan sorumlu tutmak olanağı yoktur. Buna karşın böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun, gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması (hukuk düzeninin kınadığı irade noksanı) yüzünden vuku bulmuşsa, davalı kusurlu sayılacaktır. O halde olayımızda kusurun belirlenmesi için "öncelikle" önlenebilirlik unsuru üzerinde durulması gerekir. Oysa mahkeme bu yolda hiç bir inceleme yapmamıştır. Yukarıda da anlatıldığı gibi büyük mağaza süpermarket şeklinde malların açık sergilenerek satıldığı yerlerde bütün önlemler alınsa dahi belirli bir açığın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği incelenmelidir; çünkü peşin ve kesin hüküm olarak kabul edilmemek koşuluyla, bu tip mağazalarda türlü nedenlere dayalı kaçınılmaz zararların riskin varlığı söylenebilir. Bu nedenle, davalının şefliğini yaptığı mağazada işletmenin normal işleyişinin yarattığı kaçınılmaz bir riskin veya daha başka anlatımla hal ve durumun gerektirdiği bütün özen gösterilmesi durumunda önlenebilir bir durumun olup olmadığı ve bunun kapsamı tespit edilmelidir. Şayet kusurun belirlenmesinde aranılan "zararlı sonucun önlenebilirlik" durumu yoksa veya belli oranda ise, sorumluluğu ve kapsamı ona göre tayin edilmelidir. b) Diğer taraftan kusurun unsurlarının belirlenmesinde ölçümün ne olacağı Türk Pozitif Hukukunda oybirliğiyle sonuca bağlanmıştır. Objektif ölçü esas alınmalıdır. Kusurun objektifleştirilmesi denilen bu kurala göre; Hayat deneylerine ve o olayda ve koşullarda normal ve tedbirli insanlardan beklenen davranışları esas alınmalıdır. Bu nedenle olayda davalının çalıştığı yerde zararın gerçekleşmesi onun sorumluluğu için yeterli değildir. Kusurun ve aranılan unsurların objektif ölçüler içinde belirlenmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, bu dalda uzmanlığı olan bilirkişi aracılığıyla zarara konu olan yerde çalışma sistemi ve bu sistem içinde davacıya yüklenebilecek bir kusurun var olup olmadığı (veya nispeti) tespit edilip sonucuna göre karar vermektir ibarettir.", Yarg. 4. HD., E. 1984/5417, K. 1984/7216, T. 02.10.1984, www.legalbank.net, (Erişim T. 16.08.2024).*

kınamamaz; bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kusurlu olduğunu kabul etmek ahlaki bir sorumluluk anlayışına aykırı düşer⁶⁰⁴.

Sübjektif kusur teorisine göre sorumluluk, bir kınama yargısına dayanır ki bu, kişinin iradesindeki bir zayıflık veya eksikliktir⁶⁰⁵. İrade zayıflığı veya eksiliğinin konusu, kişinin bireysel özelliklerine bakıldığında zararlı sonucu öngörebilir olması ve başka şekilde davranarak özellikle kişisel beceri ve yeteneklerine göre özenli ve dikkatli olarak zararlı sonuçtan kaçınabilir olmasına rağmen bunu yapmamasıdır⁶⁰⁶.

Davranışın sahibine kınama yargısı, hukuka aykırılığı bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği için yapılabilir ya da hukuka aykırılığı öngörmesi ve engellemesi konusunda iradesini yeterli derecede kullanmamış olması sebebiyle yapılabilir. İlk durumda kişinin kasta dayanan kusuru, ikinci durumda ihmale dayanan kusuru söz konusu olur⁶⁰⁷. Kınama yargısı da kusurun bu iki çeşidine ve bunların kendi içindeki ayrımlarına göre farklı şiddetlerde olur. Ancak her iki halde de kınama yargısının yapılabilmesi ancak ayırt etme gücünün bulunması halinde mümkündür. Özgür olan ve davranışlarının sebep ve sonuçlarını anlayıp buna göre hareketlerini yönlendirme yeteneğini elinde bulunduran kişi sorumlu tutulabilir⁶⁰⁸.

Sübjektif teoriye göre bir davranışın kişiye kusur olarak yüklenebilmesi diğer deyişle isnat edilebilmesi için, davranışta bulunulurken mevcut olan psikolojik ve fiziksel şartlar (yaş, cinsiyet, sağlık, anlayış derecesi, zeka seviyesi vs.), kişisel yetenekler, yetiştirme tarzı, mesleki uzmanlıklar, eğitim ve öğretim düzeyi gibi kişiye özgü değişkenler dikkate alınır⁶⁰⁹. Değerlendirme tamamen somut bir yöntemle yapılır; soyut

⁶⁰⁴ OĞUZ, s. 193; BAYSAL, HFH, pn. 2.25.

⁶⁰⁵ von TUHR kusurun, ceza hukuku ve medeni hukukta ortak bir kavram olduğunu ve ister bir sözleşmenin ihlalinde olsun ister haksız bir fiil de olsun davranışta bulunanın kanun tarafından kınanan zihni bir tutumu olarak tanımlamaktadır. Bu kınama, insanın kötü veya zayıf iradesine yöneliktir. Buna göre kast ve ihmâl arasında ayırım yapılabilir. Bkz. von TUHR/PETER, §47, s. 427.

⁶⁰⁶ TANDOĞAN, s. 50; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 132; OĞUZ, s. 194; GÖNÜL KOŞAR, s. 75; SAKA, s. 449; UYUMAZ, Alper, “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, *SDÜHFD*, C. XIII, S. 1, 2023, ss. 503-546, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3062317>, (Erişim T. 08.01.2024), s. 511; EREN, s. 595; OĞUZ, H., s. 277.

⁶⁰⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn.153, 156; GÖNÜL KOŞAR, s. 73.

⁶⁰⁸ KOÇİSARLIOĞLU, s. 146; UYUMAZ, s. 509 vd.

⁶⁰⁹ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 131; KORKMAZ, s. 84; UYUMAZ, s. 510; BAYSAL, s. 109.

Kişinin fevri, basiretsiz ya da gergin biri olması gibi kişisel özelliklerinin de dikkate alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Örneğin Oğuzman/Öz, bir kimsenin çok üzüntülü olduğu için gerekli tedbirleri almamış olması gibi istisnai mazeretlerin dikkate alınmamak suretiyle sübjektif kusur görüşünü sınırlamaktadır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn.162.

nitelikteki veri, olgular dikkate alınmaz. Sonuç olarak bu tür sübjektif özelliklere göre zararlı sonucun meydana gelmemesi için başka türlü davranma imkanı varken zarara neden olan davranışın gerçekleştirilmesi kusurdur. Her olayda failin yetenekleri, fiziki, aklı, iradi kuvvetleri değerlendirilerek o kişinin somut olaydaki hukuka aykırı sonucu öngörebilme ve önleyebilme durumunun olup olmadığı tespit edilir. Mümkün olmasına rağmen öngörme veya önleme gerçekleştirilmemişse kişiye karşı sitem edilebilir. Bu sayede tutum ve davranışlarında özgür olduğu kabul edilen bireyin verdiği zarara kendisinin katlanması adalete uygun bir şekilde açıklanmış olur⁶¹⁰. Bu değerlendirme sonucunda failin hukuka aykırı sonucu önleyebilecek durumda olmadığı neticesine varılırsa, kusurun ve özellikle ihmalin olmadığına hükmedilir⁶¹¹. Çünkü kişi ancak kendisine mal edilebilen davranışlarından ötürü ayıplanabilir ve kınanabilir.

Sübjektif teori kusuru failin iradesi üzerinden açıkladığından kusur ile hukuka aykırılık arasındaki sınırın çizilmesi daha kolay olmaktadır. Çünkü hukuka aykırılık dışarıya yansıyan fiil ile ilgilidir. Bir davranışın bir hukuk kuralını veya bir yükümlülüğü ihlal etmesi objektif niteliktedir ve hukuka aykırılığı verir. Bu davranışın yapılmasındaki zihni sürecin incelenmesi, kişisel yeteneklere göre zararlı sonuçtan başka şekilde hareket etme olanağının bulunup bulunmadığını araştırma ise sübjektif niteliktedir ve kusuru verir.

Kusur kavramının irade ile kopartılamaz bağları olmasından dolayı sübjektif teori kusur ile daha uyumludur ve onu kuvvetlendirir. Kusur ilkesinin esas görümünü ve en güçlü olduğu alanı da bu teori oluşturur⁶¹².

b. Sübjektif Kusur Teorisine Yönelik Eleştiriler

Eleştiri noktalarından en önemlisi bir kişinin tüm sübjektif özelliklerinin hâkim tarafından dikkate alınmasının son derece güç ve hatta imkânsız olmasıdır. Kişilerin kendi yaşamlarında gerçekten ne gibi yeteneklere, kabiliyete, tecrübeye haiz olduğunu kendi işlerinde ne derece özenli veya dikkatli olduğunu, her fert ve somut olay için tek tek belirlemek oldukça güçtür. Hâkim de dahil olmak üzere hiç kimse, bir başka kimsenin fiilleri hakkında ahlaki bir değer yargısına hükmetme yeteneğine sahip

⁶¹⁰ KOÇİSARLIOĞLU, s. 147.

⁶¹¹ TANDOĞAN, s. 50.

⁶¹² KORKMAZ, s. 88.

olmadığı gibi, böyle bir görevle de yüklenmemiştir. Herkesin özellik, yapı ve olanakları diğerlerinininkinden farklıdır ve hakimın kişilerin iç dünyalarına girmesi, orada araştırma yapması, neye güç yetirebilir olup olmadığını saptaması olanaklı değildir⁶¹³.

Hakimin bir başkasının ahlâkî temelli bir değer yargısı hakkında hükmetmeye zorlanması, keyfî değerlendirmeye ve eşitlik ilkesinin zedelenmesine sebep olabilir⁶¹⁴. Ayrıca failin sübjektif zayıflıklarına neden zarar görenin katlanması gerektiği ikna edici şekilde açıklanamamaktadır.

Toplum içinde birlikte yaşayan insanlar birbirleriyle ilişkilerinde belirli davranış kurallarına uymakla yükümlüdür. Toplumsal yaşamda güven düşüncesi, kişisel yeteneklere bakılmaksızın herkesten davranışlarında asgari derecede belirli bir özen gösterilmesini gerektirir. İnsan ahlaki, fikri ve fiziki nitelikler ile cismani becerileri ve mesleki ve teknik yeteneklerin ortalama bir toplamını garanti etmek zorundadır⁶¹⁵. Kişiler arasındaki güvenin korunması, her sübjektif özelliğın hesaba katılması durumunda mümkün olmaz. Çünkü her olumsuzluk kişisel özellikler gerekçe gösterilerek meşru kılınmaya çalışılabilir ve sınırın nerede çizileceği belirlenemez⁶¹⁶. Toplum hayatının selameti ve devamı için hukuk, her bir kişinin kendi özellik ve olanaklarını ayrı ayrı dikkate alarak davranış kuralı öngörmemeli; bu bağlamda kusur kavramı sübjektif bir karakter taşımamalıdır.

Sübjektif kusur teorisi bir anlamda kişinin kendini kusurlu görmesi halinde kusuru kabul etmektedir. Halbuki insanın davranışının ölçü ve yargıcı yine insanın kendisi olamaz. Hukuk, davranışta bulunanın kendi anlayışını değil ortak sağduyuyu ölçü almalıdır. Bu ise kişinin içinde yaşadığı toplumla birlikte var olduğu gerçeği karşısında toplumsal değer yargılarının esas alınmasını gerektirir. Mutlak ferdiyetçi akımın bir yansıması olan sübjektif kusur, toplumsal barışa hizmet etmekten uzaktır⁶¹⁷.

2. Objektif Kusur Teorisi

a. Teoriye Göre Kusurun Anlamı

⁶¹³ KOÇİSARLIOĞLU, s. 277.

⁶¹⁴ BAYSAL, s. 110; GÖNÜL KOŞAR, s. 77; KORKMAZ, s. 87; UYUMAZ, s. 515.

⁶¹⁵ KOÇİSARLIOĞLU, s. 152; GÖNÜL KOŞAR, s. 76; UYUMAZ, s. 515.

⁶¹⁶ BAYSAL, s. 109.

⁶¹⁷ KOÇİSARLIOĞLU, s. 184 vd.

Objektif kusur anlayışı esasen yeni bir teori olmak bir yana tam aksine sorumluluk sisteminin en eski ve ilkel yapısında bulunmaktadır. Öğretide kusurun başlangıçta objektif nitelikli iken zaman içinde sübjektifleştiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁶¹⁸.

Objektif kusur teorisi kusurun izahında, davranışın sahibinin soyut, belirlenmesi güç iradesinden hareket etmez. Bu nedenle davranışta bulunanın bilinç, irade sahibi olması gerekmediği gibi davranışta bulunurken somut olarak bilinçli ve iradeli davranmış olması da gerekmemektedir. Hiç kimse kendisini başkalarından tamamen bağımsız göremeyeceği gibi davranış ve yargılarında da kendisini tamamen özgür kabul edemez. Kendisine kusur yüklenen kişi toplumsal bir varlık olması sebebiyle kusur da toplumsal bir bağlamda tasarlanmalıdır. Toplumsal dayanışma fikri zararın tabana yayılarak yoğunluğunun azaltılmasını bu da kusurun objektif bir mahiyet kazanmasını sağlar.

Objektif kusur teorisi kusuru, ahlaki bir temele dayanan kınama yargısı yerine, hukuki bir temele dayanan hukuk düzeninin uygun bulmadığı bir davranış olarak tanımlar. Kusur, ahlaki değil toplumsal ve sosyal bir karakterdedir. Kusurun varlığı, failin iç durumu ve kişisel özelliklerinden bağımsızdır. Kusur, toplumsal açıdan anormal ve düzen bozucu bir kavram olarak tasarlanmalı ve kişinin şahsından tamamen soyutlanmalıdır. Davranışta bulunanın kişisel olarak davranış normunu ihlal etmeme olanağına sahip olup olmaması önem taşımaz. Çünkü bu yalnız kendisini ilgilendiren bir husus olup toplumsal açıdan dikkate alınmasında yarar yoktur. Kusur işlenebilmesi için sübjektif öngörülebilirlik ve önlenebilirlik şart olmayıp objektif öngörülebilirlik ve önlenebilirlik de yeterlidir⁶¹⁹.

Davranışın hukuk düzenince uygun bulunup bulunmayacağı, dışa yansıyan bu davranışın örnek, model bir davranışla kıyaslanmasını gerektirir. Örnek davranıştan sapma o davranışın kusurlu bir davranış olduğunu gösterir⁶²⁰. Örnek davranışın belirlenmesinde, failin yaşı, ayırt etme gücü ve derecesi, yetenekleri, becerileri, karakteri, ekonomik olanakları, almış olduğu terbiye, genetik özellikleri, ait olduğu toplumsal çevre, vb. dikkate alınmaz. Ancak tamamen dış nitelikli durum ve koşullar

⁶¹⁸ KOÇİSARLIOĞLU, s. 204.

⁶¹⁹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 197 vd.

⁶²⁰ KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 59; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 134.

belirleyici olabilir. Zarar verici olayın meydana geldiği yer ve zaman dış nitelikli durum ve koşulların en önemli örnekleridir⁶²¹.

Objektif kusur teorisine göre kıyaslama yapılacak örnek davranış, fail ile yer ve zaman gibi aynı dışsal şartlar altında bulunan, ayırt etme gücüne sahip olan, makul ve dürüst bir üçüncü kişinin davranışdır. Bu şekilde modelleştirilen üçüncü kişide ayırt etme gücünün bulunmasının gerekmesi, aslında kusurun bilinçli bir irade olmaksızın işlenemeyeceğini göstermekte ise de davranışta bulunan somut kişinin bu şekilde ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması önemli değildir⁶²². Ancak bu soyut ve örnek üçüncü kişinin davranışın tespitinde yaş ve cinsiyet gibi somut faile ilişkin kişisel özellikler dikkate alınmaz. Örneğin, bir küçüğün zarara neden olan davranışında kusuru araştırılırken bu davranış, ayırt etme gücü bulunan makul bir küçüğün aynı yer ve zamandaki göstereceği tutuma göre değil objektif ve soyut bir kişi olarak bir yetişkinin davranışına göre değerlendirilir. Yine ayırt etme gücü bulunmasa bile bu kusursuzluğa neden olmaz, eğer ayırt etme gücü bulunmayanın davranışı bu örnek modelin davranışından sapmış ise kusurlu olarak kabul edilir.

Objektif kusur teorisinin, sübjektif kusur teorisine karşı temel argümanlarından biri, kişinin şahsına ilişkin verileri ortaya çıkarmanın çok zor veya imkansız olmasıdır. Bir ihtimal bu mümkün olsa bile değerlendirmeyi yapacak olan hakimin kişinin şahsıyla ilgili araştırma yapmakla yükümlü ve yetkili olduğunu kabul etmek, kişinin şeref ve saygınlığıyla bağdaşmaz görülmektedir. Ceza hukukundan farklı olarak özel hukuk, kişinin hukuka karşı gelen iradesini cezalandırma amacına sahip olmadığından ceza hukuku yargılamasından farklı olarak insanın iç dünyasıyla derinlemesine uğraşarak onun mahremiyetini ihlal etmemelidir denilmektedir⁶²³.

Objektif kusur teorisi, sorumluluğun kusur unsuru üzerinden kaldırılması girişimini çoğu zaman boşa çıkaran bir teori olup mağdur lehine işleve sahiptir⁶²⁴. Tesadüfi olarak da olsa zarara uğrayan ve pasif durumdaki zarar görenin değil buna sebep olan failin zararı taşımasını amaçlar. Adalet, herkesin kendi fiillerinin sonucuna katlanmasını

⁶²¹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 201.

⁶²² KOÇİSARLIOĞLU, Kusurun Obj., s. 4.

⁶²³ KOÇİSARLIOĞLU, s. 202 vd.

⁶²⁴ KORKMAZ, s. 75

gerektirir. Zarar verenlerin ayırt etme gücünden yoksun olmaları, zarar gören kimselerin, ayırt etme gücünden yoksunların bu kabiliyetsizliklerine katlanmaları için bir gerekçe oluşturmaz.

b. Objektif Kusur Teorisine Yönelik Eleştiriler

Kusurun iradeden bu denli ayrıştırılarak soyutlanması ve tatsız, soğuk bir kavram olarak bırakılması onun hukuka aykırılık ile iç içe geçmesi yönünden ve ayırt etme gücü eksikliğinin kusur sorumluluğunu kaldırdığı hukuk sistemimizde, kusur olmadan kusura dayalı sorumluluğa yol açacağı gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmektedir⁶²⁵. Gerçekten kusur sadece bir davranış tarzı olsaydı, salt fiilden dolayı sorumluluk sözü konusu olacağı için kusursuz sorumluluk ile kusur sorumluluğu arasındaki fark önemli oranda azalır⁶²⁶.

Bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için kınamak, kusurun ve sorumluluğun ahlaki niteliğine aykırıdır. Ahlaki temellerinden tamamen koparılmış bir kusur tanımı, terminolojik isim değişikliğinden başka bir şey olmayıp bu durumda kusur kavramı ile ifade olunan esasında hukuka aykırılıktır.

Kusurun belirlenmesi için soyut davranış modelinin belirlenmesiyle amaçlanan, kişinin davranışlarını standart bir ölçüyle ölçmektir. Yoksa gerçeklikten uzak bir ideal davranışı belirlemek değildir. Bir çocuğun, bir yetişkin gibi davranamayacağı önceden bellidir. Çocuğun davranışının kusurlu olup olmadığının ölçülmesi isteniyorsa çocuk için model oluşturabilecek soyut ve kendi yaş grubundan bir kişinin davranış modeli yapılması gerekmektedir. Aksi halde yapay ve hayali bir model tasarlanmış olur ki bu kusura yabancı bir kavramdır, çünkü kişinin, davranış modelinden beklendiği gibi davranmasının olanaksız olduğu durumlarda kusurdan bahsedilemez⁶²⁷.

Objektif kusur anlayışına göre ayırt etme gücü olmayanların davranışı da kusurlu olabilmektedir. Bu takdirde davranışın hukuka aykırılığı ile davranışın kusurlu olması arasındaki ayırım ortadan kalkmaktadır. Kusur ve hukuka aykırılık biri diğerkinin yerine kullanılabilir terimler haline gelmektedir. Bu durum ise sorumluluk hukukunun tarihsel

⁶²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn.163.

⁶²⁶ KORKMAZ, s. 62.

⁶²⁷ KOÇİSARLIOĞLU, s. 301 vd. ve özellikle dn. 1418.

gelişiminde bir çeşit geriye gidiş anlamına gelir. Medeni gelişimin kat ettiği aşamaların olumlu bir sonucu olan sübjektif kusurdan bir geriye gidiş yerine toplumsal ihtiyaçlara göre şekillenen ve ihdas edilen kusursuz sorumluluk halleri yaygınlaşmaktadır. Sık karşılaşılan ve büyük rizikoların sigorta ettirilmesi ve topluma yayılması zorunlu sigorta mevzuatı ile gerçekleştirilmektedir. Hukuk sisteminin geldiği bu noktada kusur prensibine dayanan sorumlulukta kusuru bir de objektif teoriye uygun olarak anlamlandırmak için yeterli ve tatmin edici bir zemin kalmamaktadır.

3. Objektifleştirilmiş (Karma) Kusur Teorisi

a. Teoriye Göre Kusurun Anlamı

Sübjektif teorinin de objektif teorinin de tam anlamıyla adil, hakkaniyete uygun pratik sonuçlardan uzak olması doktrinde çoğunlukla ikisi arasında bir seçim yapmak yerine ikisini telif eden bir anlayışın benimsenmesine yol açmıştır. Kusurun iradeden bağının tamamıyla koparılmasından hareket eden bu anlayış kusur yargısında bulunulabilmesi için öncelikle ayırt etme gücünün bulunmasını kabul eder⁶²⁸. Zira kusurlu davranış, ancak özgür bir iradenin varlığı halinde mevcut olabilir ve kişi ancak yönlendirebilme imkânının bulunduğu davranışlarından sorumlu tutulabilir. Objektifleştirilmiş kusur görüşünü, katı objektif kusur görüşünden ayıran en önemli özellik budur.

Kusur yargısının yapılıp yapılmayacağı burada da zararlı sonucun önceden öngörülebilmesi ve bu sonucun önlenbilmesine bağlıdır. Ancak bu değerlendirme borçlu veya faile göre değil, objektif teorinin de önerdiği gibi ortalama, soyut, objektif bir tipe göre yapılacaktır. Amaç, kişinin davranışta bulunurken zararlı sonucu öngörmesinin ve bundan kaçınma olanağının bulunup bulunmadığını tespit etmektir.

Objektifleştirilmiş kusur teorisinin tarihi, 17 ve 19. yüzyıllar arasında daha önce de değindiğimiz üzere sübjektif olarak değerlendirilen kusurun 1903 yılında BURCKHARDT tarafından önemli ölçüde farklı bir şekilde yorumlanmasına

⁶²⁸ UYUMAZ, s. 511; BAYSAL, s. 110, 115.

dayanmaktadır⁶²⁹. Burckhardt, zarar gören tarafın, sorumlu olan tarafın kişisel ihmali, yani kendi özel eğilimi ve eğitimine göre uygulayabileceği çabayı uygulamaması şeklindeki ispatı gereken bir ölçünün esas alınmasının pratik olmadığını düşünmüştür. Bu nedenle, zararlı davranışın ortalama bir ölçütle ölçülmesini önermiş ve Roma'nın "diligens pater familias" ölçütünü yeniden canlandırmıştır. Buna göre ölçü alınacak kişi ne bir budala ne de bir kahraman olmalı, sadece akıllı ve kalbi doğru yerde olan, istemediği hiçbir şeyi yapmayan ve zor durumlarda açıkgozlü, soğukkanlı, emin, yetenekli bir adam olmalıdır⁶³⁰. Bu ölçü, her zaman sabit ve her yerde tek tip değil, aksine karşısındaki insan kategorisine ve somut olayın durumuna göre değişen sağlamlık ve esnekliği hoş bir şekilde birleştiren bir kavramdır⁶³¹. İrade yoğunluğunun gerekli olduğu durumlarda geçici veya alışkanlık haline gelmiş dalgınlık; teknik yetenek ve bilginin gerekli olduğu durumlarda bunların eksikliği ve ayırt etme gücü sınırının altına düşmediği sürece anlık veya kalıcı zihinsel yetersizlik mazeret sayılmaz⁶³².

Karşılaştırmada kullanılacak tip, borçludan tamamen soyutlanmış makul, ortalama herhangi bir tip değil; borçluyla ortak özellikler taşıyan, onunla aynı sosyal çevreden gelen, mesleki bilgi ve yeteneği, eğitim düzeyi, fiziki ve psikolojik yetenekleri benzer olan, makul, ortalama bir tiptir⁶³³. Böylece davranışta bulunanla aynı gruptan gelen soyut bir insan tipinin oluşturulması ve davranışta bulunanın somut davranışı ile davranış modelinin aynı dışsal koşullardaki olması gereken davranışının karşılaştırılması yapılır. Dolayısıyla kısmen sübjektif özellikleri de dikkate alınarak yapılan bir genellemeyle ulaşılan tip, borçlunun kendisi değil ama onun

⁶²⁹ BURCKHARDT, C. Chr., "Die Revision des Schweiz. Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht", ZSR, C. 22, Y. 1903, ss. 469-586, <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=zsr-001%3A1903%3A22%3A%3A804>, (Erişim T. 08.09.2024).

⁶³⁰ BURCKHARDT, s. 521.

⁶³¹ BURCKHARDT, s. 521.

⁶³² BURCKHARDT, s. 521.

⁶³³ OĞUZ, s. 194; SAKA, s. 450; UYUMAZ, s. 511; BAYSAL, s. 110; OĞUZ, H., s. 278. "Hakim görüş her zaman sabit bir şekilde objektif bir ölçüyle değil, makul bir ortalama kişinin yeteneklerine dayanan fakat objektif (ortalama) gereklilikleri somut davranışta bulunanın kapasitelerine uyarlayarak sübjektifleştirme için kapı aralayan karmaşık bir karma sistemle çalışır. Şimdiye kadar en önemli husus, özen ölçüsünün bir hedef gruba (iş çevresine) göre belirlenmesidir; bununla bir cerrahın bir taşralı doktorla aynı muameleye maruz kalması ve şarbondan muzdarip bir ineği besleyen bir çiftçiye bir veterinerle aynı şekilde davranılması önlenir. Ek olarak gereken özen derecesi, somut davranışta bulunanın yaşına bağlı olarak belirlenir; çocuklar ve yaşlılar ayrıcalıklıdır, yani makul orta yaşlı kişinin ölçüsüne göre değil, yaşa bağlı olarak tipikleştirilmiş bir ölçüye göre değerlendirilmelidir.", bkz. MÜKoBGB/WAGNER, 8. Aufl. 2020, BGB § 823, kn. 40.

objektifleştirilmiş halinden ibarettir⁶³⁴. Örneğin Roma hukukçularının iyi bir aile babası tipi, bu türden soyut bir modeldir. Ortalama tipin davranışından sapan fiil, kusurlu olarak değerlendirilir⁶³⁵.

Karma, diğer deyişle objektifleştirilmiş teori, esasında objektif teorinin daha yumuşak uygulanmasıdır. Objektif teorinin kusur sorumluluğunu neredeyse kusursuz, sebep sorumluluğuna dönüştürmesi, karma teoride görülmez. Karma kusur teorisinin dikkat çeken yanı, ayırt etme gücünü somut yöntemle sübjektif olarak tespit etmesi; davranışın kıyaslanması için başvurulacak model davranışı ise soyut yöntemle objektif olarak belirlemesidir⁶³⁶.

Karma teoriye göre failin somut olaydaki fiili değil, ortalama tipin aynı şartlar altındaki örnek davranışı esas alındığından failin, içinde bulunduğu sübjektif şartlara göre elinden geleni yapmış olması, ahlaki yönden kınanabilir olmadığını gösterebilir. Ancak bu şekilde bir irade eksikliği bulunmasa bile, failin davranışının örnek kişinin davranışından daha alt düzeyde kalarak ondan sapması, hukuki açıdan kusur değerlendirmesi için yeterlidir. Burada normatif bir ayıplanabilirlik kavramı belirir. Hukuk düzeni gerçekte kusurlu kişinin şahsına karşı tepki göstermemekte ancak kusurlu davranışın kendisine tepki göstermektedir⁶³⁷.

İstisnai mazeretler örneğin failin mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, yetenekleri, çalışkanlığı yönünden nasıl hareket etme alışkanlığında olduğu, zarar veren kişinin o anda özel bir yüke maruz kalması, stres, üzüntü gibi hususlar örnek tipin belirlenmesinde dikkate alınmaz⁶³⁸. Somut olayda dikkat ve özenin gösterilmemesinin genel bir alışkanlık olduğu ve ihmal teşkil etmediği yönünde bir argüman öne sürülemeyeceği gibi bir tedbirsizliğin, sorumlunun ait bulunduğu çevrede hoşgörü ile karşılanması savunması da kusurun belirlenmesinde kabul edilmez⁶³⁹.

⁶³⁴ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 136; ERDOĞAN, s. 130 vd.; BAYSAL, HFH, pn. 2.32. Objektifleştirilmiş kusur teorisini, sübjektif kusur teorisinden ayıran özellik de burada yatmaktadır. Bu hususta bkz. KOÇİSARLIOĞLU, s. 174 vd.

⁶³⁵ TANDOĞAN, s. 50 vd.; EREN, s. 595; NOMER pn. 114.2; KOÇİSARLIOĞLU, s. 177; OĞUZ, s. 194-195; UYUMAZ, s. 512.

⁶³⁶ KOÇİSARLIOĞLU, s. 177.

⁶³⁷ KOÇİSARLIOĞLU, s. 371.

⁶³⁸ KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 61; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn.162; GÖNÜL KOŞAR, s. 80.

⁶³⁹ GÖNÜL KOŞAR, s. 80.

Karma kusur teorisinin benimsediği soyut yöntem göre toplumsal yaşamdaki güvenlik gereksinimi, herkesin düşünsel, fiziksel ve mesleki beceri yönlerinden belirli bir düzeyde olmasını gerektirir. Davranışta bulunandan bir anlamda belirli özellik, olanak ve gücü garanti etmesi beklenmekte ve aksi yöndeki hiçbir mazeret kabul edilmemektedir. Kişinin, olayın durum ve koşulları içerisinde benimseyebileceği davranış değil benimsemesi gereken tutum ve davranışlar önemli sayılmaktadır⁶⁴⁰. Bu bağlamda kusurun objektifleştirilmesi, olası zararların önlenmesi amacına daha uygundur. Objektif ölçülerle öngörüleebilecek ve önlenebilecek bir zarar tehlikesini kişisel olarak öngörebilecek ve önleyebilecek durumda olmaması nedeniyle kişinin kusursuzluğuna karar verilmesinin zararı önlenme düşüncesiyle bağdaşmadığı açıktır. Kişinin ihmalkar, tedbirsiz olması gibi şahsi nitelikleri bir sorumsuzluk nedeni olmamalı, zarar gören veya toplum kişinin anormal sayılan davranışlarının olumsuz sonuçlarına katlanmamalıdır. Kişiler toplumsal yaşama katılmakla artık toplumsal yaşamın gerekleri, güvenlik ihtiyacı, ortak çıkarlar ön plana çıkar ve kişi, temel nitelikte toplumsal faaliyetlerde bulunabilmeyi herkese garanti etmelidir⁶⁴¹.

Bundan başka uygulanabilirlik yönünden de kusurun objektifleştirilmesi ispat faaliyetini kolaylaştırdığından subjektif teoriye göre daha tercih edilesidir. Öncelikle özel hukuk alanında kusuru araştırmak bakımından bireyler ceza hukukunda olduğu gibi soruşturma organlarının gücünü kullanamaz. Dolayısıyla subjektif kriterlerin dikkate alınması, zarar gören tarafın konumunu ve dolayısıyla kusur sorumluluğunun işleyişini olumsuz etkilemektedir. Hukukun uygulanabilirliği subjektif faktörlerin arka plana atılmasını gerektirmektedir. Yine hakimden, davranışta bulunan kişinin somut zihin ve ruhsal özelliklerine nüfuz etmesi beklenemez. Subjektif kusur, kanıtlanmaya elverişli olmayan psikolojik bir olgudur. Halbuki hakimin kusur yargısını yaparken kullanabileceği ölçütlere ihtiyaç vardır. Model bir davranışın belirlenmesi ve bundan sapmanın gözlemlenmesi hakim için elle tutulur ölçütleri oluşturur⁶⁴².

⁶⁴⁰ OĞUZ, s. 194; KOÇİSARLIOĞLU, s. 273.

⁶⁴¹ TANDOĞAN, s. 51; GÜVEN, II, s. 158; BAYSAL, HFH, pn. 2.29.

⁶⁴² TANDOĞAN, s. 51; GÜVEN, II, s. 157; KOÇİSARLIOĞLU, s. 272. “Objektif ölçü ilk olarak pragmatik avantaja sahiptir; ihmal incelemesinin subjektifleştirilmesi, her bir somut olayda belirlenmesi önemli miktarda çaba-masraf gerektirecek olan haksız fiil failinin etki alanından gelecek bir bilgi yığını gerektirirdi ve bunlar özellikle yargılanan haksız fiil faili tarafından kolayca manipüle edilebilir ve sonuç olarak yargılamada kolayca teyit edilemezdi. Bu nedenle mahkemeler, haklı olarak ortalama bir yetişkin

Uygulama kolaylığının yanı sıra sorumluluğa yön verme işleviyle bağlantısı da kusurun objektifleştirilmesinin lehine olan belirleyici bir yöndür. Eğer sübjektif kusur anlayışına uygun olarak, davranışta bulunanın zarara yol açan davranışını gerçekleştirdiği sıradaki imkanları ve yetenekleri önem taşıyacak olsaydı, zarardan kaçınmak için değerlendirilebilecek önemli potansiyeller boşa gidebilirdi. Bireyin özenli davranma yeteneği hiçbir şekilde doğuştan verili olmayıp, aksine uygun çabaların yardımıyla bu yeteneğin geliştirilebileceği açıktır⁶⁴³. Bu bakış açısıyla yakından ilgili olan bir yorum, kişinin kontrolü dışındaki doğal güçler nedeniyle tehlikeyi kontrol etme yeteneğini aşan durumlara kural olarak girmemesi; tam tersine her davranışta bulunanın, kendisinden yüksek düzeydeki gereklilikleri karşılamasını isteyen durumların ortaya çıkmasından kaçınmasının gerektiği düşüncesidir. Sarhoş bir sürücü, en iyi konsantrasyonla bile kazadan kaçınamayabilir, ancak başlangıçta alkollü araç kullanmaktan kaçınabilmesi çok muhtemel idi ve bu nedenle, içinde bulunduğu durum itibarıyla zarardan kaçınmamış olması önem taşımaz⁶⁴⁴.

b. Teoriye Yönelik Eleştiriler

Öğretide kusurun objektif yönü olarak sunulan koşulların esasında davranışın ölçülmesinde kullanılan ölçütler olduğu ve bunların hiçbir şekilde kusurluluğun bir parçası olmadığı, kusurun objektif yönünden bahseden herkesin ölçü ile suçlamayı (ithamı) karıştırıyor olduğu belirtilmiştir⁶⁴⁵.

Aynı meslek, aynı yaş grubundaki insanların normal koşullarda somut olay karşısındaki muhtemel davranışına uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kimsenin karma teoriye göre kusurlu sayılması mümkündür. Halbuki böyle bir bilinci olmayan bir

kişinin olanaklarına ve maliyet işlevine yönelmektedirler.” bkz., **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 41.

⁶⁴³ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 42.

⁶⁴⁴ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 42. “Sonuç olarak içtihat, belirli bir durumla başa çıkamayacağını öngörebilen zarar veren tarafı, fiziksel veya zihinsel engeller ve hastalıklarla bağlantılı olarak aklamayı reddeder: Görme yeteneğininin sınırlı olduğunu veya aşırı yorulma riskini bildiğini biliyorsanız, daha en başta direksiyona geçmemelisiniz. Mahkemeler haklı olarak her davranışta bulunanın kendi yeteneklerinin sınırlarını bildiğini veya en azından bilebileceğini ve kendisinden yüksek düzeydeki gereklilikleri karşılamasını isteyen durumlardan kaçınabileceğini kabul eder. Kısacası: objektif ihmal ölçüsü, her davranışta bulunanın kendi risk yönetimi becerilerinin sınırlarını bilmesi gerektiği ve daha en başta altından kalkamayacağı durumlara kalkışamayacağı değerlendirmesinin öz olarak ifadesidir.”, bkz **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823 kn. 42.

⁶⁴⁵ **FELLMANN**, Verschulden, s. 354-355.

kimsenin örnek davranışa uygun hareket edememesi kınanacak bir durum değildir. Kusur suçlaması, ancak ve ancak failin bireysel yeteneklerine göre doğru davranabilmesi veya yeteneklerinin amaçlanan eylem için, zarardan kaçınmak için yeterli olmayacağını davranıştan önce fark edebilmesi durumunda haklıdır⁶⁴⁶. Örnek davranıştan sapma ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusur addedilebilir. Karma teorisinin bu ikisi arasındaki farkı ıskaladığından kanun sistemine uymadığı ifade edilmiştir⁶⁴⁷.

Karma kusur teorisinin tutarsız olduğu da belirtilmektedir. Nasıl ki ortalama becerilerin üstünde yetenek ve kabiliyette olanlardan kusurlu olmamaları adına, bu sübjektif durumları hesaba katılarak sahip olduğu niteliklerinin tamamını kullanması bekleniyorsa ortalama becerileri sağlamayanlar da aynı şekilde kusurlu sayılmamalıdır⁶⁴⁸. Yine ayırt etme gücü sübjektif tarzda değerlendirilirken uyulması gereken davranış normunun belirlenmesi ve ihlali hususunda objektif tarzda hareket edilmektedir. Hâlbuki davranışta bulunanın davranış normunu somut olarak anlayabilecek ve onu somut olarak ihlal etmeyebilecek durumda olması gerekir. Bu da davranışta bulunanın tamamen kişisel özellikleri ve olanaklarına göre belirlenmesiyle gerçekleşebilir. Tutarsızlığa düşmemek adına ya sübjektif kusur anlayışına göre ya da objektif kusur anlayışına göre hareket edilmelidir. Objektifleştirilmiş kusur gibi ara bir çözüm olanaklı olmamalıdır⁶⁴⁹.

Her insandan beklenen özenin ölçüsü aynı olmamalıdır ve bu konuda soyut bir ölçüye başvurmak kusur kavramının yapısına aykırıdır⁶⁵⁰. Özen ölçüsünün bu şekilde objektif bir ölçüt ile belirlenmesi, kişisel özellikleri bakımından belirlenen ortalama ve makul insandan daha aşağı düzeyde olan kişiler açısından dezavantajlıdır. Zira bu kişiler sahip oldukları özelliklere göre gereken özeni gösterecekler dahi kusurlu sayılabileceklerdir. Bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapamadığı için onu kınamak kusurun ahlaki niteliğine ters düşer. Kanunun emrettiği ortalama davranışı sergilemek

⁶⁴⁶ FELLMANN, Verschulden, s. 355.

⁶⁴⁷ NOMER, pn. 114.2; NOMER, Tazminat, s. 88.

⁶⁴⁸ FELLMANN, Verschulden, s. 355.

⁶⁴⁹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 192.

⁶⁵⁰ KANETİ, s. 668. Görüşün eleştirisi ve aksi görüş için bkz. OĞUZ, s. 205-206.

için elinden gelen her şeyi yapan bir kişinin hangi gerekçeyle kınanabileceği açıklanamamaktadır⁶⁵¹.

C. DEĞERLENDİRMEMİZ VE ÇALIŞMAMIZIN DEVAMINDA TAKİP EDECEĞİMİZ SİSTEM

Toplum hayatını düzenleyen hukuk kuralları anlamlı bir bütün olarak hukuk sistemini oluşturur. Hukuk sistemi ise kendi içinde farklı amaç ve öncelikleri olan alt sistemleri oluşturur. Özel hukukta kişiler, aile, borçlar, miras gibi; kamu hukukunda ceza, idare, vergi gibi kendine has amaçları ve özellikleri olan disiplinler bulunur. Kusur kavramı aslında bu disiplinlerin hemen hepsinde karşılaşılabilecek ancak genel bir tanımla olmayan kavramdır. Her disiplinin ihtiyaçlarına cevap veren ve arzu edilen amaçlarına hizmet eden bir kusur tanımının yapılması mümkün gözükmemektedir⁶⁵². Hukuk sisteminin çeşitli alanlarında hangi kusur kavramının geçerli olacağı bu yerlerde içkin olan değerler açısından cevaplandırılmalıdır⁶⁵³. Bu belirtilen hususu şu şekilde biraz daha açabiliriz:

⁶⁵¹ KANETİ, s. 667-668; UYUMAZ, s. 514; GÖNÜL KOŞAR, s. 83.

İsviçre hukukunda sübjektif kusur görüşünü savunan Widmer'e göre, objektifleştirilmiş kusur teorisinde kişinin yeteneklerinin ortalamanın üzerinde olması halinde değerlendirme, bu ortalamanın üstündeki ölçüye göre yapılır. Demek ki, sorumluluğun değerlendirilmesinde daha sıkı olunacaksa o zaman kusurun "sübjektif" değerlendirilmesi kabul edilmektedir. Bu fikir, ilke olarak son derece yerindedir. Ancak bu ilkenin ters istikamette de uygulanması gerekmektedir. Kişi fazlasıyla nitelikli olduğu zaman sübjektif hususları dikkate alırken kendi kabahati olmaksızın objektif olarak yerinde davranamayacakken sübjektif hususları göz ardı etmek mantık dışıdır. Yine yazara göre, objektifleştirilmiş kusur görüşü uyarınca örnek davranış belirlenirken soyut tip bazen o kadar detaylı belirlenir ki, somut failin kendisine tekabül eder. Aktaran, GÖNÜL KOŞAR, s. 83-84.

⁶⁵² Nitekim "bağımsızlık prensibi" olarak anılan (KILIÇOĞLU, Ahmet M., Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, *AÜHFD*, Y. 1973, C. 29, S. 3, ss. 185-225, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42765/516306>, (Erişim T. 08.09.2022), s. 191) TBK m. 74 hükmünü burada hatırlayabiliriz. Hükme göre hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hakimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hakiminin kusuru değerlendirmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hakimini bağlamaz. Kanun koyucunun bu hükmü getirmesi esasen bir zorunluluktur. Çünkü her şeyden önce ceza hukuku, özel hukukun kast ve ihmale dayanan kusur çeşitlerini kusur olarak değil suçun manevi unsurları olarak ele almaktadır. Ceza hukukuna göre failin kusuru yok ise cezalandırılamaz ancak güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir iken özel hukukta kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmektedir. Ceza hukukunun kusur anlayışı sübjektif iken özel hukukta objektifleştirilmiş kusur teorisi hakimdir. Bu iki büyük hukuk disiplininin amaçlarının ve işlevlerinin farklı olması kusur gibi aynı şekilde ifade edilen bir kavramın farklı anlaşılmasına neden olduğu gibi buna göre yargılamayı yapacak makamların da bağımsız karar alabilmesini gerektirir. Krş. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 803.

⁶⁵³ Nişanın haksız yere bozulmasında, boşanmada, karı koca ilişkilerinde, çocuk ve ana-baba arasındaki ilişkilerde daha ahlaki ve sübjektif; sözleşmenin ifa edilmemesi, haksız fiil ilişkilerinde daha toplumsal ve objektif bir özel hukuk kusuru tasarlanması görüşü için bkz. KOÇİSARLIOĞLU, s. 87 vd.

Ceza hukukunda ceza sistemi suçluyu, işlenen suçtan dolayı pişmanlık duymasına sevk etmeye ve böylece onu rehabilite etmeye ve toplumsal olarak uygun davranması için eğitmeye çalışır. Ceza, etik bir işlev olarak ahlaki bir kınama içerir. Cezanın etik işlevi ancak hukuka aykırılıktan kaçınabilen birine karşı etkili olabilir. Ahlakileştirme eğilimi, ceza hukukunu sübjektif bir ceza hukuku haline getirir. Fail, ceza hukuku düşüncesinin merkezine yerleşir. Sebep olunan sonuç ikincil hale gelir, buna sebep olan iradeye her zaman daha fazla dikkat edilir. Bu bakımdan kınanması gereken bir zihinsel tutum olarak teşebbüs de cezalandırılabilir. Cezanın etik işlevi nedeniyle tüzel kişiler değil yalnız gerçek kişiler cezanın muhatabı olabilir. Ceza hukukunda kişi ve toplum arasında bir çıkar çatışması vardır. Hukuk sistemimizin ferdiyetçi ideolojisi, genel olarak bireyin çıkarlarını topluluğun çıkarlarının üzerine yerleştirir. Böyle bir disiplinde kusurun sübjektif ölçüte göre ele alınması mantıklı ve tutarlı bir sonuç olur. Sübjektif ceza hukuku, kişisel özellikler nedeniyle davranıştan sorumlu olmamayı gerektirebileceğinden birçok suçlunun ceza yaptırımından kurtulabilmesi anlamına gelir. Ancak bu durum toplumu gerekli korumadan hiçbir şekilde mahrum bırakmaz, çünkü sübjektif kusur anlayışına göre suçluya ceza uygulanmasa da çeşitli güvenlik tedbirleri vasıtasıyla suçlunun zararsız hale getirilmesi mümkündür. Sosyal açıdan tehlikeli olan kişinin davranışı sorumluluk doğurucu olmasa bile, toplumun yapısını bozması engellenebilir.

Özel hukukta tazminat, kural olarak bir zararın varlığına bağlıdır. Hukuka aykırı bir fiil, bunun faili tarafından kusurlu olarak gerçekleştirilmiş olsa bile zarar ortaya çıkmamışsa tazminat sorumluluğu olmaz. Failin iradesinden çok, ortaya çıkan sonuç önemlidir. Bu bağlamda hukuka aykırı bir davranışa teşebbüs edilmiş ancak zararlı sonuç oluşmamışsa tazminat borcu doğmaz. Haksız fiil hukukunda, zarara uğrayan tarafın menfaatleri, haksız fiilin failinin menfaatlerine zıttır. Her ikisi de bireysel çıkarlar olduğu için, ferdiyetçi bakış açısıyla biri diğerine tercih edilemez. Zarara uğrayan tarafın menfaati katı, objektif sorumluluktan yana iken zarar veren tarafın menfaati daha esnek, sübjektif sorumluluktan yanadır. Bu meselede çözüm tazminatın işlevinde aranmalıdır. Cezadan farklı olarak tazminat, bununla yükümlü olana ahlaki bir kınama getirmez, zarar görenin zarar verici davranıştan önceki haline getirilmesini amaçlar. Zarar gören bakımından zararın kimin tarafından karşılanacağı da büyük önem taşımaz. Bu anlamda tazminat

düşüncesinin ön planında zararı gidermek yer aldığından onun ahlaki etik bir işlevi ikinci planda kalmaktadır⁶⁵⁴. Bu nedenle davranışa ilişkin kusur yargısının belli oranda objektif ölçüte göre ele alınması, yani model davranışa göre ölçülmesi makul ve tutarlı olacaktır⁶⁵⁵.

Objektif ölçüte sıcak bakılmasının bir diğer ve uygulama bakımından belki de en önemli sebebi ispat faaliyetini mümkün kılmasıdır. Sübjektif kusur teorisinin, kişinin iradesinin ne olduğunun tespiti ve buna göre de kınama yargısının ağırlığının belirlenmesini gerektirmesi taraflar bakımından bunun ispatını; kusur karinesinin yürürlükte olduğu durumda aksinin ispatını zorlaştırmaktadır. Hakimin kusurun takdirinde vakıaları değerlendirirken çok daha serbest ve nihayetinde keyfi davranabilmesi olası olmaktadır. Bu olumsuz durum kusurun objektifleştirilmesiyle aşılmaya çalışılmaktadır.

Hukuk düzeni hemen her zaman olduğu gibi kusur konusunda da teorik izahlardan birini benimseyerek bunun devamlı bir şekilde uygulanmasından ziyade bir toplumun ihtiyaçlarına göre zamana göre değişebilen esnek bir tavır almalıdır. Hukukçunun görevi ise bu ihtiyaçları tespit ederek en iyi çözüm yollarını önermektir. Kanaatimize göre sübjektif temelli ancak tamamen sübjektif olmayan diğer deyişle objektifleştirilmiş bir kusur teorisinin benimsenmesi, kusur kavramının ve kusur sorumluluğunun içeriğinin boşaltılmaması adına daha doğru olur⁶⁵⁶.

Sübjektiflikten kopmamanın yasal dayanağı olarak en önemli sebep ise ayırt etme gücü bulunmayanların davranışlarının kural olarak hukuki bir sonuç doğurmaması ve bunun ispatı ile kusur sorumluluğundan kurtulabilmeleridir. Ancak bu, ayırt etme gücü dışındaki failin diğer sübjektif durumlarının da her olayda dikkate alınarak kusur sorumluluğundan kurtuluş aracı yapılması ve zararın hemen her zaman mağdurun üzerinde bırakılması gibi hayatın gerçeklerine uymayan bir hadde getirilmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Yine sözleşmeler alanında sübjektif bir kusur teorisinin olumsuz

⁶⁵⁴ AEBI, s. 84; ZELLER, s. 28.

⁶⁵⁵ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 802.

⁶⁵⁶ Özene aykırı davranış için iradeye isnadiyet, sorumluluğun etik temelini ifade eder. Kişisel sorumluluk, üçüncü şahısların zarar görmesini önlemenin ve ortaya çıkan zararı üstlenmenin sebebidir. Bu bir yandan sorumluluğun ahlaki temelini açıklığa kavuştururken diğer yandan tazmin yükümlülüğünü açıkça sınırlayan hareket özgürlüğünün de lehinedir, bkz. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 902.

sonuçları hatırlanmalıdır. Hiç kimse, sözleşmenin karşı tarafının fark edilebilir olmayan sübjektif özellikleri nedeniyle aykırı davrandığı sözleşme ilişkisinde tazminatla yükümlü olup olmayacağını kestiremez. Bu durumda kişiler sadece sağduyuya ve iş ilişkisi deneyimlerine güvenerek hareket etmeyi yeterli bulmaz. Risklerden kaçınabilmek için karşı tarafın psikiyatrist tarafından muayene edilmesi gibi iş hayatındaki girişim ruhunu en ağır şekilde bozacak absürt sonuçlar gündeme gelir. Dolayısıyla hukuka aykırı davranışların herkesin ulaşabileceği kriterlere göre yani genel kriterlere göre değerlendirilmesi zorunludur. İnsanların yakından tanımadıkları hemcinslerinin bireysel özelliklerini bilmeleri ve davranışlarında dikkate almaları mümkün değildir⁶⁵⁷.

İşlem hayatının kesintisiz ve güvenli bir şekilde devam etmesi için karşılıklı güvenin korunmasına ihtiyaç vardır. Karşılıklı güven, işlem hayatını oluşturanların birbirlerinin davranışlarına, yetkinliğine ve dürüstlüğüne olan güvenine bağlıdır. Özellikle sözleşme ilişkilerinde alacaklı, borçlunun edimini en azından olağan genel normlar çerçevesinde sunacağını veya borçlunun bir meslek grubuna aidiyetinden kaynaklanan gereklilikleri karşılayacağını beklemekte haklıdır⁶⁵⁸. Bu güven olmadan, en geniş anlamıyla tüm insan ilişkilerinin bütünü, yani modern işlem hayatı, imkansız hale gelir ve günümüz toplumunun çoğu zaman iç içe geçmiş ve karmaşık yaşamı, öngörülemeyen bir sürtüşme ve çatışma kaynağı olarak anlaşılır. Bu nedenle, ortalama düzeyde ahlaki, entelektüel ve fiziksel niteliklere, diğer insanların asgari düzeyde olumlu olarak değer verilen yeteneklerine güvenme ihtiyacı, davranışlarına genelleştirilmiş, objektif bir ölçü uygulamaya yol açar⁶⁵⁹. Eğer sübjektif ölçü uygulanacak olursa kişinin her sübjektif özelliğinin hesaba katılması, zarar verenin sorumluluktan kurtulmak için bireysel bahanelere sığınması, bunları inandırıcı kılabilirdiği ölçüde de kusur değerlendirmesinin hukuki alandan keyfi ve ahlaki bir alana kayması riski doğar⁶⁶⁰. Kişisel bir özellik olarak ayırt etme gücünün dikkate alınması ile kanunun dikkate alınmasını istediği diğer sübjektif özellikler söz konusu olmadıkça kusurun belirlenmesinde objektif ölçü kullanılmalıdır.

⁶⁵⁷ AEBI, s. 84.

⁶⁵⁸ FURRER/WEY, kn. 7; ZELLER, s. 28.

⁶⁵⁹ KORKMAZ, s. 75 vd.; ZELLER, s. 28.

⁶⁶⁰ BAYSAL, HFH, pn. 2.29.

Kusurun bu şekilde, yani iradeden tamamen soyutlanmadan objektifleştirilerek, anlaşılması iki uç arasında orta bir noktayı temsil eder ve çok çeşitli ihtiyaçları kapsar. Burada, hayatın taleplerine uygun, bireylerin ve toplumun farklı çıkarlarını eşit olarak dikkate alan orta yolu bulan ve dengeleyici bir çözüme ulaşılır⁶⁶¹.

Ayırt etme gücü bulunan failin sübjektif özellikleri de dikkate alınarak detaylandırılmış bir örnek davranış tipi belirlenmelidir. Böylece kusurun bir ayağı iradeye dayanıyor iken diğer ayağı davranışa dayanmış olur. Ayırt etme gücü yerinde olan bir kişinin model davranıştan sapan hukuka aykırı davranışı, onun kusurunu teşkil edecektir. Dolayısıyla kusurun iradeyle bağlantısı onun sübjektif unsurunu, davranışla bağlantısı objektif unsurunu oluşturacaktır. Çalışmamızın devamında bu unsurlar üzerinde durulacaktır.

IV. KARMA KUSUR TEORİSİNE GÖRE KUSURUN UNSURLARI

Öğretide hakim olarak benimsenen objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca kusurun, objektif ve sübjektif yön olmak üzere iki yöne sahip olduğu belirtilmektedir⁶⁶². Herhangi bir kusur sorumluluğundan söz edebilmek için kişinin kusur ehliyetinin bulunması gerekir ki bu çoğunlukla sübjektif unsur olarak incelenir⁶⁶³. Kusurun objektif unsuru ise, halihazırda var olan bir yükümlülüğü ihlal eden, model davranıştan sapan davranıştır⁶⁶⁴. Örnek alınan model davranıştan sapan ve yükümlülük ihmaline neden olan davranış, kast veya ihmal olarak ifade edilen formlarda karşımıza çıkar. Kusurun formları olarak kast ve ihmal, kusurun objektif yönünün içeriğini doldurur ve kusurun ağırlığı hakkında kanaat edinilmesinde önemli bir işlev görür⁶⁶⁵. İhlali gerçekleştirilen

⁶⁶¹ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 41.

Bu noktada tekrar hatırlatalım ki sübjektif kusur davranışta bulunanın menfaatlerini gözetmekte; objektif kusur ise zarar görenin menfaatlerini gözetmektedir. Kısmen objektif kısmen sübjektif bir kusur anlayışı ise tüm ilgililerin çıkarlarını gözetmektedir.

⁶⁶² **GIGER**, s. 58; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 962. Krş. **FELLMANN**, Verschulden, s. 351.

⁶⁶³ **FURRER/WEY**, kn. 9; **BAŞPINAR**, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 212; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 146.

⁶⁶⁴ **KELLER/SCHMIED-SYZ**, s. 56; **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 110; **FURRER/WEY**, kn. 9; **KOÇHİSARLIOĞLU**, Cengiz, Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 4, ss. 1-17, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628551>, (Erişim T. 20.09.2022), (Kıs. KOÇHİSARLIOĞLU, Derecelendirme), s. 14; **BAŞPINAR**, s. 213; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 146. Bu yöndeki genel kabul ve eleştirisi için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, Kusurun Obj., s. 2 vd.

⁶⁶⁵ **KELLER/SCHMIED-SYZ**, s. 57-59; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 966 vd.

yükümlülük, hem sözleşmeden kaynaklı olabilir hem de haksız fiil alanının ilgili olduğu yazılı veya yazılı olmayan genel davranış kurallarından kaynaklı olabilir. Kusurun incelenmesinde, kusur ehliyeti, kusur formu ve kusuru ortadan kaldıran mazeret sebeplerinin bulunup bulunmadığı sırası takip edilmelidir⁶⁶⁶.

A. KUSURUN SÜBJEKTİF UNSURU

Öğretide kusurun sübjektif unsuru konusunda, tercih edilen kusur teorisine göre, başlıca üç görüş bulunmaktadır. Objektif teoriye göre kusur, sadece objektif unsurdan ibarettir ve ayrıca sübjektif unsur yoktur. Karma kusuru teorisine göre sübjektif unsur, ayırt etme gücüne karşılık gelir. Sübjektif teoriye göre ise ayırt etme gücünden ayrı olarak kişinin bilgisizliği, cehaleti, acizliği, zayıflığına ilişkin sübjektif bir unsur bulunmaktadır. Bu görüş farklılığı, şu soruya aranan cevapla ilgilidir: kişinin kusuru, aşağıda göreceğimiz kusurun objektif unsurundan, yani karşılaştırma tipiyle örtüşmeyen bir davranıştan mı ibarettir, yoksa buna ilaveten kişisel özellikleri dikkate alındığında davranışta bulunana ayıplama, kınama, sitem edebilme de gerekli midir? Bu yönüyle sübjektif unsur, isnadiyet diğer deyişle yüklenebilirlik kavramıyla ilişkilidir. Bizim genel çıkarımımız şu yöndedir ki sübjektif kusur teorisine göre yüklenebilirlik, haksız bir davranışta bulunanın kişisel nitelikleri dikkate alındığında bu davranışından ötürü kınanabilmesidir. Bu yargının yapılmasında ayırt etme gücü⁶⁶⁷ başta olmak üzere dikkate alınabilen her sübjektif özellik, kusurun sübjektif unsuruyla ilgilidir⁶⁶⁸. Objektif kusur teorisi ise kusurun sübjektif bir unsurunun bulunmadığını kabul ettiği için yüklenebilirlik kavramını ya hiç kullanmaz ya da hak ehliyetine sahip olmak gibi objektif bir anlamda kullanır. Objektifleştirilmiş kusur teorisi ise yüklenebilirliği, aşağıda detaylandıracağımız üzere, kusurun sübjektif unsuru olarak görür, ancak bunun içeriği sübjektif kusur teorisinden farklı olarak kişisel özelliklerden sadece ayırt etme gücü ile doldurulur.

Fransız hukukunda, sübjektif unsurun çok sınırlı bir uygulama alanı olduğu, ayırt etme gücü bulunmayanların sorumsuz olduğu ve bu yetenek var ise diğer bütün durumlarda

⁶⁶⁶ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 644.

⁶⁶⁷ ÜNAL, s. 418.

⁶⁶⁸ OĞUZ, H., s. 279.

sorumluluğun bulunduğu şeklinde “ya hep ya hiç” ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir⁶⁶⁹.

Alman hukukunda BGB § 276’da belirtilen kusur ilkesi, zararın tazmini sorumluluğunun temeli ve çıkış noktasıdır. Sorumlu kılan davranış, isnadiyeti gerektirir ki bu durum madde 276 fıkra 1 cümle 2’de, BGB §§ 827, 828’e açıkça yapılan atıfla ortaya konmuştur⁶⁷⁰. §§ 827, 828, bilinci olmayanları, akıl hastalarını ve belirli koşullar altında küçükleri, haksız fiil ehliyeti, kusur ehliyeti veya ayırt etme gücünü reddetmek suretiyle haksız fiiller için sorumluluktan muaf tutar. Bu hukuki sonuç, davranışta bulunanın iradesini özgürce belirleme yeteneğinden yoksun olması durumunda, istemsiz eylemlerin “hukuki anlamda davranış olarak kabul edilmeyeceği” şeklindeki argümanla gerekçelendirilir. Sorumluluk tehdidi, yapısal olarak tehlikeyi fark edemeyen, alternatif davranış arasında rasyonel bir seçim yapamayan ve kendi davranışlarını kontrol edemeyen kişilere yönelikse, haksız fiil hukukunun ve genel olarak sorumluluk hukukunun önleyici işlevi boşa çıkmaktadır⁶⁷¹. §§ 827 vd. belirtilen şartların mevcudiyeti durumunda, ayırt etme gücü olmayan bir kişinin sorumluluğu düşer. BGB, kısmi bir sorumluluk veya azaltılmış ayırt etme gücünü tanımaz, bilakis “ya hep ya hiç ilkesi” işler⁶⁷². Bilinçsiz durumda olan veya zihinsel aktivitesi, iradesini özgürce belirlenmesini engelleyen başka bir patolojik rahatsızlığın etkisi altında olan kimsenin kusur ehliyeti yoktur. Kişi, içki veya başka bir suretle bu tür geçici bir duruma (sarhoşluk) getirilmişse, bu durumda hukuka aykırı olarak sebep olduğu zarardan ihmal esaslarına göre sorumludur. Buna göre, kendi kusuru olmaksızın sarhoş olmuşsa sorumluluk doğmaz⁶⁷³. Haksız fiil sorumluluğu bağlamında §§827, 828’de düzenlenen bu gibi hususlar sözleşmesel sorumluluk bağlamında da buna uygun olacak şekilde geçerlidir⁶⁷⁴.

Biz kusurun baskın görüşe uygun olarak sübjektif unsura sahip olduğunu ve bunun içeriğinin ayırt etme gücünden oluştuğunu benimsiyoruz. Diğer psikolojik

⁶⁶⁹ CUENDET, kn. 221.

⁶⁷⁰ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 6; JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 2, 3.

⁶⁷¹ MüKoBGB/WAGNER, 8. Aufl. 2020, BGB § 827, kn. 1.

⁶⁷² MüKoBGB/WAGNER, BGB § 827, kn. 2.

⁶⁷³ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 645.

⁶⁷⁴ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 6; JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 12; FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 645.

yetersizliklerin objektif olarak değerlendirilebilir olmak kaydıyla -örneğin yaş küçüklüğü ve yaşlılığa dayanan muhakeme yeteneğinde azalma gibi- kusurun sübjektif unsurunda değil, objektif unsurunda karşılaştırma tipinin belirlenmesinde dikkate alınarak bu tipinin tamamen soyut ve objektif değil belli ölçüde somut ve sübjektiflikten koparılmayan bir genelleme ile belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Korku, öfke, cehalet, yorgunluk, zeka eksikliği gibi sübjektif faktörler ise ne sübjektif ne de objektif unsorda dikkate alınmalıdır⁶⁷⁵.

Kusur yargısı için ilk aşama, sübjektif unsur olan ayırt etme gücünün varlığıdır⁶⁷⁶. Sübjektif ve objektifleştirilmiş kusur teorileri açısından kusurun, ayırt etme gücünü haiz, bilinçli, serbest bir iradenin varlığını zorunlu kıldığında tereddüt yoktur. Ayırt etme gücünün varlığı tespit edildikten sonra kusurun objektif unsurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilebilir. Ayırt etme gücü bulunmadığı tespit edilen kişi hakkında kusur yargısı yapılamaz ve ikinci aşama olan objektif unsurun incelenmesine gerek kalmaz.

1. Kusur Ehliyeti ve Ayırt Etme Gücü

Kişinin davranışından sorumlu tutulabilmesi onun irade serbestisine sahip olmasını gerektirir. Davranışlarını tasarlama ve buna göre hareket etme özgürlüğü bulunmayan kişi için sorumluluk yüklenemez. Sorumluluk olgusunun irade üzerinden belirlenmesi, daha özel bir kavram olarak ayırt etme gücünün esas alınmasıdır⁶⁷⁷. Zarar vereni kusurlu kabul edebilmemiz için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. TMK, davranıştan sorumluluğu ayırt etme gücünün bulunmasına bağlamıştır. TMK m. 15 hükmüne göre kural olarak ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Yine TMK m. 16/2 hükmüne göre küçük ve kısıtlılar ancak ayırt etme gücü bulundukça haksız fiillerinden sorumludurlar. Kanunun bu şekilde ayırt etme gücüne

⁶⁷⁵ GIGER, s 586.

⁶⁷⁶ ÜNAL, s. 418; OĞUZ, H., s. 280.

⁶⁷⁷ İsviçre’de ceza hukukundan sonra haksız fiil sorumluluğunda ayırt etme gücü, aOR m. 58 ile önem kazanmıştır. aOR’un ZGB’ye uyarlanması sırasında, aOR md. 58’deki “zurechnungsfähige” ifadesi, OR md. 54’teki “urteilsfähig” ifadesiyle değiştirilmiştir. Eski öğretisi bu kavramlara aynı anlamı yüklemiyor olsa da daha sonraki yıllarda, doktrinde giderek artan bir şekilde, “Zurechnungsfähigkeit” ve “Urteilsfähigkeit” ifadeleri aynı anlamda kullanılmıştır. Bu gelişme, Oftinger’in, Zurechnungsfähigkeit kavramını ZGB m. 16’daki “Urteilsfähigkeit” ile eşitlemesi ve “sübjektif yön” olarak adlandırılan haksız fiil kusurluluğu kavramının bir parçası haline getirmesiyle sonuçlanmıştır. Bu hususta bkz. FELLMANN, Verschulden, s. 352.

sonuç bağlamasının mantığı, ayırt etme gücü bulunmayanın davranışlarının anlam ve sonuçlarını kavrayabilip doğru bir karara varacak ve buna uygun şekilde davranacak olmasının olanaksızlığıdır. Yalnızca ayırt etme gücü bulunanlar uyması gereken kuralları kavrayabilir, bu kurallara uyması gerektiğini akıl edebilir, davranışının kuralları ihlal edebileceğini öngörebilir ve bunun olmaması için tavır alabilir. Aynı davranış ayırt etme gücünden yoksun bir kişiden beklenemez olduğundan onun hakkında kusur yargısı yapılamaz⁶⁷⁸. Bu nedenle ayırt etme gücü, kusurun sübjektif unsuru olarak kabul edilir. Kusurun sübjektif unsuru olan ayırt etme gücü, sorumlu tutulabilmeyi, sorumluluğa ehil olmayı ifade etmek üzere kusur ehliyetini ifade eder⁶⁷⁹.

Kusur ehliyeti esasında fiil ehliyetinin bir parçasıdır⁶⁸⁰. Şöyle ki fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi ya da yeni hukuki durumlar yaratabilmesidir⁶⁸¹. Fiil ehliyeti hukuka uygun fiillerde bulunabilme ve hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyeti⁶⁸² olarak iki görünüm arz eder. Hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulma ehliyeti de borca aykırı davranışı ya da haksız fiiliyle bir başkasına zarar vermesi durumunda kişinin bundan sorumlu tutulabilme ehliyetini ifade eder⁶⁸³. Sorumluluk ise hukukumuzda kural olarak kusurlu olmaya bağlanmıştır. Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğu doğuran olgu kanunda belirlenmiştir ve bu olgunun vuku bulmasına sebep olan kişi fiil ehliyeti –daha spesifik olarak kusur ehliyeti- olmasa da ortaya çıkan zarardan sorumludur⁶⁸⁴. Genel sorumluluk

⁶⁷⁸ TANDOĞAN, s. 55; KOÇHİSARLIOĞLU, Kusurun Obj., s. 14; ANTALYA, *Sorumluluk*, s. 69; BAYSAL, HFH, pn. 2.61.

⁶⁷⁹ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 119; REİSOĞLU, s. 173-174; HATEMİ/GÖKYAYLA, §18, pn. 1-5; ERDOĞAN, s. 118; KILIÇOĞLU, M., s. 135; TUNÇOMAĞ, s. 261; NARTER, s. 429; OĞUZ, H., s. 280; BAYSAL, HFH, s. 75; GÖNÜL KOŞAR, s. 147.

⁶⁸⁰ SCHWARZ, s. 115; TUNÇOMAĞ, s. 261; SAKA, s. 452.

⁶⁸¹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, pn. 224.

⁶⁸² HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, (Kıs. HELVACI, *Kişiler*), s. 52. Hukuka uygun fiillerde bulunabilme, hukuki işlem ehliyeti olarak da ifade edilir. Ancak hukuka aykırı fiillerden sorumlu olmanın haksız fiil ehliyeti ya da hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti olarak ifade edilmesi tartışmalıdır. Zira hukuk, hiç kimseye hukuka aykırı davranma konusunda yetki anlamına gelen bir ehliyet bahsetmez. Bu hususta bkz. DURAL/ÖĞÜZ, pn. 256. Kanaatimizce ehliyetten anlaşılması gereken yetki değil yetkinlik, yeterlilik ve elverişliliklerdir. Hukukun sonuç bağlamasına konu olmaya “yetkin, elverişli, yeterli olmak” açısından düşünüldüğünde “hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyetinden” bahsedilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü hukuk, o kişiyi, hukuka aykırı olanlar da dahil, davranışlarına sonuç bağlanabilir olma konusunda “yetkin” görmektedir.

⁶⁸³ Bu sebeple daha dar bir kavram olan haksız fiil ehliyeti tabirinden kaçınmak gerekir, bkz. SCHWARZ, s. 116.

⁶⁸⁴ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 120.

rejimi olan kusur sorumluluğunun, hukuka aykırı fiil, zarar ve uygun illiyet bağı dışında kendine has bir unsur olarak talep ettiği şey sadece ayırt etme gücüdür. Dolayısıyla kusur sorumluluğunda ortaya çıkan zarardan kişinin sorumlu tutulması için tam fiil ehliyetine sahip olması, diğer deyişle ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma, kısıtlı olmama şartlarının hepsinin yerine getirilmesi gerekmez. Ayırt etme gücünün bulunması yeterlidir ki kusur ehliyetinin tek koşulu da budur⁶⁸⁵. Bizim hukukumuzda fiil ehliyeti ve buna bağlı olarak kusur ehliyeti için belli bir yaş sınırı öngörülmemiştir. Yaş küçüklüğü nedeniyle ergin olmayan bir küçük de kusur ehliyetine sahip olabilir. Bu bağlamda kusur sorumluluğu, fiil ehliyeti değil bunun bir unsuru olan ayırt etme gücü olgusundan ibarettir⁶⁸⁶.

Bu tespitlerden sonra cevaplanması gereken sorun ayırt etme gücünün anlamıdır. TMK m. 13 hükmünde kimlerin ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilirken akla uygun biçimde davranma yeteneğine sahip olma kriteri esas alınmıştır. Buna göre, ayırt etme gücü, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı sarhoşluk veya bunlara benzer sebepler yüzünden akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmama hali olarak ifade edilebilir. Öğretide genel kabul görmüş tanım ise bir kimsenin akla uygun biçimde davranma, fiillerinin sebep ve sonuçlarını kavrayabilme/idrak edebilme yeteneği şeklindedir⁶⁸⁷. Davranışların anlamını, sebep ve sonuçlarını, yerindeliğini anlayıp değerlendirebilme yeteneği ayırt etme gücünün düşünsel, bilinçsel yönüdür. Bu değerlendirmeyi takiben ve buna uygun olarak dış dünyada harekete geçebilme yeteneği ise ayırt etme gücünün irade yönüdür⁶⁸⁸. Ayırt etme gücünün varlığının kabul edilebilmesi için bu hususun da gerçekleşmesi gerekir. Bilinç unsuru bakımından

⁶⁸⁵ **SCHWARZ**, s. 116; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 49-50; **CUENDET**, kn. 166; **TUNÇOMAĞ**, s. 261; **REİSOĞLU**, s. 174; **SAKA**, s. 452; **NARTER**, s. 429. Kusur ehliyeti bulunmadığı tespit edilen kişinin, kusur sorumluluğu bağlamında davranışına sonuç bağlanmasına elverişli biri olmadığı ifade edilmiş olur.

⁶⁸⁶ **CUENDET**, kn. 166; **von TUHR/PETER**, §47, III, s. 431. Erginlik kusur ehliyetinin bir unsuru değildir. Ergin olmayan küçüğün ayırt etme gücü bizim hukukumuzda belirli yaş sınırlarına göre tespit edilmemiştir. Her olayın özelliğine göre küçüğün bulunduğu yaştan bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilir. Alman ve Avusturya hukuklarında ise bu durum çeşitli yaş gruplarına göre daha somut olarak düzenlenmiştir. Bkz. **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 126, dn. 22.

⁶⁸⁷ **SCHWARZ**, s. 191; **DURAL/ÖĞÜZ**, pn. 287; **ÜNAL**, s. 418; **HELVACI**, *Kişiler*, s. 60; **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 121; **TUNÇOMAĞ**, s. 261; **ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek**, Ayırt Etme Gücü, *AÜHFD*, Y. 2011, C. 60, S. 3, ss. 485-522, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624387>, (Erişim T. 17.09.2022), s. 486; **KOÇİSARLIOĞLU**, Kusurun Obj., s. 2; **OĞUZ, H.**, s. 280; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.57.

⁶⁸⁸ **TANDOĞAN**, s. 56; **CUENDET**, kn. 167; **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 125; **ERKAN/YÜCER**, s. 488; **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 337.

kişinin edindiği bilgilere göre varmak istediği sonucu anlaması ve buna göre hareket etmesi yeterlidir, hareketinin tüm sonuçlarını anlamış olması gerekmez. İrade unsuru bakımından önemli olan, kişiyi harekete yönelten iradesinin serbest olması, dış etkenlere karşı koyabilecek güce sahip olmasıdır⁶⁸⁹.

Daha geniş olarak değerlendirilirse ayırt etme gücü, kişinin kendisi hakkında bilinç sahibi olması, olayları anlayabilmesi ve onlara etki edebilmesi, hafızasının yerinde olması, konular arasında irtibat kurarak muhakeme edebilmesi, bunları önem açısından değerlendirebilmesi, zaman ve mekan algısına sahip olması, duygusal ve ahlaki melekelerle sahip olması gibi birtakım özelliklerin toplamından oluşmaktadır⁶⁹⁰.

TMK'ye göre bir kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu sonucuna varabilmemiz için akla uygun surette davranma yeteneğinin akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk⁶⁹¹ veya bunlara benzer sebepler⁶⁹² yüzünden ortadan kalkması gerekir. Benzer sebeplere genellikle uyuşturucu madde kullanımı, hipnotizma, ateşli hezeyanlar, uyurgezerlik örnek olarak gösterilmektedir⁶⁹³. Ancak aşırı öfke, güçlü nefret, hırs gibi duyguların “benzer sebepler” kapsamında kabul edilebilip edilemeyeceği doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur⁶⁹⁴.

Ayırt etme gücü, bir yetenek olarak bir kere kazanılan ve sürekli taşınan bir nitelik değildir. Hukukun ilgi alanına giren her davranış için bu davranışı gerçekleştiren failin fiilini gerçekleştirdiği sırada ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı araştırılır. Yine yapılan davranışın zorluğuna, karmaşıklığına göre ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı değişkenlik gösterebilir. Ayırt etme gücünün tam olarak bulunması ile hiçbir şekilde bulunmaması arasında birçok ara aşama vardır. Her davranış aynı ölçüde

⁶⁸⁹ DURAL/ÖĞÜZ, pn. 288, 289; KANETİ, s. 665.

⁶⁹⁰ TANDOĞAN, s. 56; SAKA, s. 452.

⁶⁹¹ İsviçre Medeni Kanunu'nun Almanca metninde m. 16 hükmünde “Trunkenheit” yerine “Rausch” ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifade sarhoşluğu da kapsayacak şekilde, alkol, uyuşturucu vb. madde tüketimine bağlı olarak oluşan zihni bulanıklık ve kendinden geçme halini de ifade etmektedir.

⁶⁹² Doktrinde benzer sebepler ifadesinin sadece sarhoşluk gibi hallere ilişkin mi olduğu yoksa yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi fakat kanunda zikredilmemiş diğer hallere mi ilişkin olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu hususta bkz. TANDOĞAN, s. 57; HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 147; ERKAN/YÜCER, s. 493 vd.

⁶⁹³ DURAL/ÖĞÜZ, pn. 304; HELVACI, *Kişiler*, s. 62 vd.; HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 147.

⁶⁹⁴ Kabul edilmemesi gerektiği görüşü için bkz. SCHWARZ, s. 191; HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 147. Aksi görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, pn. 304. Özel hukukta ayırt etme gücü çerçevesinde sübjektifliğin sınırlı kalması, derin üzüntü, aşırı yorgunluk, yaşlılığa bağlı beceriksizlik gibi belirli olgusal bozuklukların göz ardı edilmesi gerektiği yönünde bkz. AEBİ, s. 95.

zihni ve entelektüel kabiliyet gerektirmez. Bu anlamda ayırt etme gücünün nisbiliğinden bahsedilir ve her olayda olayın doğası ve önemi göz önüne alınarak çoğu zaman bilirkişiden de yardım alınarak sonuca varılır⁶⁹⁵. Tıbbi kriterlere göre, bazılarının hesaba katılabileceği ve bazılarının görmezden gelinebileceği birçok farklı zihinsel anomali türü bulunabilir. Hukuk sistemi, ayırt etme ve kusurluluğu ortadan kaldırmak için düşük veya yüksek belirli bir “eşik değer”in aşılmasını talep edebilir. Tespit edilebilen her anomalinin gözlemlenmesi, değerlendirmede o derecede yüksek bir sübjektif davranma eğilimi anlamına gelir⁶⁹⁶.

Ayırt etme gücü, gerçek anlamda irade oluşturabilen insana özgü bir nitelikler. Halbuki kusur sorumluluğu, insan dışında hukukun kendilerine kişilik tanıdığı kişi ve mal toplulukları için de gerçekleşebilir. Dolayısıyla tüzel kişilerin kusur ehliyetinin neye karşılık geldiğinin de tespiti gerekir. Tüzel kişilerin, gerçek kişilerden soyut bir iradesi yoktur; iradelerini, iş ve işlemlerini kanun ve kuruluş belgelerine göre oluşturulan organları aracılığıyla gerçekleştirir. Organların kusurlu davranışı tüzel kişiye izafe edilir⁶⁹⁷. Tüzel kişinin yetkili organı, haksız fiil ya da sözleşme çerçevesinde karşı tarafa bir zarar vermişse bu zarar bakımından kusurlu olmalıdır⁶⁹⁸. Tüzel kişilere isnat yeteneği normatif açıdan kurulmuştur⁶⁹⁹. Bu bakımdan kusur ehliyeti değerlendirilen tüzel kişinin yetkili organını oluşturan gerçek kişi veya kişilerin ayırt etme gücünün araştırılmasının gerekeceği kanaatindeyiz.

2. Kusur Ehliyetinin Derecelendirilebilirliği Sorunu

Kusur ehliyetinin derecelendirilebilirliği sorunu, ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin ve bunun sonucu olarak da kusurun ağırlık derecelerinin buna

⁶⁹⁵ SCHWARZ, s. 194; CUENDET, kn. 167; TANDOĞAN, s. 57; FURRER/WEY, kn. 11; KANETİ, s. 665; HELVACI, *Kişiler*, s. 60 vd.; HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*, s. 148; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 123; TUNÇOMAĞ, s. 261; ERKAN/YÜCER, s. 494 vd.; ERDOĞAN, s. 119. Örnek olarak on yaşında bir çocuğun kırtasiyeden defter alması ile bir bankayla kredi sözleşmesi yapması birbirinden farklıdır. İlk işlem için ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilebilirse de kredi sözleşmesi bakımından ayırt etme gücünün bulunmadığı ve tam ehliyetsiz olarak yaptığı bu işlemin kesin hükümsüz olduğu sonucuna varılır. Bkz. BAYSAL, HFH, pn. 2.58.

⁶⁹⁶ AEBI, s. 90.

⁶⁹⁷ DESCHENAUX/TERCIER, s. 51. Bunun haksız fiil sorumluluğunda adam çalıştıran, akdi sorumlulukta ifa yardımcısı kurumları aracılığıyla yapılacağı hakkında bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, §18, pn. 6-8.

⁶⁹⁸ UYUMAZ, s. 539; OĞUZ, H., s. 281.

⁶⁹⁹ KILIÇOĞLU, M., s. 140.

göre belirlenmesinin kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin farklı görüşlerin bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bizim de çalışmamızda esas aldığımız objektifleştirilmiş kusur teorisini benimseyen yazarların dahi bu konuda farklı görüşlere sahip olduğu görülmektedir. Görüşlere kısaca değinecek olursak şu şekilde bir tablo ortaya çıkmaktadır:

Ayırt etme gücünün derecelendirilmesine karşı çıkanlara göre ayırt etme gücü, kusura bağlı olarak sorumluluğun dışında hukuki işlemlerin geçerli olup olmadığında da rol oynayan bir kavramdır. Hukuki işlemler alanında ara çözüm mümkün değildir. Bu nedenle işlem ehliyeti hukuku “ya/ya da” şemasına göre yapılandırılmıştır. Bu düzenleme mantıksal açıdan mümkün olan tek çözümdür: işlem ehliyeti açısından sözleşmeler ve tek taraflı hukuki işlemler yalnızca ya geçerli ya da geçersiz olabilir. Hukuki etkinin kademeli olarak derecelendirilmesi düşünülemez⁷⁰⁰. Ayırt etme gücünün derecelendirilebilirliğinin kabul edilmesi bu yönüyle hukuki işleme uymadığı gibi sorumluluğun belirlenmesine de uymamaktadır. Zira ayırt etme gücü bulunan kişinin sorumlu olduğu, bu güçten yoksun olanların sorumlu olmadığı şeklinde ya hep ya hiç yargısı yapılamaz hale gelir. Bunun yerine ayırt etme gücünün ölçüsüne göre kişinin sorumsuz, az sorumlu ya da çok sorumlu olduğu gibi kategorilerden bahsedilmesi gerekir⁷⁰¹. Kusurun bu şekilde ortaya konulması sübjektif kusur teorisi anlayışına uygun olabilir. Halbuki objektifleştirilmiş kusur teorisi benimsenmekte ise ayırt etme gücünün derecelendirilebileceğinin kabulü, kusurun objektif unsurunun soyut yöntemle belirlenmesinin sonuçlarını bertaraf eder. Objektifleştirilmiş teoriye göre ayırt etme gücünün salt varlığı ya da yokluğu sübjektif yöntemle tespit edilmekte; kusurun diğer öğeleri ise objektif yöntemle belirlenmektedir. Kusurun objektifleştirilmesinden maksat da zaten budur⁷⁰². Soyut ve objektif yöntem, davranışta bulunanın içsel niteliklerini

⁷⁰⁰ **BUCHER, Eugen** “Verschuldensfähigkeit und Verschulden” Festschrift zum 65; Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et al., Stämpfli, Bern 1990, ss. 287-312, (Kıs. BUCHER, Verschulden), s. 288; **FELLMANN**, Verschulden, s. 353. Ancak BUCHER, haksız fiil hukukunda durumun farklı olduğunu, yaptırım olarak tazminata ya hükmetmek ya da bu talebi reddetmek şeklinde bir zorunluluğun olmadığını ve ayırt etme gücünün derecelendirilebileceğini benimsemektedir, bkz. **BUCHER**, Verschulden, s. 288 vd. Fellmann bu görüşü prensip olarak doğru bulmakla birlikte kusurun sübjektif ve objektif olarak iki yönünün bulunduğu tezine karşı olmasıyla bağlantılı olarak kusur bahsinde ayırt etme gücü kavramının uygulanmaması gerektiğini belirtmektedir, bkz., **FELLMANN**, Verschulden, s. 354.

⁷⁰¹ **KOÇİSARLIOĞLU**, Derecelendirme, s. 7.

⁷⁰² **KOÇİSARLIOĞLU**, Derecelendirme, s. 13.

dışlar. Model insan davranışı bir kere soyut ve objektif olarak belirlendikten sonra her bir somut olayda davranışta bulunanın ayırt etme gücünden hangi ölçüde yararlandığı araştırılmamalı, davranış kuralının sil baştan tasarlanması söz konusu olmamalıdır. Aksi halde objektifleştirilmiş kusur tekrar sübjektifleştirilmiş kusura çekilir ki bu kabul edilmemelidir. Objektifleştirilmiş kusur teorisinde genel insan kategorilerinden hareket edilir, davranışta bulunanın ait olduğu çocuk olma, kadın olma, yaşlı olma gibi genel özelliklerden yola çıkılmaktadır. O nedenle zaten dikkate alınmakta olan bu özelliklerin daha sonra bir de kusurun ağırlığının belirlenmesinde hesaba katılmaması gerekir⁷⁰³. Ayırt etme gücünün derecelendirilmesinden sonuç çıkarmanın yolunun açılması kusur sorumluluğunun işleyemez duruma getirip çıkmaza sokabilir. Objektifleştirilmiş kusur teorisinde kusurun ağırlığı ayırt etme gücünün derecelendirilmesine göre değil, model davranıştan sapmanın derecesi esas alınarak belirlenmelidir. Sapma ne kadar çoksa kusur o derece ağır; ne kadar az ise kusur o kadar hafiftir⁷⁰⁴.

Objektifleştirilmiş kusur teorisini benimsemekle birlikte kusur ehliyetinin azaltılmasını mümkün gören yazarlar ve İsviçre Federal Mahkeme kararları da bulunmaktadır. Buna göre kusur ehliyetinin azalması, zarardan sorumluluğu azaltıcı etkiye sahiptir⁷⁰⁵.

Ayırt etme gücünün derecelendirilebilir olup olmadığına ilişkin tartışma, iki görüş arasında esasen pratik bir farklılık yaratmadığından sorumluluk hukukunda büyük bir önem taşımaz. Sonuç itibarıyla hafif kusur, tazminatta indirim sebebidir. Önemli olan, tazminatın takdirinde her iki etkenin iki farklı indirim sebebi olarak kümülatif şekilde dikkate alınmaması gerektiğidir⁷⁰⁶.

B. OBJEKTİF UNSUR

Kusurun objektif unsuru, borçluyla ortak özellikler taşıyan, onunla aynı sosyal çevreden gelen, mesleki bilgi ve yeteneği, eğitim düzeyi, fiziki ve psikolojik yetenekleri benzer olan, makul, ortalama bir kişinin göstermesi gereken davranıştır⁷⁰⁷. Ayırt etme gücüne sahip olan bir kişinin kusurlu olması, onun bu ortalama davranış biçiminden sapmasını;

⁷⁰³ KOÇİSARLIOĞLU, Derecelendirme, s. 11.

⁷⁰⁴ KOÇİSARLIOĞLU, Derecelendirme, s. 14

⁷⁰⁵ BUCHER, Verschulden, s. 308 vd.; krş. ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 129.

⁷⁰⁶ GÖNÜL KOŞAR, s. 152.

⁷⁰⁷ GIGER, s. 586.

eylemnin, ortalama davranış biçimine uygun olmamasının tespitini de gerektirir⁷⁰⁸. Sübjektif kusur teorisi benimsenmediği takdirde beklenen ortalama davranışın belirlenmesinde kişisel özellikler değil objektif kriterler ön plana çıkmaktadır. Özellikle zararın önceden görülüp önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması konusunda gösterilecek özen objektifleştikçe kusurun objektif yönü ile sorumluluk için gerekli bir diğer unsur olan hukuka aykırılık arasındaki sınır silikleşir. Böyle bir sınırdan hala daha bahsedilebilip bahsedilemeyeceği tartışmalı hale gelmektedir.

Alman hukukunda hakim görüş hukuka aykırılık ile kusurun, sorumluluğun iki kurucu unsuru olduğu ve kast ve ihmali kusurun görünüm şekilleri olduğu yönündedir. Ancak kast ve ihmali hukuka aykırılık içinde ele alan ve kusuru salt, yapabilecek olmasına rağmen, iradesini norma göre oluşturmadığı için faile yöneltilecek kişisel kınama olarak sunanlar da vardır⁷⁰⁹. Bu ikinci görüş, ayırt etme gücünü ve hukuka aykırılığı bilebilme yeteneğini varsayar ve kınama yargısı kast halinde genellikle kolay tespit edilir. Çünkü kasten davranan ya hukuka aykırılığın farkında olarak hareket etmiştir ya da kaçınılmaz bir yanılgı içinde hareket etmiştir. İki durumda da iradesi kınanabilir. İhmalle hareket eden ise zeka, bilgi ve beceri, fiziki güç gibi fikri ve ahlaki niteliklerine göre yükümlülüklerini öngörebilir ve bunların ihlalini önleyebilir idiyse kusurlu addedilir.

Biz hukuka aykırılık ile kusur arasında sınırın belirlenmesi, birinin diğerinin içinde ele alınmamasını benimsemekle birlikte, öncelikle öğretideki çeşitli görüşlere değinmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

1. Hukuka Aykırılık ve Kusurun Objektif Unsuru Hakkında Görüşler

Hukuka aykırılık, özellikle haksız fiil alanında davranışın hukuka aykırılığı ve sonucun hukuka aykırılığı bakış açılarıyla izah edilmektedir⁷¹⁰. Başka bir kişinin hukuki olarak korunan menfaatlerini hukuk sistemine aykırı olarak ihlal eden davranışlar hukuka aykırıdır. Özellikle kişilik hakkı, aynı haklar gibi mutlak hakların ihlali bakımından savunulan sonucun hukuka aykırılığı görüşüne göre hukuka aykırılık, bizzat zararlı

⁷⁰⁸ GIGER, s. 586; OĞUZ, H., s. 279.

⁷⁰⁹ MüKoBGB/WAGNER, BGB § 823, kn. 29, 35, 49.

⁷¹⁰ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 896.

sonucun hukuka aykırılığıdır⁷¹¹. Zarara yol açan davranışı yasaklayan bir norm bulunmasa bile salt mutlak hakkın ihlali, bu görüşe göre hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterlidir.

Bazı haklar ise mutlak olarak değil sadece belirli bir tür ihlale karşı korunmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılık, hukuk düzenine aykırı davranıştan kaynaklanır (davranışın hukuka aykırılığı). Mutlak olarak korunmayan bir menfaatin ihlali halinde hukuka aykırılığın kabulü için meydana gelen zarardan korunmayı amaçlayan bir özel koruma normunun ihlal edilmesi gerekir⁷¹². Bu şekilde bir emir veya yasağın ihlali ise bir insan davranışı ile gerçekleşir ve bu davranışın niteliğinin hukuka aykırı olduğu söylenir. Bir uyuşmazlıkta davranışın hukuka aykırı olduğunun ispat yükü, bu davranışın mağduru olana düşer. İlk görünüş ispatı ve diğer fiili karineler, mağdura ispat bakımından yardımcı olacaktır⁷¹³.

Haksız fiil hukukunda hukuka aykırılığın zarar görenin haklarının ihlaline mi (sonucun hukuka aykırılığı) yoksa kişinin yükümlülüğüne aykırı davranışına mı (davranışın hukuka aykırılığı) dayandığı konusundaki ihtilaf sözleşme hukuku açısından yalnızca ikincil nitelikte öneme sahiptir. Çünkü sözleşme hukuku bağlamında hukuka aykırılık esasen, borç ilişkisine dayalı olarak edim-davranış yükümlülüğünün ihlaline karşılık gelir⁷¹⁴. Diğer deyişle kusurlu davranışın konusunu oluşturan hukuk düzeninin ödevlerine aykırılık, sözleşmesel sorumlulukta, sözleşme tarafından öngörülen ve yerine getirilmeyen ödevlerdir⁷¹⁵.

Bu tespitten sonra sözleşmede borçlanılanın veya modern eğilimlerle sözleşmeye dahil olduğu kabul edilen bütünlük menfaatine ilişkin yan yükümlerin özen gösterme içeriğine sahip olması, sözleşmeye aykırılık ile kusurun objektif yönünün hala ayrı ayrı incelenebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalarına yol açmaktadır.

⁷¹¹ BGB §823 hükmünün ilk fıkrasında sayılan hukuki değerlerden birinin ihlal edilmiş olması, bir görüşe göre hukuka aykırılık için yeterlidir ve hukuka aykırılık bu sonuçtan ileri geldiği için buna sonucun hukuka aykırılığı denilmektedir. Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 116.

⁷¹² **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 923 vd.

⁷¹³ **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul 2001, s. 68.

⁷¹⁴ **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 13.

⁷¹⁵ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1317.

ANTALYA, kusurun objektifleştirilmesinin sonucu olarak objektif unsurun hukuka aykırılık ile aynı anlama gelmeyeceğini, özellikle özene aykırılığın hukuka aykırılık olarak aynışamayacağını ifade etmektedir. Hukuka aykırılık, mutlak hak ihlali ile koruma normu ihlali ayırımına göre ele alınırsa sorun mutlak hak ihlalinde değil koruma normu ihlalinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yüküm ihlali, önce hukuka aykırılık yönünden daha sonra kusur yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Özen ihlalinin hukuka aykırılıkta, kusura göre daha soyut ve katı olduğu göz ardı edilmemelidir⁷¹⁶.

Çalışmamızın giriş bölümünde üzerinde durduğumuz üzere hukuka aykırılık bir hukuk kuralının ihhalidir. Haksız fiil alanında bu ihlal, yazılı veya yazılı olmayan ve genel davranış yükümlülüğü getiren kurallar olarak ifade edilen bir kurala ilişkindir. Sözleşmesel alanda ise bu kuralın rolünü sözleşmenin kendisi gerçekleştirir⁷¹⁷. İhlal edilen hukuk kuralının tespiti sözleşmenin içeriği ile yakından bağlıdır. Borçlu yükümlülüklerini tam ve gereği gibi ifa ettikçe hukuka aykırılık gerçekleşmeyeceği için kusura ilişkin bir mesele söz konusu olmayacaktır⁷¹⁸. Aksine, bir yükümlülüğün ihlali tespit edilmiş ise bu defa borçlunun sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu davranışının doğru mu yanlış mı olduğu yani objektif olarak kusurlu bir davranışın bulunup bulunmadığı değerlendirilir. Her iki durumda da esasında olması gerekenden bir sapma durumu söz konusudur. Ancak hukuka aykırılıkta hakim, teorik olarak sözleşmeden veya kanundan normu belirler ve ihlal edildiğini tespit eder. Kusurda ise hakim, bu ihlalin, borçlunun anormal davranışından kaynaklanıp kaynaklanmadığını inceler ve bu

⁷¹⁶ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 192.

⁷¹⁷ CUENDET, kn. 170. Burada, Fransız Medeni Kanunu m. 1103 hükmünde (revizyondan önceki 17 Şubat 1804 tarihli kanun m.1134; https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136340/#LEGISCTA000032040792, Erişim T. 29.08.2022) ifadesini bulan, hukuka uygun olarak oluşturulmuş sözleşmelerin, onları yapanlar için kanun hükmünde olduğu düzenlenmesini hatırlamak da yerinde olacaktır. Böyle bir hüküm mehz İsviçre’de ve TBK’de açıkça yer almamakla birlikte irade serbestinin genel ilke olması hasebiyle Borçlar Hukuku sistemimizin ruhunda bulunduğu söylenebilir. Krş. BAŞPINAR, s. 125. Benzer şekilde, kusurdan kaynaklanan zararın tazmin yükümlülüğünü düzenleyen Avusturya Medeni Kanunu m. 1295 hükmünde (<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622&FassungVom=2024-06-23&Artikel=&Paragraf=1295&Anlage=&Uebergangsrecht=&ShowPrintPreview=True>, Erişim T. 29.08.2022) bu zararın bir sözleşme yükümünün ihlali yoluyla veya sözleşme ilişkisi olmaksızın meydana gelebileceği belirtilmektedir.

⁷¹⁸ Hukuk sistemi tarafından tasvip edilmeme durumu söz konusu olmayan bir davranış, ne özenli ne de ihmal teşkil eden bir davranıştır, bkz. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 894.

noktaya karar verebilmek için normal davranışı tespit edip borçlunun bundan saptığını görmelidir⁷¹⁹.

Normal davranış, davranış kuralı olarak da ifade edilmektedir ve tespit edilen davranış kuralına aykırılık kusurun objektif unsurunu teşkil etmektedir. Hukuka aykırılık ile kusurun objektif yönü tüm benzerlik ve sıkı bağlantılarına rağmen birbirinden ayrı kavramlardır. Davranış kuralını ihlal eden bir fiil hukuka aykırı olmadıkça hukuk buna karşı bir yaptırım uygulamaz. Bazen kusurun normatif olarak değil psikolojik olarak algılanması hukuka aykırılık olmaksızın da kusurun var olabileceği düşüncesine neden olur. Örneğin bir kişinin başkasıyla rekabete girişmesi sonucu ona zarar vermesi halinde eğer davranışı hukuka aykırı değilse hukuka aykırılık bulunmasa da kasta dayanan kusurun bulunduğu ifade edilmektedir. Halbuki böyle bir kast normatif değil doğal anlamda bir kasttır ve kusur teşkil etmez. Normatif kusurun varlığı ise hukuka aykırılık ve davranış kuralının aykırılığına bağlıdır⁷²⁰.

Doktrinde davranış kuralının belirlenmesine ilişkin değerlendirmenin, örnek bir borçlu tipinin oluşturulması ve borçlunun davranışının bu örnek tipin davranışı ile karşılaştırılması suretiyle yapılması konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Ancak bu örnek, model borçlu tipinin nasıl oluşturulacağı konusunda uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Örneğin normal yetenekte bir kişi, normal ve makul davranan bir kişi, dürüst ancak mükemmel olmayan bir kişi, orta seviyede özenli bir kişi, çok özenli ve tedbirli bir kişi, davranışta bulunanla aynı sosyal çevreden gelen özenli bir kişi, davranışta bulunanla aynı somut durum ve koşullar içerisinde yerleştirilmiş kişi gibi farklı şekillerde model borçlu tipi önerilmektedir.

2. Karşılaştırmada Ölçü Alınacak Kişi Modeli

Model borçlu tipi, etten kemikten bir kişi değil, varsayımsal bir varlık olup bir tür laboratuvar ürünü ve ondan beklenen davranış da farazi bir davranıştır⁷²¹. Karşılaştırmada kullanılacak tipin belirlenmesinde soyut veya somut yöntemden yararlanılabilir. Soyut yöntem, davranışta bulunan kişinin şahsından yola çıkmayan, onu ve içinde yer aldığı kişisel durum ve koşulları göz önüne almayan bir yöntem iken;

⁷¹⁹ CUENDET, kn. 191.

⁷²⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 254.

⁷²¹ GRIEDER, s. 959.

somut yöntem kişiliği dikkate alan, kişiyi ve içinde bulunduğu durum ve koşulları dikkate alan bir yöntemdir⁷²². Kusur ne denli objektif tasarlanırsa, davranışta bulunanın şahsı ya da mensubu olduğu sosyal grubun özellikleri o ölçüde az dikkate alınır. Tersine kusur ne denli sübjektif tasarlanırsa bu özellikler de o oranda çok göz önüne alınır. Benimsediğimiz ve açıklamalarımızı buna göre sürdürdüğümüz objektifleştirilmiş kusur teorisinde, çoğunlukla soyut yöntemden ve kısmen de somut yöntemden yararlanılmaktadır. Burada yeri gelmişken belirtelim ki somut veya soyut değerlendirme yöntemi ayrımının dayanağı somut olaydaki durum ve koşulların dikkate alınıp alınmamasıyla ilgili değildir. Somut değerlendirme yöntemi ile somut olaya ilişkin durum ve koşulların hesaba katılması ilk olarak akla gelebilse de soyut yöntemin bunun aksini kabul ettiği yanlışlığına düşülmemelidir. Somut ve soyut değerlendirme yöntemleri arasındaki farklılık somut yöntemin belirli bir kişi ve onun somut şahsını, özellik ve imkanlarını, soyut yöntemin ise genel bir kişi ve onun soyut özellik ve olanaklarını temel almasından ileri gelmektedir⁷²³.

Roma hukukunda genel olarak davranışı model olarak alınan kişi *bonus pater familias* olarak ifade edilen, makul dürüst, Roma vatandaşı olan iyi bir aile babasıydı. Bazı ilişkilerde ise somut yönetime göre ölçü belirleniyordu.

Modern hukuklarda bu kavram “ortalama özen” veya “dikkatli ve tedbirli bir kişi” olarak ifade edilir. Kişinin aktivitelerine göre bu özen ölçüsü ağırlaştırılabilir. Ortalama özenin istendiği herkese açık aktiviteler ile ağırlaştırılmış özenin istendiği eğitim ve formasyon gerektiren aktiviteler arasında böyle bir ayrım yapılabilir. Yolda yürümek, sıradan bir iş görmek, birisine yardım etmek ilk gruba; hekimlik, mühendislik, enerji gibi belli branşlarda iyi bir uzmanın iş görmesi ikinci gruba örnek teşkil eder.

Kusuru değerlendirmeye hizmet eden örnek referans tip, prensip olarak söz konusu işlevi yerine getiren veya söz konusu faaliyete katılan bireyler arasında yaygın olarak bulunan bilgi ve beceriye sahip olandır. Hakim, her zaman o veya bu şekilde davranışını değerlendirecek kişiyle aynı sınıftan ve ortalama bir insanla aynı şartları dikkate alarak kıyaslayacaktır. Karşılaştırmada kullanılacak tipi belirlemede, borçlunun bireysel özelliklerinin ne ölçüde dikkate alınarak soyutlama yapılacağı tartışmalı bir meseledir.

⁷²² Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 263 vd.

⁷²³ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 288.

Öğretide karşılaştırmada kullanılacak referans tipi belirlemede başvurulacak kıstasların dışsal ve içsel kıstaslar olarak incelendiği görülmektedir⁷²⁴.

a. Dışsal Kıstaslar

Olayın gerçekleştiği yer ve zaman; faaliyetin türü ve özellikle tehlikeliliği; faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık; ilgili kişiler arasındaki yakın ilişki veya aralarındaki özel güven; zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmaması ve bu yöntemlerin maliyeti dışsal kıstaslar olarak ifade edilmektedir⁷²⁵.

Faaliyetin çeşidi, ağırlığı ve tehlikesi özen derecesinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Faaliyetin zarar verme riski yüksek olan durumlarda ve özellikle tehlikeli faaliyetlerde davranış modeline ilişkin olarak özen, ağırlaştırılmış şekliyle aranacaktır⁷²⁶.

Faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık, kalifiye bir mesleğin icrasında bulunmasından kaynaklanmaktadır. Bu tür mesleklerde gösterilmesi gereken özen daha yüksek seviyelerdedir⁷²⁷. Kişi, bu tür bir mesleğin icrası için gerekli uzmanlığa sahip değilse ve buna rağmen o işi üstlenmişse buna “üstlenme kusuru” adı verilir. Söz konusu kişi hakkında uzman bir kişiden beklenen yüksek özen derecesi uygulanır. O kişinin gerekli uzmanlığa sahip olmadığı yönünde bir savunması objektifleştirilmiş teoride kusursuzluğunu sağlamayacağı gibi sübjektif kusur teorisi benimsendiği takdirde de sağlamaz. Çünkü yeteneklerinin elvermediği bir işi üstlenmek bizatihi kusur sayılmakta ve kınanmaktadır⁷²⁸.

b. İçsel Kıstaslar

Objektifleştirilmiş kusur teorisinde referans, model tipin davranışının belirlenmesinde dışsal kıstaslar üzerinde uzlaşıya varmak daha kolay olmakla birlikte içsel, diğer deyişle failin sübjektif durumuna ilişkin kıstaslarda uzlaşı sağlamak zordur. Bir görüşe göre

⁷²⁴ KOÇİSARLIOĞLU, s. 289.

⁷²⁵ GÖNÜL KOŞAR, s. 157.

⁷²⁶ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 177; GÜVEN, II, s. 159.

⁷²⁷ GÜVEN, II, s. 160.

⁷²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1346; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 166. Krş. TANDOĞAN, s. 52-53.

failin ayırt etme gücü dışında diğer herhangi sübjektif durumu, model tipin davranışının belirlenmesinde dikkate alınamaz⁷²⁹. İçsel kıstaslar psikolojik yetersizlikler, fiziksel yetersizlikler ve bireysel üstünlükler bağlamında değerlendirilebilir⁷³⁰.

Psikolojik yetersizliklerin, karşılaştırma tipinin oluşturulması için dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir⁷³¹. Bu tür özellikler, kişinin dahil olduğu sosyal grubun genel özellikleri olmayıp tamamen sübjektiftir. Bu özelliklere itibar edilememesi sorumluluktan kurtulmak için çok sayıda bahanenin gündeme getirilmemesi ve böylece tüm ilgililerin çıkarlarının uygun bir denge içerisinde korunmasına hizmet eder⁷³². Öğretide mazeret olarak kabul edilmeyen psikolojik sebeplere şu örnekler verilmektedir⁷³³: manevi ıstırap, dalgınlık, zihni yorgunluk, baş ağrısı, migren, unutkanlık, karakter farklılığı, işverenle ya da eşle kavga, aşırı iş yükü, deneyim eksikliği⁷³⁴.

Fiziksel yetersizlikler, örneğin sakatlık, körlük, sağırılık vb. durumlardır. Nitekim sağır ve dilsizliğin algılama ve davranışları yönlendirme yeteneği üzerinde olumsuz etki gösterdiği düşüncesiyle ceza hukuku sorumlulukları da belirli yaş gruplarına göre ayrıca düzenlenmiştir⁷³⁵. Özel hukuk bakımından fiziksel yetersizliği bulunanların davranışları, aynı hastalıktan muzdarip, bilgili, makul birinin davranışına göre yargılanır. Bu nedenle, bir engellinin makul eylemi, “tam olarak sağlıklı birininkiyle özdeşleşmese bile” kusurlu olarak addedilemeyebilecektir⁷³⁶. Böylece soyut davranış modelinin belirlenmesinde, davranışta bulunanın bazı kişisel ve içsel nitelikteki özelliklerini taşıması söz konusu olur. Bu tür fiziksel yetersizlikler davranış modelinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulur ancak davranış buna göre değerlendirilirken

⁷²⁹ Görüş için bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 160, dn. 255.

⁷³⁰ **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 293.

⁷³¹ **TANDOĞAN**, s. 52.

⁷³² **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 307.

⁷³³ **TANDOĞAN**, s. 52.

⁷³⁴ **HONSELL, Heinrich**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2005, § 6, pn. 18.

Deneyimsizlik kural olarak mazeret teşkil edemese de somut olayın koşullarına göre istisnalar olabilir. Örneğin yardımcı olabilecek kimsenin bulunmaması ve yardım etme aciliyeti bulunan hallerde deneyimsizliğe rağmen müdahalede bulunma sonucu zarar ortaya çıkarsa deneyimsizlik bir mazeret olarak düşünülebilir.

⁷³⁵ **TURABİ, Selami**, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *TBB Dergisi*, Y. 2012, S. 101, ss. 267-292, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1205>, (Erişim T. 22.01.2024), s. 281.

⁷³⁶ **CUENDET**, kn. 212.

artık fiziksel engel somut olarak dikkate alınmaz. Örneğin bir görme ya da işitme engelli kişi bakımından model tip, görme ya da işitme engelli bir kişi olarak tasarlanır. Onun davranışından bir sapmanın bulunup bulunmadığı değerlendirilirken ise artık fiziksel engelin tekrar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmaması gerekir⁷³⁷.

Öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik, zorunlu olarak kusur yargısının bir parçasıdır. Öngörülebilirlik varsa, davranışta bulunan mümkün olduğunca bir zarardan kaçınmak için önlemler almak zorundadır⁷³⁸. Fiziksel bir yetersizlikten muzdarip bir kişi, özel önlemler ile sakatlığının tehlikeli etkilerini etkisiz hale getirmeli veya öngörülen aktiviteden vazgeçmelidir⁷³⁹. Zira bir kimsenin bir faaliyeti ya da işi gereği gibi yürütmek için gerekli niteliklere sahip olmamasına rağmen üstlenmesi, bizzat kusur teşkil eder.

Fiziksel yetersizliklere benzer bir değerlendirme yaş bakımından da yapılmaktadır. Kişinin, fiziksel gelişimine paralel olarak, toplumun değer yargılarını, bunların anlam ve içeriğini algılama yeteneği gelişmektedir. Yine bu gelişim sürecinde algılama yeteneğinin yanı sıra, ayrıca toplumdaki ölçü davranış kurallarının gerekleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirebilme (irade) yeteneği de gelişmektedir⁷⁴⁰. Objektif olarak değerlendirildiğinde ağır kusur teşkil edecek bir davranış, çocuklar söz konusu olduğunda yetişkinlere göre daha hafif değerlendirilir. Bunun sebebi, çocuklar söz konusu olduğunda objektifleştirilmiş kusur ölçüsünden ayrılmak değil, aksine objektifleştirilmiş kusur teorisi uyarınca failin kıyaslanacağı soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaş küçüklüğünün de dikkate alınmasıdır. Bu nedenle, objektifleştirilmiş kusur ölçüsü yaş küçüklüğünde de adaletli sonuçların ortaya çıkmasına hizmet etmektedir⁷⁴¹.

Soyut ve ortalama tipin davranışının belirlenmesinde cinsiyetin dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin olarak cinsiyet, fiziksel performansın tartışma konusu olduğu

⁷³⁷ KOÇİSARLIOĞLU, s. 306.

⁷³⁸ ERMAN/WESTERMANN, § 276, Rn. 13.

⁷³⁹ GÖNÜL KOŞAR, s. 161, dn 258. Bu yargı, tehlike arz eden faaliyetler söz konusu olduğunda geçerlidir, “sıradan yaşam eylemleri” (yaya hareket etme, toplu taşıma araçlarını kullanma vb.) yapmalarının yasaklanması söz konusu olamaz. Bu bakımdan bir kimse gerektiği halde örneğin araç kullanmaktan kaçınmazsa kusurlu addedilecektir.

⁷⁴⁰ TURABİ, s. 278.

⁷⁴¹ TANDOĞAN, s. 53; GÖNÜL KOŞAR, s. 162.

kusur değerlendirmelerinde dikkate alınmalıdır. Ancak aynı uzmanlık gerektiren işlerin uzman olmayan kişilerce üstlenilmesinde olduğu gibi, kadının, fizyolojik yapısına uygun olmayacak derecede ciddi güç gerektiren bir faaliyeti üstlenmesi ve bu yolla zarara sebebiyet vermesi halinde üstlenme kusurundan bahsedilebilir⁷⁴².

Bireysel üstünlükler, daha zeki, daha bilgili, daha becerikli, daha sağlam yapılı, daha uzman veya deneyimli olmak gibi halleri ifade eder. Bireysel üstünlüklerle ilgili sorgulanması gereken mesele ise, normal olarak gösterilmesi gereken asgari özen ölçüsünün yerine getirilmiş olması durumunda kusurun bulunmaması, dolayısıyla da sorumlu tutulamamayı sağlayabilip sağlayamayacağıdır. Kusurun belirlenmesinde soyut bir ölçü alınarak asgari bir özen ölçüsü belirlemek esasında kendi işlerinde özensiz olanları bundan bağımsız olarak daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk eder. Fakat bireysel üstünlükleri bulunanların bu özellikleri sayesinde daha dikkatli ve özenli olması mümkünken yalnızca asgari ölçüyü yerine getirmeleri kusursuz sayılmaları için yeterli kabul edilebilir mi?

AEBl'ye göre, bireysel yetenekleri yüksek bir kişinin, yeteneklerine göre farklı davranabileceği halde hukuka aykırı davranırsa, sübjektif bir ölçü kullanılıyorsa sorumlu olması gerekir, ancak ortalama bir insan için farklı bir davranışın mümkün olmadığını gösteren objektif bir ölçü kullanılıyorsa sorumlu olmaz. Bununla birlikte, uygulamada bu durumlara nadiren karşılaşılr çünkü hukuka aykırı davranan kişi genellikle ortalamanın altında yeteneklere sahip olur⁷⁴³.

Doktrinde ortalamadan daha yetenekli olanların, yapabileceklerinden daha aşağı bir davranış benimsemelerine izin verilmemesi gerektiği söylenmektedir⁷⁴⁴. Burada esasında sübjektif özen ölçüsüne doğru bir kayma gözlemlenmektedir ve bu durum soyut yöntemin, somut yöntem ile desteklenerek bu yöntemlerin birbiriyle uyumlu olarak uygulanması faaliyetine güzel bir örnektir. Böylece eğitim veya kişisel deneyim ya da uzmanlık, "in abstracto" değerlendirmenin getirdiği asgari ölçünün üzerinde yükümlölüklerin ölçüsünü sağlar⁷⁴⁵. Diğer deyişle davranışta bulunanın üstün özellikleri düşük nitelikteki özelliklerden farklı olarak, davranış kuralının mahiyet ve yoğunluğunu

⁷⁴² GÖNÜL KOŞAR, s. 163.

⁷⁴³ AEBl, s. 60.

⁷⁴⁴ FURRER/WEY, kn. 22; MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 56.

⁷⁴⁵ CUENDET, kn. 213; GÖNÜL KOŞAR, s. 160; KORKMAZ, dn. 229.

arttırmak için hesaba katılır⁷⁴⁶. Uzman kimse, ortalama kimsenin göstermesi gereken özen ve dikkati gösterdiğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaz. Objektif bir ölçünün uygulanmasındaki belirleyici sebep, haklı beklentilerin diğer deyişle güvenin korunması fikri olduğundan, tutarsız gibi görünse de davranışta bulunan kişinin özel bilgi ve becerilerinin ona bir yük olarak dikkate alınması gerekir. Sonuç olarak objektif özene ilişkin gereklilikler, özel bilgi ve beceriler nedeniyle -örneğin yerel yol ve zemin koşulları hakkında bilgi veya bir doktorun özel uzmanlık bilgisi gibi- artırılabilir⁷⁴⁷.

Sonuç olarak, karşılaştırmada kullanılacak tipin belirlenmesinde dürüst, bilgili, makul bir insanın özünüyle çelişmemek kaydıyla hem iç hem de dış koşullar etkili olabilmektedir. Başka bir deyişle, referans tipini belirlerken, dikkatli ve tedbirli bir kişinin davranışını etkilemesi muhtemel kişisel yetersizlikler ve ortalamanın üzerindeki yetenekler dikkate alınabilir. Böylece somut ve soyut yöntemin uyumlu bir şekilde uygulanması; yöntemlerin tercihinde çok katı bir tavır alınmaması doğru bir yaklaşım olur.

c. Yer ve Zaman ile Faaliyetin Türü

Sübjektif kusur teorisine göre olayın yaşandığı yer ve zamanın dikkate alınması işin mahiyeti gereğidir. Çünkü olay, belirli bir zaman ve yerde davranışta bulunan tarafından yaşanmıştır. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre her ne kadar soyut davranış modeli belirlense de hiçbir zaman ve hiçbir yerde bulunmamış bir kişi olarak tasarım yapılamayacağından yer ve zaman burada da dikkate alınır. Örneğin büyük bir kentte mesai saatlerinin hemen sonrasında oluşan trafikte araç kullanmak ile küçük bir kasaba veya köyde araç kullanmak farklı değerlendirilmelidir. İlkinde tehlike daha fazla olduğundan soyut davranış modeli daha katı ikincisinde ise daha yumuşak belirlenmelidir⁷⁴⁸.

Yer ve zaman gibi faaliyetin türü de hangi kusur teorisi benimsenirse benimsensin kişisel olmayan, dış nitelikli objektif durum ve koşullardan olduğundan davranış kuralının belirlenmesinde dikkate alınır. Faaliyet ne kadar güç, önemli, tehlikeli veya

⁷⁴⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 311 vd.

⁷⁴⁷ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 21.

⁷⁴⁸ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 314.

yararsız ise davranış biçimi de o denli titiz olmalıdır⁷⁴⁹. Gösterilen faaliyet ne denli nitelikli ise davranış kuralı da o denli nitelikli tasarlanmalıdır. Bu bağlamda gereken bilgi ve beceriye sahip olunmaksızın belirli bir faaliyete girişilmesi sonucu bir zarar doğduğunda o davranış kusurlu addedilmektedir⁷⁵⁰.

Meslekten bir kişinin faaliyeti söz konusu olduğunda da bu faaliyetin gerektirdiği özellikler göz önüne alınmalıdır. Davranış modeli olarak tasarlanan soyut kişi, davranışta bulunanın icra ettiği mesleğin gerekli kıldığı bilgi ve formasyonlarla donanmış bir kişi olmalıdır. Yürütülen mesleğin de kendi içinde asistanlık, uzmanlık, A sınıfı uzmanlık vs. gibi seviyeleri varsa bunlar da dikkate alınarak soyut davranış modeli belirlenmelidir⁷⁵¹.

d. Diğer Yardımcı Kıstaslar

Kanun, sözleşme veya meslek birliklerinin yönergeleri soyut ve model tipin belirlenmesinde yol gösterici belirlemeler yapmış olabilir. Somut bir olayda gösterilmesi gereken davranış biçimi bu gibi belirlemelerle somutlaştırılmış ise hakim kusuru değerlendirirken örnek model tipin nasıl davranması gerektiği sorusunda eli kolaylaşır. Teknik düzenlemeler ve kurallara göre yapılan somutlaştırma, özen yükümlülüğünün kodifikasyonu olarak adlandırılmaktadır⁷⁵².

Pozitif hukuk kurallarında yer alan özen ölçütleri temel hareket noktasıdır. Örneğin inşaat işlerinde uygulanacak güvenlik tedbirlerine ilişkin veya işçiyi ve çalışma ortamını korumaya ilişkin kurallar teknik özen ve tedbirleri somutlaştırır⁷⁵³.

Özen ölçütü getiren pozitif hukuk kurallarına aykırılık kural olarak kusurun varlığını gösterir. Ancak düzenlemeler yakın bir zamanda değişikliğe uğramış ve davranışları bu değişikliklere göre değerlendirilecek olan kişinin bilgi sahibi olamaması ya da faaliyetini bu kurallara göre revize edecek vakte sahip olamaması halinde kusurun bulunmayabileceği ifade edilmektedir⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ OĞUZ, s. 202-203.

⁷⁵⁰ TANDOĞAN, s. 53 vd.; KOÇİSARLIOĞLU, s. 315.

⁷⁵¹ TANDOĞAN, s. 54; OĞUZ, s. 203; KOÇİSARLIOĞLU, s. 316.

⁷⁵² TANDOĞAN, s. 54; GÜVEN, II, s. 160; OĞUZ, s. 203; GÖNÜL KOŞAR, s. 167-168.

⁷⁵³ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 178.

⁷⁵⁴ GÖNÜL KOŞAR, s. 168.

Model davranışın belirlenmesinde, zarar riskine karşı güvenlik düzenlemeleri ile mesleki ve teknik kurallardan da yararlanılacaktır. Bu kurallara uyulmuş olması ya da kusur incelemesine tabi tutulan davranış için yetkili makamlardan izin alınmış olması veya idari denetimden geçilmiş olması tek başına kusurun bulunmadığını ortaya koymaz⁷⁵⁵. Bu tür düzenlemeler genel ölçüler öngörmekte ve bu kurallara aykırılık kusurun mevcut olduğuna dair bir gösterge anlamını taşır⁷⁵⁶.

3. Model Kişiden Beklenen Davranıştan Sapma

Borçlunun davranışının, karşılaştırmada kullanılan örnek borçlu tipinin beklenen davranışından az veya çok uzaklaşması söz konusu olabilir. Bu bizi aşağıda inceleyeceğimiz kusurun çeşitlerini tespit etmemize yönlendirir. Bu tespitin temelinde ise hukuka aykırılığı öngörebilme ve bundan kaçınabilme yatar. Dolayısıyla bu kavramlar üzerinde durulmalıdır.

Öngörebilme, olayların olağan seyri ve genel yaşam deneyimine göre makul, ortalama bir borçlunun, eyleminin zarar için yeterli bir neden olduğunu anlayabilmesidir. Burada nedensellik ilişkisiyle kusuru karıştırmak söz konusu değildir. Zararın öngörülebilirliği olmadığında da uygun nedensellik ilişkisi mevcut olabilir. Nedensellik ilişkisi eylem ve zarar arasındaki bağlantıyla ilgilidir, ama burada öngörülebilirlik ise bir kusur problemi olarak bunun fail tarafından anlaşılabilirliği ile ilgilidir⁷⁵⁷. Öngörülebilirlik aşağıda üzerinde duracağımız ihmalin türlerinin ayırt edilmesinde ve bu bağlamda ağır kusurun tespitinde işlev görür.

Hangi kusur teorisi benimsenirse benimsensin öngörülemezlik kusurun yokluğu; öngörülebilirlik ise kusurun varlığı hususunda belirleyici bir etkiye sahiptir. Objektifleştirilmiş kusur teorisinde öngörülebilirliğin tespitinde fail değil soyut ve ortalama tip esas alınır. Kusuru araştırılan kişinin tamamen somut yetenek, beceri ve olanakları göz önüne alınmak suretiyle neyi öngörüp neyi öngöremediğini tespit etmek sübjektif kusur teorisinin yapısına uygundur. Soyut ve ortalama tipin fiili işlediği anda objektif olarak zarar tehlikesini öngörebilir olup olmadığının araştırılması ise

⁷⁵⁵ GÜVEN, II, s. 160; OĞUZ, s. 204.

⁷⁵⁶ TANDOĞAN, s. 54; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 181; ERDOĞAN, s. 131; GÖNÜL KOŞAR, s. 171.

⁷⁵⁷ CUENDET, kn. 184.

objektifleştirilmiş teorinin yapısına uygundur⁷⁵⁸. Benimsemekte olduğumuz objektifleştirilmiş kusurun varlığının tespitinde soyut ve ortalama tipin, örnek davranışın zararlı sonuçlarını öngörebilecek durumda olup olmaması özellikle belirleyicidir. Öngörülebilirlik değerlendirilirken geçmişe dönük yani failin fiili işlediği zaman dilimi esas alınır. Burada sorumluluğun değerlendirildiği zararın miktarı bakımından zararın tümünün öngörülmesi gerekmez, fiil sebebiyle belli bir zararın oluşabileceği ihtimalinin öngörülebilir olduğunun tespiti yeterlidir.

Kaçınılabilirlik, diğer deyişle önlenebilirlik de kabul edilen kusur görüşüne göre farklı şekillerde anlaşılabilir. Sübjektif kusur teorisine göre önlenebilirlik, davranışta bulunanın somut şahsı ve onun olanakları göz önüne alınarak belirlenir. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre örnek davranıştan sapmanın önlenebilir olup olmadığı, soyut ve ortalama tipin fiil anında içinde bulunduğu şartlara göre belirlenir. Önlenebilirliğin imkân dâhilinde bulunmadığı takdirde zararlı sonucun kusur olarak bir kimseye yüklenmesi mümkün olmaz. Zira bu gibi hallerde çoğu zaman tesadüfi veya beklenmedik bir hal ya da mücbir sebep bulunur. Kusur, tesadüfi halin sınırında sona erer, mücbir sebebin sınırında ise evleviyetle sona erer⁷⁵⁹.

Davranışta bulunandan akla gelebilecek her tehlikeden kaçınması ve böylece gerekirse kendi çıkarına hareket etmesinin makul olmayan bir şekilde engellenmesi talep edilemez, ancak o mümkünse tehlikelere dikkat çekmeli ve onun için zorluk çıkarır nitelikte olsa da makul güvenlik önlemleri almalıdır. Bazı sözleşme yükümlülükleri belirli bir risk olmadan yerine getirilemez, bazı durumlarda örneğin birçok sporda, kurallara uyulmasına rağmen, bir risk kaçınılmazdır⁷⁶⁰.

V. AĞIRLIK DERECESİNE GÖRE KUSURUN SINIFLANDIRILMASI

A. GENEL OLARAK

Hukuka aykırı davranışta bulunana yöneltilen kusur yargısı, onun ağırlığına göre derecelendirilebilir. Örneğin, bir bankanın paralarını zimmete geçirmek suretiyle bankaya zarar vermek ile yoğun iş sırasında bir müşteriye fazla ödemedi bulunarak

⁷⁵⁸ KOÇİSARLIOĞLU, s. 423; GÖNÜL KOŞAR, s. 174.

⁷⁵⁹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 360, 425.

⁷⁶⁰ ERMAN/WESTERMANN, § 276, Rn. 14a.

bankanın zararına yol açmak; silah çekerek birini yaralamak ile ameliyat esnasında yanlış teknik kullanarak hastaya zarar vermek; alkollü araç kullanarak birini ezmek ile yayaya kapalı bir yolda aracın önüne atlayan kişiye çarpmak gibi davranışlarda aynı nitelikte ve derecede kusurun bulunduğu kabul edilemez⁷⁶¹.

Kusurun kabul edilip edilemeyeceği sorusuna olumlu cevap verildikten sonra onun derecesi veya ağırlığı sorgulanabilir⁷⁶². Kusurlu davranış, ağır veya hafif kusur olarak derecelendirilir. Özellikle, ağır ve hafif ihmal arasında bir ayırım yapılır. Yaygın bir kabule göre hafif kusur denilince hafif ihmal, ağır kusur denilince ağır ihmal ve kast anlaşılır⁷⁶³. Kusurun ağırlığı, pozitif hukukun buna sonuç bağladığı hallerde önem taşır.

Kusurun belirlenmesi için kullanılan ölçütten sapmanın büyük olması ağır kusur iken küçük olması hafif kusur anlamına gelir⁷⁶⁴. Hukuka aykırılığı öngörmek ve önlemek zorsa kusur yargısı, hukuka uygun davranmanın kolay olduğu duruma göre daha hafif olacaktır. Objektif mi yoksa sübjektif bir ölçünün mü kullanılması gerektiği sorunu burada yeniden ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılıktan kaçınmanın zorluğu, ya ortalama bir kişi için dış koşullar açısından ya da failin bireysel özellikleri ve iç koşulları açısından değerlendirilir⁷⁶⁵.

Sübjektif bir bakış açısıyla, failin kişiliğinin kapsamlı analizinden ortaya çıkan tablo ve failin hukuka aykırı sonuç ile olan psikolojik ilişkisinin türü ve yoğunluğu, değerlendirme için belirleyicidir. Kusurun ağırlığını derecelendirmek, aynı zamanda kusur türlerini ayırt etmenin temel işlevidir.

Kusurun sübjektif unsuru bahsinde belirttiğimiz üzere kusurun ağırlığının belirlenmesinde kusur ehliyetinin derecelendirilmesini kabul edenler bulunsa da biz bu görüşü benimsememekteyiz. Kusurun ağırlığı, kusurun objektif unsuruna yani zarar verenin davranışının model davranıştan sapma derecesine göre belirlenmelidir. Bu bağlamda kusur çeşitleri kast ve ihmal olarak karşımıza çıkar⁷⁶⁶. Kusurun kast ve ihmal

⁷⁶¹ KILIÇOĞLU, A., s. 405; UYUMAZ, s. 524.

⁷⁶² AEBİ, s. 63.

⁷⁶³ KAHRAMAN, s. 419.

⁷⁶⁴ KILIÇOĞLU, M., s. 144.

⁷⁶⁵ AEBİ, s. 64.

⁷⁶⁶ KELLER/SCHMIED-SYZ, s. 56. Kast ve ihmal yerine istem ve ihmal terimlerinin benimsendiği de görülmektedir. Buna göre istem; kast, doğrudan istem ve muhtemel istemden oluşur. İhmal ise ağır ihmal ve hafif ihmalden oluşur. Bu hususta bkz. ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 138 vd.

olmak üzere ikiye ayrılması esasen Roma hukukundan bu yana gelişen bir teamüldür⁷⁶⁷. Kastta, ihmalden daha ağır bir kusur bulunduğu, çünkü yaptığı yanlış isteyenin, buna bilmeden, hatta düşünmeden, özensizlikten sebep olandan daha ağır bir tekdiri hak ettiğinin açık olduğu belirtilmektedir⁷⁶⁸.

Bir kişinin medeni hukuk sorumluluğu devreye girince ihmal ve kast arasındaki ayrımın normalde bir rol oynamadığı unutulmamalıdır: prensipte herkes her türlü kusurdan sorumludur. Böylece objektif bakış açısıyla şu sonuca ulaşılır: borçlunun davranışı, kasten veya ihmal nedeniyle referans davranıştan saparsa borçlu kusurlu olur⁷⁶⁹. Bir olay kast veya ihmal sonucu ortaya çıkmamışsa kazara gerçekleşmiş demektir. Hukuken bu durumlar beklenmeyen hal veya mücbir sebep kavramlarında incelenir⁷⁷⁰.

B. KAST

Kast kavramı kanunda tanımlanmamış, açıklanması hukuk ilmi ve içtihatlarla bırakılmıştır. Geleneksel olarak eyleminin sonucunu tasavvur eden (entelektüel unsur) ve eyleminin yükümlülüğüne aykırı olduğunu bildiği halde bunu kendi isteğiyle yapmış olan (gönüllülük unsuru) kişinin kasten hareket ettiği, bu nedenle kastın, hukuka aykırı sonucu istemek anlamına geldiği söylenir⁷⁷¹. Kendisinden hukuka uygun bir davranış beklenebilir olmasına rağmen hukuka aykırı bir sonucu bilme ve isteme ile gerçekleştiren bir kişi kasten hareket eder⁷⁷². Zarar veren sözleşme ya da kanunun kendisine yasakladığı bir şeyi istemekte, başkasının hakkını veya kanun hükmünü ihlal niyetini taşımakta ise kasten hareket etmiş sayılmaktadır⁷⁷³. Bilme ve isteme şeklindeki

⁷⁶⁷ ÜNAL, s. 418.

⁷⁶⁸ AEBİ, s. 65. Krş. OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 158.

⁷⁶⁹ CUENDET, kn. 189; TUNÇOMAĞ, s. 260; EREN, s. 600, 601. Krş. ÇEKİN, Mesut Serdar, Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk, TAAD, Y. 2018, S. 33, ss. 283-346, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52649/693701>, (Erişim T. 31.01.2024), s. 291.

⁷⁷⁰ FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 387.

⁷⁷¹ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 15; FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 647; TUNÇOMAĞ, s. 262; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 966; KOLLER, § 48, pn. 48; NARTER, s. 427; SAKA, s. 445; GÜVEN, s. 585; KILIÇOĞLU, M., s. 141; KAHRAMAN, s. 409-410.

⁷⁷² SCHWARZ, s. 109; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 158; UYUMAZ, s. 525.

⁷⁷³ TUNÇOMAĞ, s. 262; ÜNAL, s. 418; UYUMAZ, s. 525.

bu iki kast unsuru farklı derecelerde mevcut olabilir⁷⁷⁴. Medeni hukuktaki hakim görüşe göre kast, kusurun en ağır şeklidir⁷⁷⁵.

Kast için gerekli olan bilgi, ilk olarak failin, davranışının bir sonucu olarak olguların gerçekleşmesini sağlayan fiili koşulları bilmesini gerektirir. Ancak sonucun istenmiş veya amaçlanmış olması gerekli değildir⁷⁷⁶; aynı şekilde gerekçe de önem taşımaz. Olguların gerçekleşme şekline bağlı olarak failin bilgisi, belirli bir davranışla, hukuki bir menfaatin ihlaliyle veya zararın meydana gelmesiyle ilgili olmalıdır⁷⁷⁷.

Davranışının zararlı sonucu gerçekleştireceğini bilmek ve buna rağmen başka türlü değil de o şekilde davranmayı istemek ve davranmış olmak yeterlidir⁷⁷⁸. Bu nedenle, aldatmanın hukuki olguları her zaman kast olarak değerlendirilmelidir⁷⁷⁹.

Kast, medeni hukuk ve ceza hukukunda bu hukuk alanlarının farklı amaç ve işlevleri nedeniyle sorumluluk olguları bakımından farklı konumlandırılmıştır. Kast ve ihmali, hukuka aykırılık ile irtibatlıdır ceza hukukunda “kusur teorisi” olarak ifade edilen anlayış hakimdir⁷⁸⁰. Buna göre, haksızlık bilincinin olmaması veya davranışın yasak olduğu hatası (haksızlık yanılması), eğer bu hatadan kaçınılabilir idiyse, kasta dayanan haksızlığın gerçekleşmesini engellemez⁷⁸¹. Ceza hukukunda hakim olan kusur teorisi, hukuka aykırılık bilincinin olmamasının kastı etkilemediğini ve bu konudaki hatanın kaçınılamaz olduğunda kusurun düştüğünü kabul eder⁷⁸². Kaçınılabilir bir hata

⁷⁷⁴ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 10.

⁷⁷⁵ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 154; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 119; **ÖZEL**, s. 422; **KORKMAZ**, s. 65.

⁷⁷⁶ Bir kimse sonuç motivasyonu, yani hukuka aykırı belli bir sonuca ulaşmak için hareket ediyorsa, amaçsal (absichtlich) hareket etmektedir. Amaç, kastın arttırılmış bir şeklidir. Amaç durumunda sonuca ulaşmak, eylemin güdüsüdür; amaç, kast bakımından genellikle gerekli olmasa da her zaman yeterlidir, bkz. **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 16; **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 648.

⁷⁷⁷ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 11.

⁷⁷⁸ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, Rn. 7.

⁷⁷⁹ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, Rn. 7; **ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra**, Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları, *GÜHFD*, Y. 2013, C. 17, S. 4, ss. 81-116, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48105/608308>, (Erişim T. 24.11.2022), s. 83.

⁷⁸⁰ Welzel tarafından kurulan ve Nipperdey tarafından medeni hukuka aktarılan bu öğreti, "kusur" ile kastı birbirinden ayırır. Kastı sadece fiilin koşullarını bilmek ve istemek olarak görür. Bkz. **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 649.

⁷⁸¹ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 48.

⁷⁸² Alman Ceza Hukuku doktrinde tartışılan kusur teorileri, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşen failin kastının ortadan kalkıp kalkmadığı sorununa açıkça cevap vermeyen kanun sisteminde birçok görüşün de ortaya atılmasına sebep olmuştur. Bu hususta özet bilgi için bkz. **HILLENKAMP T./CORNELIUS K.**, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?” (çev. ABANOZ ÖZTÜRK, Buket), *İHM*, Y. 2020, C. 78, S. 4,

durumunda ise, çok kere davranışta bulunanın sorumluluğu için yeterli olan ihmal sorumluluğu olur. Ceza hukuku kusur teorisine göre, bir hukukî menfaati bilerek ve isteyerek ihlal eden ve bu suretle zarara sebebiyet veren kimse, cehaletine, ilgisizliğine veya dikkat ve düşüncesizliğine dayanan hukuk bilgisizliğini ileri sürememelidir. Genel olarak, davranışta bulunan “hukukun temel gereksinimlerini” bilmediğini ileri süremez⁷⁸³.

Medeni hukukta büyük ölçüde kabul edilen ve “kast teorisi” olarak ifade edilen anlayışa göre, kast için gerekli olan bilme, bir sözleşme ihlalinde yükümlülüğe aykırılıkla ilgili olmalı; haksız fiil alanında hukuki menfaatlerin ihlalinde ise buna izin verilmemesi, yani kurala aykırılık ile ilgili olmalıdır⁷⁸⁴. Kast teorisine göre zarar veren taraf, davranışın tüm koşullarını ve ayrıca kişinin kendi davranışını yükümlülük ihlali haline getiren hukuk normunu ve bunların belirli bir olaya yönelik olarak somut şekilde uygulanmasını bilmenin çifte gerekliliğinin sağlanması halinde sorumludur. Kastın hukuka aykırılık bilincini de gerektirdiği görüşüne göre zararlı sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesi yeterli olmaz hukuka aykırılığın da fail tarafından bilinmesi ve istenmesi ya da en azından kabullenilmesi gerekir. Böylece kastın hukuka aykırı neticeyi tasavvur etmek ve bu neticeyi gerçekten irade etmek olmak üzere iki unsuru vardır⁷⁸⁵. Hukuka aykırılık bilinci yoksa, hukuka aykırılıkla ilgili hatanın önlenabilir olup olmadığına bakılmaksızın kast sorumluluğu kesinlikle ortadan kalkar⁷⁸⁶. Bununla birlikte, medeni hukukta da kınanabilir bir emir veya yasak hatası, kusuru ortadan kaldırmaz, aksine ihmal şeklinde kusuru tesis eder⁷⁸⁷.

Ceza hukukunun kusur teorisinin medeni hukukta da esas alınmasını savunanlar bulunmaktadır. Kast için, hukuka aykırılık bilincinin bulunmasını zorunlu görmeyen bu görüşe göre, failin kasten hareket ettiğinin kabulü için, zararlı sonucun meydana geleceğinin tasavvur edilmesi ve bunun istenmesi yeterlidir. Bu bakış açısı için önemli olan, aynı durumdaki makul bir kişi için mümkün olmasına rağmen, vicdansızlığı,

ss. 2111-2129, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/60298/879287>, (Erişim. T. 14.11.2022), s. 2112 vd.

⁷⁸³ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, Rn. 8.

⁷⁸⁴ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, kn. 8. **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 15.

⁷⁸⁵ **TANDOĞAN**, s. 47 vd.; **KOLLER**, § 48, pn. 48; **ERDOĞAN**, s. 125; **SAKA**, s. 446; **OĞUZ**, s. 196; **KAHRAMAN**, s. 410; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.34; **KANETİ**, s. 666.

⁷⁸⁶ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 48.

⁷⁸⁷ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 13; **KOLLER**, § 48, pn. 48.

pervasızlığı veya düşüncesizliği nedeniyle kendi eylemlerinin haksızlık teşkil ettiğini bilmeyenlerin kast sorumluluğundan kurtularak ayrıcalık elde etmelerinin önlenmesidir⁷⁸⁸. Bu görüş esas olarak medeni hukukun anlayışına uymaz. Ceza hukukunda kusur teorisi, ilke olarak bireysel hukuki ihmalin tespiti amacıyla failin kasten işlenebilen suç çerçevesine göre cezalandırılmasını sağlar. Medeni hukuk sorumluluğu, kast ve ihmalin sonuçlarını ayırmaz ve kusur suçlamasını genelleştirir. Bu nedenle, burada sonuca neden olmanın hukuka aykırı olduğunun bilincinde olunmasını kast olarak gören kast teorisi kabul edilir. Bu teoriye göre kast, tıpkı ihmal gibi bir kusur biçimidir⁷⁸⁹.

Hem karşılaştırmalı hukukta hem hukukumuzda görülen kusura ilişkin farklı bu iki anlayış sebebiyle, hukuk hakiminin yargısının ceza hukuku yargılaması ile ilişkisini düzenleyen TBK m. 74'te zarar verenin kusurunun olup olmadığı hakkında karar verirken ve yine aynı şekilde ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ilişkin kararı karşısında hukuk hakiminin bağımsız olduğu düzenlenmiştir. Ceza mahkemesinin salt ihmal bulgusu, hukuk hakiminin kastı kabul etmesini engellemez⁷⁹⁰.

Kast ile ilgili olarak Türk hukukunda yer yer değinilmiş fakat ayrıntısına girilmemiş olan bir husus, kastın doğal anlamı ve normatif anlamıdır. Doğal kast ve normatif kast ayrımını kabul eden bir görüşe göre doğal anlamda her kasıtlı davranış kusurlu bir davranış anlamına gelmez. Doğal kast, sadece failin farklı bir karar vermesi ve dolayısıyla farklı davranmasının beklenebildiği durumlarda kusurlu bir davranış teşkil eder. Sorumluluk bakımından önem taşıyan, kasıtlı davranışın kusurlu da olmasıdır. Bu durum normatif kast olarak adlandırılır. Doğal kastın varlığına rağmen maddi cebire varmayan zorlama, korkutma veya tahrik nedeniyle kusur ortadan kalkabilir veya derecesinde azalma olabilir⁷⁹¹. Yanılma da doğal anlamda kastı dışlar, ancak ihmale dayalı sorumluluk bulunabilir⁷⁹².

⁷⁸⁸ **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 49.

⁷⁸⁹ **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 649.

⁷⁹⁰ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 154.

⁷⁹¹ **AEBl**, s. 96; **ERDOĞAN**, s. 131; **GÜVEN**, s. 588.

⁷⁹² **AEBl**, s. 96. Kusuru kaldıran özel mazeret nedenleri medeni hukukta tanınmamakla birlikte, borçlunun somut durumda doğru davranması makul bir şekilde kendisinden beklenemiyorsa, kusur genellikle reddedilir. Bu bağlamda hem olgusal koşullarla ilgili hata hem de hukuk (yasak) hatası kastı dışlar. Hata kaçınılabilir idiyse, ihmal sorumluluğu geçerlidir, hata kaçınılmaz idiyse, kusura dayalı

Doğal kastın bulunup bulunmadığı hukuki bir değerlendirmeden çok bir gerçekliğin araştırılmasına dayanır. Normatif kast ise tam anlamıyla hukuki bir değerlendirmeye ihtiyaç duyar. Zorlamaya, korkutmaya çok güçlük de olsa ya da tam aksine kolay bir şekilde karşı konulup konulamayacağı; tahrik karşısında kendine hakim olmanın mümkün olup olmadığı; bir yanılma durumunda bunun mazur görülüp görülemeyeceği kanaatimizce sahip olunan kusur anlayışına göre kendi içerisinde tutarlı olarak cevaplanması gerekir⁷⁹³. Öğretide sübjektif kusur görüşü veya objektif kusur görüşünün pratik öneminin sadece ihmal açısından bulunduğu; kast bakımından ise hangi görüş savunulursa savunulsun kişinin makul özene uygun davranmama yönündeki iradesini net olarak ortaya koyduğu ve bu sebeple ayrı bir değerlendirmeye gerek ve yer bulunmadığı; bilerek ve isteyerek hareket eden kişinin her durumda kusurlu olduğu belirtilmektedir⁷⁹⁴. Diğer deyişle kastın sadece sübjektif bir değerlendirmeyi ifade ettiği düşünülür. Halbuki benimsediğimiz objektifleştirilmiş kusur teorisine göre biz objektifleştirmenin sadece ihmal alanında değil kast alanında da gerçekleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kusurun objektif yönü bakımından kast ve ihmal arasında bir fark bulunmamaktadır⁷⁹⁵. Kasta dayanan kusurun değerlendirilmesi, kusurun kasıtlı olup olmadığının belirlenmesi ile değil, zarara yol açan kasıtlı davranışın kusurlu olup olmadığının belirlenmesi ile gerçekleşir. Davranışın kusur değeri, aynı durumdaki zararı isteyerek gerçekleştiren dürüst ve basiretli bir kişinin göstermesi gereken tavırdan ayrılıp ayrılmadığına göre belirlenir⁷⁹⁶. Böylece doğal kast ve normatif kast ayrımından yararlanılarak doğal kastla gerçekleştirilen davranışın kusur değerinin, normatif kasta kadar genişleyerek ağır kusur niteliği taşıyabileceği veya hafif kusura kadar daralabileceği kabul edilebilecektir. Bu kabulde, klasik olarak ifade edilen hafif ihmalin sadece hafif ihmalden ibaret olduğu, ağır kusurun ise kast ve ağır ihmalden oluştuğu savına karşı çıkılmaktadır. Doğal kastla gerçekleştirilen davranışın normatif değerini

sorumluluk düşer. Hukuk hatası durumunda, mazur görülebilirlik konusunda borçlunun, yüksek mahkeme içtihatlarını dikkate alarak hukuki durumu incelemiş olması gibi katı gereklilikler aranmalıdır, bkz. **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 14, 21, 30.

⁷⁹³ Doğal kast – normatif kast ayrımına girmeden ayırt etme gücünü soyut yüklenebilirlik olarak kabul eden görüşe göre ayırt etme gücü bulunmayanlar da kasten hareket edebilir. Ancak onların kasti davranışı kendilerine yüklenemez olduğundan kusurlu oldukları sonucuna varılamaz. Dolayısıyla tek başına kast veya ihmal kusur teşkil etmez; bunun için yüklenebilirlik ile tamamlanması gerekir. Bkz. **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 20.

⁷⁹⁴ **BAYSAL**, HFH, pn. 2.22, 2.23.

⁷⁹⁵ **CUENDET**, kn. 188.

⁷⁹⁶ **CUENDET**, kn. 188.

belirlemek için, soyut davranış modeli ile kusuru araştırılan kişinin mevcut davranışının karşılaştırılması gerekir. Verili koşullar altında model tipinin zorlamaya, korkutmaya karşı koyamayacağı; tahrik karşısında kendine hakim olamayacağı bir vaziyet olduğu söylenebiliyorsa kusuru araştırılan kişinin de doğal kastı bulunsa bile davranışı bu ölçüden sapmamış ise ona kusur isnadı yapılamayacağı söylenmelidir. Güçlkle de olsa karşı koyabileceği, kendisine hakim olabileceği söylenebiliyor olmasına rağmen somut davranışın faili bu kadar sağduyulu olamayıp bundan küçük bir sapma göstermiş ise doğal kastla işlenen bu davranışın normatif değerinin hafif kusurlu olduğu söylenmelidir. Buna karşın model tipin kolaylıkla zorlama veya korkutmaya karşı koyabileceği; tahriklere karşı kendisine rahat bir şekilde hakim olabileceği söylenebiliyorsa o koşullar altında sağduyu göstermeyerek bu model davranıştan büyük bir sapma gösteren kişinin davranışının ağır kusurlu olduğu ve doğal kastla gerçekleştirdiği bu davranışında normatif kastın da bulunduğu söylenmelidir. Bu değerlendirmede referans alınacak model tipin belirlenmesinde somut davranışta bulunan kişinin sübjektif nitelikleri kendisinden soyutlanacak ve genelleştirilecektir. Örneğin yaş küçüklüğüne dayanan fiziksel ve psikolojik güçsüzlük, korkaklık, heyecan gibi nitelikler o yaş grubuna dahil olan ortalama bir kişiye göre ölçülerek genelleştirilecektir. Bir tehdit tesiri altında ancak kasten yapılan davranışın kusur değeri, kişinin sübjektif nitelikli heyecan ve korkaklık haline göre değil kendi koşullarındaki ortalama bir kişinin o tehditten ne kadar etkileneceğine göre değerlendirilecektir. Bu değerlendirmenin sonucunda kusurun değerinin, en ağır ve en hafif kusur arasında bir yerde bulunması mümkün olabilecektir⁷⁹⁷.

Bunun dışında ayrıca mevcut davranışın hangi saiklerle gerçekleştirildiği önem taşımaz⁷⁹⁸. Örneğin sefalet içindeki bir kimsenin aç kalan çocuklarının hayatta kalması için hırsızlık yapması durumunda, çocukları hayatta tutma saikinın kastı ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir⁷⁹⁹. Kanaatimizce yukarıda açıkladığımız gibi bu örnekte de çalma fiili bakımından doğal kastın bulunduğu kabul edilmeli ancak davranışın kusur

⁷⁹⁷ Koller'in, "Kasıt söz konusu olduğunda kanunun kusur dereceleri arasında ayırım yapmadığını, ancak hukukun uygulanmasında ve özellikle tazminatın belirlenmesinde (OR n. 43 ve devamı), her kasıtlı eyleme aynı ağırlık verilmemelidir" (bkz. **KOLLER**, § 48, pn. 44), şeklindeki ifadelerinin izah etmeye çalıştığımız teorik temele oturtulabileceği kanaatindeyiz.

⁷⁹⁸ Krş. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 445; **TANDOĞAN**, s. 48; **ERDOĞAN**, s. 124.

⁷⁹⁹ **SCHWARZ**, s. 110; **OĞUZ**, s. 199.

değeri ayrıca takdir edilmelidir. Eğer sefalet hali, savaş, deprem, iç çatışma gibi bir sebepten ileri geldiği için ortalama soyut tipin de hayatta kalma saikine karşı koymasının çok güç olması söz konusu ise çalma fiilinin kusur değerinin hafif olduğu veya kusursuz bir fiilin bulunduğu söylenmelidir. Yok eğer sefalet hali, kişinin tembelliği, boşvermişliği, savurganlığı gibi sebeplerden ileri geliyorsa ortalama soyut tipten beklenen davranıştan ağır derecede sapma söz konusu olacağı için hayatta kalma saiki ile yapılsa bile bu saik, çalma fiilinin kusur derecesinin en ağır seviyede tespit edilmesini engellemeyecektir.

1. Doğrudan Kast

Kastın alışlagelmiş şekilde yapılan incelemesi, onun türleri olan doğrudan ve dolaylı kastın incelenmesidir. Bu türler kastın bilme ve isteme unsurlarının yoğunluğuna göre belirir. Bilme unsuru, zararlı sonucun fail tarafından tasavvur edilmesini, tasarlanmasını, bilincinde olunmasını; isteme unsuru ise, bu sonucun fail tarafından istenmesini ya da göze alınmasını ifade eder.

Failin tasavvur ettiği zararlı sonucu açıkça ve doğrudan isteyerek hareket etmesi, doğrudan kast olarak isimlendirilmektedir⁸⁰⁰. Doğrudan kast (dolus directus) durumunda, davranışta bulunan kişi sonucu, eylemlerinin zorunlu (kesin) bir neticesi olarak öngörmekte ve yükümlülüğünü ihlal ettiğini bilmesine rağmen yine de hareket etmektedir⁸⁰¹.

2. Dolaylı Kast

Dolaylı (ihtimali) kast, davranışta bulunanın neticeyi istememekte ancak onun gerçekleşmesini hesaba katmakta ve bunu uygun görerek doğabilecek sonuçları göze almakta olmasıdır⁸⁰². Buna göre, dolaylı kastta fail, sonucun meydana gelme ihtimalinin

⁸⁰⁰ ERDOĞAN, s. 126; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 158; GÜVEN, s. 586; OĞUZ, s. 197; KAPANCI, Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 27, (doğrudan kasttan farklılaşan özel kast kavramı için bkz. atıf konusu eser s. 27 vd.); UYUMAZ, s. 526; KAHRAMAN, s. 410.

⁸⁰¹ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 17; FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 648; SAKA, s. 446.

⁸⁰² ERMAN/WESTERMANN, § 276, Rn. 7; JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 18; FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 648; TANDOĞAN, s. 47; TUNÇOMAĞ, s. 262; ERDOĞAN, s. 126; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 158; SAKA, 446; GÜVEN, s. 586; OĞUZ, s. 197; KAPANCI, s. 27 vd.; KORKMAZ, 63-64; KAHRAMAN, s. 410; BAYSAL, HFH, pn. 2.39.

farkında olup meydana gelebilecek muhtemel sonuçları göze almaktadır. Sonucun istenmiş veya amaçlanmış olması gerekli değildir; onaylanması veya uygun bulunması yeterlidir⁸⁰³. Eğer fail sonucun gerçekleşmeyeceğine veya onu önleyebileceğine ciddi olarak güvenirse o zaman kastın varlığı reddedilebilir. Bununla birlikte fail, zarar olasılığına gözlerini kapatırsa veya sonucun gerçekleşme riskini kontrol etmeden “rastgele” hareket ederse kast kabul edilecektir⁸⁰⁴. Örneğin, miras bırakanın X'e sattığı ve terekede bulunan bir resmin, beğenmediği için mirasçı tarafından imha edilmesi halinde eğer o, borcu biliyorsa veya en azından borç ihtimalini hesaba katmış ve borcun ihlalini kabullenmişse, kasten hareket etmiş olur⁸⁰⁵.

Gerekli yetkinliği haiz olmadığını bildiği halde bir ameliyata kalkışan cerrahın bizatihi üstlenme kusuru söz konusudur ve kusurunun dolaylı kast derecesinde olduğu belirtilmektedir⁸⁰⁶.

Bilinçli ihmal ile dolaylı kastı birbirinden ayırt etmek zor olmakla beraber dolaylı kastta zararın meydana gelmesi göze alınırken, bilinçli ihmalde zararın meydana gelmeyeceğinin umulması gibi ince bir ayrım vardır. Bu ayrımın önem taşıdığı nokta, ahlaka aykırılık nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için kusurun kast derecesinde olmasının gerekmesidir⁸⁰⁷.

3. Kastın Belirlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar

Davranışta bulunan, fiilini çeşitli saiklerle yönlendirmiş olabilir. Değerlendirmeye tabi tutulduğunda bu saikler yüce bir amaca veya ahlaken hoş görülebilir hususlara ilişkin olabilir. Ancak hukuka aykırı sonucun bilerek ve istenerek gerçekleştirildiği tespit olunmuşsa ahlaken hoş görülebilir saikler veya korkutma gibi dış etmenler, kastın ve zorunluluk hali teşkil etmediği sürece hukuka aykırılığın düşmesini sonuçlamaz⁸⁰⁸.

⁸⁰³ MüKoBGB/WAGNER, BGB § 823, kn. 47.

⁸⁰⁴ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 15.

⁸⁰⁵ KOLLER, § 48, pn. 48.

⁸⁰⁶ GÖNÜL KOŞAR, s. 181. Benzer yönde REİSOĞLU, s. 173; UYUMAZ, s. 527.

⁸⁰⁷ BAYSAL, HFH, pn. 2.39. Ahlaka aykırı fiil nedeniyle sorumluluk için doğrudan kastın bulunması gerektiği yönünde bkz. SCHWARZ, s. 109.

⁸⁰⁸ von TUHR/PETER, §47, I, s. 429; KOÇİSARLIOĞLU, s. 445; TANDOĞAN, s. 48; GÜVEN, s. 588; KORKMAZ, s. 65; KAHRAMAN, s. 412.

Ancak yukarıda değinildiği üzere bize göre bu hallerde kast düşmeyecek olsa da kusurun ağırlığında hafifleme olabilir⁸⁰⁹.

Kastın unsuru olan bilmenin kapsamına hukuka aykırılığın da girip girmediği tartışmalıdır⁸¹⁰. Hukuka aykırılık bilinci olmadan kastın gerçekleşmeyeceğini kabul eden görüşe göre⁸¹¹ hukuki durumda yanılğı, kastı kaldırır. Yani kastın varlığı için bir mutlak ya da nisbi hakkın ihlal edildiği bilinmelidir. Diğer görüşe göre ise önemli olan zararlı sonucun bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir; failin davranışının hukuka, ahlaka veya akde ayrılık teşkil ettiğini bilmemesi, kastın varlığını ortadan kaldırmaz⁸¹². Biz, hukuka aykırılık bilincinin de kastın varlığı için gerekli görülmesinin kastın doğasına daha çok uyduğu kanaatindeyiz.

Fiili durumda yanılğıya düşülmesinin ise kastı ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Örneğin, kişinin başkasına ait malı kendisinin zannederek ona zarar vermesi durumunda ya da kişi haklı savunma durumunda olduğunu düşünerek zarara sebebiyet vermişse kasten davranmış sayılmaz⁸¹³. Ancak, failin beklediği veya mümkün gördüğü nedensellik sürecinden sapmalar, eğer bu sapmalar genel yaşam tecrübesine dayanarak öngörülebilir sınırlar içinde kalıyorsa ve davranışın farklı bir şekilde değerlendirilmesini haklı kılmıyorsa, kastın ortadan kaldırılması bakımından önem taşımaz⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Ancak eğitimleri ve konumları gereği tehlikeli durumlarda bile soğukkanlılığını koruması gereken kişiler tarafından bu tür psikolojik gerekçeler ileri sürülemez. Ağır ihmal yönünden benzer değerlendirme için bkz. **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 106.

⁸¹⁰ Bu tartışmanın temeli, ceza hukukunun kast ve kusur konusundaki medeni hukuktan farklı olan yaklaşımıdır. Ceza hukuku öğretisinde kast, suçun manevi unsurunu teşkil ederken, kusur bu tipikliğin dışında ve cezalandırılabilme ile ilişkilidir. Ceza hukukunda haksızlık yanılğısı denilen ve tipikliğin maddi şartlarına değil de hukuki sonuçlarına ilişkin olan bilgisizlik veya yanlış bilgi hali, kastı ortadan kaldırmaz. Ancak bu konudaki kaçınılmaz bir yanılğı, kusuru kaldırır. Bkz. **TURABİ**, s. 288. Medeni hukukta ise kast, kusurun bir türü olarak görüldüğünden genellikle hukuka aykırılık bilincinin olmamasının kastı ortadan kaldıracağı, ancak ihmal cinsinden kusurun bulunabileceği söylenmektedir.

⁸¹¹ **SCHWARZ**, s. 110; **von TUHR/PETER**, §47, I, s. 428. **TANDOĞAN**, s. 48; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, kn. 158; **EREN**, s. 601; **TUNÇOMAĞ**, s. 263.

Alman medeni hukukunda da bu sonucu kabul eden ve kast teorisi olarak isimlendirilen görüş hakimdir, bkz. **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, kn. 8; **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 17; **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 13; **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, kn. 649.

⁸¹² **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 49; **ÜNAL**, s. 419; **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 446; **NARTER**, s. 427; **KILIÇOĞLU, M.**, s. 141.

⁸¹³ **SCHWARZ**, s. 110; **OĞUZ**, s.198; **KORKMAZ**, s. 66; **EREN**, s. 601; **TUNÇOMAĞ**, s. 263; **KAHRAMAN**, s. 411. Doğal olarak böyle bir vaziyette çok defa ihmal bulunacak ve bu yüzden zararı tazmin mükellefiyeti doğacaktır, **GÜVEN**, s. 587.

⁸¹⁴ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 12.

Verilen zararın türünün ve kapsamının ya da kimi hedef aldığına kastın bilme unsurunun içinde olması gerekmez. Failin tüm zararları değil zarar riskini öngörmesi ve bunu en azından kabullenmesi yeterlidir. Davranışa nedensellik bağı ile bağılı olan bütün sonuçların, giderilmesi gereken bütün zararların önceden bilinmesine gerek olmadığı, ortaya çıkan zararlardan sorumluluğun sınırlandırılmasının bu takdirde uygun illiyet bağının işlevi olacağı genellikle kabul edilmektedir⁸¹⁵. Diğer bir deyişle, failin esas arzu ettiği zararın yanında başka zararların da meydana gelmiş olması, sırf tüm sonuçlar tasarlanmadı diye kastı ortadan kaldırmaz. Fail, kastı nedeniyle tüm bu zararlardan da sorumlu olur⁸¹⁶. Kastın varlığının kabulü için zarar görenin kimliğinin bilinmesi gerekmez; zarar görenin dahil olduğu çevreden birinin zarar görebileceğinin bilincinde olunması yeterlidir.

C. İHMAL

İhmal, Lex Aquilia'nın (MÖ 286) yorumlanmasında ortaya çıkmıştır. Orada *damnum iniuria datum*⁸¹⁷ ile belirtilen sorumluluk nedeni, daha sonra *neglegentia* olarak anıldı. *Neglegentia*nın zıttı ise, ilk somut modellemesi *diligens pater familias* olan *diligentia* idi. Roma hukukunun iktibasıyla birlikte *neglegentia*, Alman hukuk alanına alınmış ve daha sonra ihmal olarak anılmıştır⁸¹⁸.

⁸¹⁵ SCHWARZ, s. 109; OĞUZ, s. 197; GÜVEN, s. 587; NARTER, s. 427; UYUMAZ, s. 527.

Common law hukuk sisteminden etkilenen bir görüşe göre istenilmiş sonuç hiçbir zaman çok uzak sayılmaz. Buna göre fail zararlı sonuca kasten sebep olmuşsa uygun nedensellik bağı içinde kalmayan ancak doğal nedensellik içinde bulunan zararlardan da sorumlu olmalıdır. Arzu ettiği zararlı sonucu fiili neticesinde meydana getiren kişi, hayatın olağan akışına uygun olmadığı ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır. (Görüş taraftarları için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.2, s. 57, dn. 144'te belirtilen yazarlar.) Örneğin A, B'nin arabasını devirmek için yoluna taş koysa ve bunu sağlamaya büyüklüğü elverişli olmayan taş B'nin dikkatini dağıtarak arabanın devrilmesine yol açsa A, bu sonuçtan sorumlu tutulur. Diğer bir görüşe göre ise uygun nedensellik bağının bulunmamasına rağmen sorumluluğun doğacağını kabul etmek, hukuk güvenliği ilkesine ters düşmektedir. Kastın varlığı halinde uygun nedensellik bağının kapsamı daha geniş değerlendirilmek suretiyle bu sorun aşılabılır. Uygun nedensellik bağından ayrılmayı gerektiren bir sonuca varmaya gerek bulunmamaktadır. Görüşler hakkında bkz. GÖNÜL KOŞAR, s. 185.

⁸¹⁶ KAHRAMAN, s. 411.

⁸¹⁷ *Damnum iniuria datum*, yani hukuka aykırı olarak mala verilen zarar haksız fiili, tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte M.Ö. III. yy.'da çıkarıldığı tahmin edilen bir plebiscitum olan Lex Aquilia'da düzenlenmiştir, bkz. ÖCAL, s. 346-347.

⁸¹⁸ DEUTSCH, Erwin, "Die Fahrlässigkeit Als Außerrachtlassung Der Äußerer Und Der Inneren Sorgfalt." *JuristenZeitung* 43, no. 21 (1988): 993-996; <http://www.jstor.org/stable/20819607>, (Erişim T. 01.06.2023), ss. 993-996, s. 993.

Doğal olgu bakımından ihmal, istemeden, kastetmeden⁸¹⁹ hukuka aykırı bir neticeye sebebiyet vermektir. Bu şekilde kasıtsız sonuca neden olma, eğer önlenebilir idiyse sorumluluk doğurucudur ve ancak o zaman ihmal olarak kabul edilir. Hukuka aykırı bir sonucun öngörülemeyen ve kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıkmasından kimse sorumlu tutulmaz. İhmalde kişinin hareket tarzının hukuk düzenince uygun bulunmamasının sebebi, olayın hal ve koşulları altında işlerde hakim olan anlayışa göre göstermesi gereken dikkati ve özeni göstermemesi suretiyle hukuka aykırı sonuca sebep olmasıdır⁸²⁰. Dolayısıyla ihmalde zararlı sonucun doğmasını önleme için somut olayın koşulları dahilinde gerekli tedbirler alınmamakta; bu tedbirlerin alınması hususunda özensiz davranılmaktadır⁸²¹. Sonuçta ihmal analiz edilirken onun temel içeriği olan özen (eksikliği) kavramıyla karşılaşılmaktadır⁸²².

1. İhmalin Merkezinde Yer Alan Özen Kavramı ve Özenin Farklı İşlevleri

Özen kavramının borçlar hukuku alanında temel işlevleri birkaç başlık altında toplanabilir. Kusursuz sorumluluk bağlamında objektif özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi esasına dayanan olağan sebep sorumluluğunda özen, sorumluluğu kurma fonksiyonuna sahiptir. Burada sorumluluğun bağlandığı hukuki olgu, objektif özen veya gözetim yükümüne aykırılıktır⁸²³.

Özen, hukuka aykırılık ve sözleşme ihlalini belirleme konusunda da işleve sahiptir. Örneğin kiracının kiralananda muslukları açık bırakması ve su taşkınına neden olması;

⁸¹⁹ Kasti olmayan kusurda irade, zarara yönelik değildir. İrade, zarara yol açan olaylar zincirinde çok daha öncelere gitmektedir. Kusurlu kişi, seçme olanağına sahipti ve doğru olanı seçerek olayların zararlı sonuca doğru akıp gidişini önleyebilirdi. Davranışta bulunanın iradesinin henüz seçim yapabileceği yol kavşağında bu seçimi yapmamış olması, ihmalkarlık veya tedbirsizliğe dayalı olarak sorumlu olması için yeterlidir, bkz. **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 372, dn. 1767.

⁸²⁰ **VON TUHR/PETER**, §47, II, s. 429; **TANDOĞAN**, s. 48-49; **ERDOĞAN**, s. 127; **KORKMAZ**, s. 69; **BAŞPINAR**, s. 213; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 81; **NARTER**, s. 427; **KAHRAMAN**, s. 412; **SANLI, Kerem Cem**, İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 99-131, <https://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/2008C.14S.4/99-131.pdf>, (Erişim T. 12.01.2024), s. 101.

⁸²¹ **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 968; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 494; **REİSOĞLU**, s. 172; **SAKA**, s. 447; **ÜNAL**, s. 419; **GÜVEN, O. Sabri**, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1982, C. 8, S. 1-2, ss. 154-186, (Kıs. **GÜVEN, II**), <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/ya/ocak1982.pdf>, (Erişim T. 09.01.2024), s. 154; **OĞUZ**, s. 199; **EREN**, 601; **TUNÇOMAĞ**, s. 263; **UYUMAZ**, s. 528; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.40.

⁸²² **WALDVOGEL, Marvin**, Die Haftung des Vereinsvorstands für grobe Fahrlässigkeit, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 526, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2021, s. 70; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 52; **GÜMÜŞ**, s. 58; **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 23.

⁸²³ **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 1365.

kiralanan dükkanın tavanına kadar demir yığması; kiralanan otelde fuhuş yaptırarak otelin emniyetçe kapatılmasına sebep olması kiralananı özenle ve özgüleme amacına uygun kullanma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder⁸²⁴. Benzer şekilde kiracı, kiralananın iyi bir durumda muhafazası için özen göstermek, örneğin kiraladığı aracın olağan temizlik ve bakımını yapmak, güvenlik önlemlerini almakla yükümlüdür. Ürün kirasının sona ermesinin sonuçlarını düzenleyen TBK m. 372 hükmüne göre de kiracı, kiralananı bütün eşyalarla birlikte ve bulundukları durumda geri vermekle yükümlüdür. Ancak kiracı iyi işletilme durumunda kaçınılabilecek olan değer eksiklikleri için tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur (TBK m. 372/3). Bütün bu hallerde takip edilebileceği gibi özen yükümü, sözleşmenin içeriğini belirlemekte ve ihlali de sözleşmenin ihlali anlamına gelmektedir. Zarar, uygun illiyet bağı ve kusurun da gerçekleşmesiyle sorumluluk için gerekli olan diğer unsurlar tamamlanmaktadır. Sözleşmesel bir yükümlülük olarak özen yükümünü ihlal eden borçlunun kusuru ise kast veya ihmal türünde olabilir. Çalışmamızın ilerleyen bölümünde sözleşmesel kusur bahsinde, sözleşme ihlali ile kusurun birbirinden ayrılmasındaki güçlük sorunu üzerinde duracağız.

Özen kavramının en önemli olan ve çalışma konumuz bakımından da temel arz eden işlevi, ihmal tarzındaki kusurun belirlenmesidir. Kusurun açıklanmasına yönelik olarak yukarıda yer verdiğimiz teorilere göre benimsenen anlayış, kişinin ihmalinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken ondan istenecek olan özen için belirleyicidir. Ancak hangi görüşe sahip olunursa olunsun ihmal, daima bir özen eksikliğini, dikkatsiz ve özensiz davranışı içinde barındırır⁸²⁵. Bir çıkarım olarak özenin başlangıçta borçlunun belirli bir dış davranışını değil, borçlunun tehlikeden uzak güvenli bir şekilde davranmasını ve taahhüt ettiği amaca ulaşması için sahip olması gereken bir özelliğini ifade ettiği düşünülmektedir⁸²⁶. Bir borçlu niteliği olarak özen ile borçlu olunan davranış arasındaki yakın bağlantı “özenli” ifadesinin, davranışların ve bunun neticesinde ortaya çıkan sonucun değerlendirilmesi için de kullanılmasına yol

⁸²⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 275.

⁸²⁵ KILIÇOĞLU, M., s. 142; BAYSAL, HFH, pn. 2.41.

⁸²⁶ OSWALD, Christoph, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1988, s. 44; FELLMANN, Walter, “Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht”, HAVE, Schulthess Verlag, Zürich 2016, ss. 95-101, s. 96.

açmıştır⁸²⁷. Örneğin, avukatın ajandasına son teslim tarihlerini girmesi, doktorun resüsitasyon cihazının işlevselliğini düzenli olarak kontrol etmesi veya bankanın her olayda imza yetkisini kontrol etmesi (dışarıdan bakıldığında) özenli olarak kabul edilir⁸²⁸.

Kanun koyucu özenin tanımını yapmamıştır. Kanunda böyle bir tanıma yer vermek esasen zamana, sosyal ve teknolojik gelişmelere göre kanun metnini sürekli değiştirme gerekliliğini ortaya çıkarırdı. Dolayısıyla özen kavramının anlamı, içeriği ve kapsamı yorumla belirlenecektir⁸²⁹.

a. Dış Özen, İç Özen ve Üstlenme Kusuru (Başlangıçtaki İhmal)

Kusurun bir türü olan ihmalin açıklanmasında merkezi bir yer tutan özen için, Türk hukukunda yaygın olarak başvurulmasa da Alman hukukunda dış ve iç özen kavramları kullanılmaktadır. Özen kavramının her iki yönün de vurgulanması, medeni hukukta yeknesak bir özen kavramını sürdürmek için gerekli görülmektedir⁸³⁰. Buna göre özen, bir hal veya durum değil bir davranıştır. Bu itibarla, onun bir dış tarafı ve bir de iç tarafı vardır. Dış tarafla birlikte özen, görünüşler dünyasına girer ve değerlendirilebilir hale gelir. Özenli veya özensiz davranışın dışa yansıyan tarafı, üçüncü kişilerin tepkilerine yol açar⁸³¹. Dış özen ile borçludan, benzer durumlarda dikkatli, makul ve mantıklı kimselerin gösterdiği davranış tarzını sergilemesi istenmektedir⁸³².

Alman hukukunda erken bir evrede davranışın dış yönünü, özel bir düşünme ve isteklilik biçimi olan çaba ve irade gücünden ayırıştıran Brodmann, Leonhard ve Heck olmuştur⁸³³. Dış ve iç özen terimleri tartışmaya ceza hukukçusu Engisch tarafından dahil edilmiş ve daha sonra medeni hukuka uyarlanmıştır⁸³⁴.

Dış özen kavramı, özenin ihlalini dış bir davranışta arar. Buna göre dış alemde tasvip edilmeyen bir sonucu engellemeyen kimse, özene aykırı hareket etmiştir. Bu anlamda

⁸²⁷ OSWALD, s. 45.

⁸²⁸ FELLMANN, s. 96. Krş. DEUTSCH, s. 994.

⁸²⁹ BAŞPINAR, s. 123.

⁸³⁰ DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 903.

⁸³¹ DEUTSCH, s. 995.

⁸³² GAUCH, Peter, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, AISUF, 2013, Band/Nr. 331, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, ss. 172-206, pn. 263; BAŞPINAR, s. 172.

⁸³³ Adı geçen yazarların ilgili eserleri için bkz. DEUTSCH, s. 994, dn. 8.

⁸³⁴ DEUTSCH, s. 994; GÜMÜŞ, s. 48, dn. 196; BAŞPINAR, s. 173.

dış özen, genel anlamda uygun bir davranış veya norm tarafından öngörülen faaliyeti temsil eder⁸³⁵. Bedensel zarar gibi hukuki menfaatlerle ilgili bir durum söz konusu ise dış özen, hukuki menfaate yönelik uygun davranış anlamına gelir. Bu, genel olarak hukuki menfaatlere yönelik tehlikeden kaçınmayı veya yaratılan tehlikeli durumda eylemin doğru kontrolünü içerebilir⁸³⁶. Örneğin av sırasında avcı, yakın civarda bulunan komşusuna zarar vermemek için en yüksek çabayı harcamak zorundadır. Göstermiş olduğu bütün dikkate rağmen komşusunu yaralamışsa psişik değil ama dışa yansıyan davranışına bakılarak özenin ihlal edildiği ithamı yapılır. Çünkü onun davranışı salt dış yönden değerlendirildiğinde, tasvip edilmeyen bir sonucu önleyemediği görülmektedir⁸³⁷.

İç özen, hukuka aykırı olguların gerçekleşmemesini sağlamaya yönelik olarak borçlunun iç dünyasına ilişkin bir durumu ifade eder. Dış özenin dışa dönük davranış modelinin yerine entelektüel-duygusal bir süreci betimler⁸³⁸. Uygun davranışın bilgisi ve uygun davranmaya zihinsel bakımdan hazır olma şeklinde iki kısımdan oluşur⁸³⁹. Hukuki varlıklarla ilgili durumlarda bilginin konusu, izin verilen davranışın tehlikesi veya sınırlarıdır; davranış normları söz konusu olduğunda bilginin konusu, davranış yükümlülüklerinin kaynaklandığı koşullardır. Bu bağlamda iç özen, kural olarak dış özenin sağlanması için bir ön koşuldur⁸⁴⁰. Burada akıl gücünün bir noktada odaklanması ve psikolojik unsurların bir araya gelmesi söz konusudur. Genellikle bir kimsenin dikkatli, itinalı, uyanık, oluşu iç özeni ifade eder⁸⁴¹.

Alman hukuk öğretisinde kusur olarak ihmalin varlığının kabul edilmesi için, dış veya iç özenin ihlal edilmiş olmasının yeterli olup olmadığı (alternatiflik) veya her iki özen biçiminin de gözetilmesinin gerekip gerekmediği (kümülatiflik) konusunda uzun bir süre kararsız kalınmıştır. Medeni hukukta objektif olarak tiplenen ihmal incelemesinin altında yatan garanti fikri, her zaman iç özeni ortadan kaldırma isteğine yol açmıştır. Ancak iç özen dikkate alınmayacak olursa, ihmal için isnat edilebilirlik unsuruyla

⁸³⁵ DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 903; GÜMÜŞ, s. 48.

⁸³⁶ DEUTSCH, s. 995.

⁸³⁷ BAŞPINAR, s. 173.

⁸³⁸ GAUCH, pn. 263.

⁸³⁹ GÜMÜŞ, s. 49.

⁸⁴⁰ DEUTSCH, s. 995; GAUCH, pn. 263; GÜMÜŞ, s. 52.

⁸⁴¹ BAŞPINAR, s. 174.

çelişen bir durum oluşur⁸⁴². Yazarların çoğunluğu ve onu takip eden BGH kümülatifliği seçmekte ve hem iç hem de dış özen gösterilmemişse ihmalin bulunduğunu kabul etmektedir⁸⁴³. Özenin iki yönünden biri gösterilmiş ise ihmal yoktur. Dolayısıyla ifa hedefine ulaşılmışsa, borçlunun gerekli iç özeni gösterip göstermediği genellikle önemsizdir⁸⁴⁴. Buna göre dış yönden özenli davranma, kural olarak iç yönden özenli oluştan ileri gelse de bu mutlak bir prensip değildir⁸⁴⁵. Örneğin bir sürücünün, aracın bir arızasından dolayı hız yapamaması nedeniyle maksimum hızı geçememesi; yine bir sürücünün yola koşan bir çocuğun hemen önünde onu hiç fark etmeden fren yapması dış özene uygun davranışlardır.

Dış özene uygun bir davranış, iç özenden bağımsız olarak gösterilebilir olsa da dış özene aykırı bir davranış isnat etmek için aynı zamanda bir iç özen ihlali de gereklidir (kümülatiflik). Sürücünün bacağına kramp girmesi veya arabasını sürerken felç ya da bayılma nöbeti geçirmesi halinde, bu durum ilk başta iç özen ihlali olarak kendisine isnat edilmemelidir. Ancak yetenek ve yeterliliğini kontrol etmesini gerektiren bir durum varsa ve araç kullanmaya uygun olmadığını tespit ederse bu takdirde iç özeni de ihlal ettiğinden hareketle kusurlu olduğu söylenir⁸⁴⁶. Bu noktada özellikle iç özenin ihlalinde kendisini gösteren ve üstlenme kusuru olarak ifade edilen kavramın ilgi alanına girilir.

Üstlenme kusuru veya diğer bir adıyla başlangıçtaki ihmal durumunda, ihmal kararı daha önceki bir zaman noktasına intikal ettirilir. Borçlunun objektif olarak borçlu olunan edim için uygun olmadığını ve/veya bunun için gerekli nitelikleri gösteremediğini sözleşmenin akdedildiği sırada fark etmiş olması anlamında kusur öncelenmiştir⁸⁴⁷. Hiç olmayan veya artık sona ermiş bulunan kabiliyet dikkate alındığında, kişi, bir tehlike yaratmamalı veya her durumda böyle bir riski sürdürmemelidir. Borçlu, bir yükümlülüğü hiç yerine getiremeyeceğini ya da tam, doğru ve zamanında yerine getiremeyeceğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen bu yükümlülüğü taahhüt ederse ve daha sonra risk gerçekleşerek ifa engeli ortaya çıkarsa

⁸⁴² DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 903.

⁸⁴³ DEUTSCH, s. 994.

⁸⁴⁴ FELLMANN, s. 97.

⁸⁴⁵ OSWALD, s. 45.

⁸⁴⁶ DEUTSCH, s. 995.

⁸⁴⁷ FURRER/WEY, kn. 13.

borçlu kusurlu kabul edilir ve zarardan sorumlu tutulur⁸⁴⁸. Sözleşmenin kurulduğu sırada borçlunun, üstlenmedeki özensizliğini fiili olarak bilmesini/fark etmesini sağlayacak yetenek veya niteliklere sahip olup olmadığının önemli olmadığı, bu anlamda üstlenme kusuru için de objektifleştirilmiş bir ölçünün geçerli olduğu kabul edilmektedir⁸⁴⁹. Örneğin, iskan ruhsatı henüz alınmamış bir binanın kiraya verilmesinde, kiraya veren inşaatın bitirilmesinin kira sözleşmesinin başlangıcından sonraya sarkacağını ve iskan ruhsatı ile ilgili zorluklar nedeniyle projenin gecikebileceğini baştan bilmesi gerekiyorsa, kiracıya karşı sorumlu olur. Bununla birlikte kiracı, sözleşmenin kurulmasından önce (örneğin inşaat yetkililerinden) binanın zamanında tamamlanmasının beklenemeyeceğini öğrenmişse kiraya veren sorumlu olmaz. Kiracı bilgi sahibi olmamakla birlikte, örneğin kendi uzmanlığına dayanarak inşaatın gecikeceğini öngörmesi gerekiyorsa, bu durum sorumluluğu hafifletici bir faktör olarak dikkate alınabilir⁸⁵⁰.

Üstlenme kusurunda ihmal, büyük ölçüde iç özenin ihlaline indirgenmektedir. Farkına varmanın ve mesafe koymamanın entelektüel-duygusal süreci çok önemlidir. Ancak burada dış özenin de göz ardı edilmiş olması gerekir: tehlikeli bir faaliyeti üstlenen ve iç özene aykırı davranan kişi, rastlantısal olarak dış özene uygun davranırsa sorumlu olmaz. İç özene aykırı olarak üstlenme kusuru bulunsa bile dış özene uygun davranışın gerçekleştiği bir örnek, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda görülmüştür. Bu olayda sarhoş iken araç kullanan ve karşıt yönlerden gelen iki sürücü çarpışmıştır. Sürücülerden biri kendisine göre yolun sağından soluna doğru geçiş yapmış, karşı yönden gelen kamyon ise şeridinde kalmaya devam etmiştir. Şeridinde düşük hızda kalmaya devam eden sürücü esasen sarhoş olmasından dolayı diğer sürücünün ani manevralarına tepki verecek durumda değildi. Dolayısıyla bu olayda içsel özen ihlali, her iki sürücü tarafından gerçekleştirilmiş olsa da dış özen ihlali sadece

⁸⁴⁸ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 389; **KOLLER**, § 47, pn. 27. Üstlenme kusurunun kast veya ihmal düzeyinde olabileceği yönünde bkz. **NARTER**, s. 428.

⁸⁴⁹ **FURRER/WEY**, kn. 13.

⁸⁵⁰ **KOLLER**, § 47, pn. 28.

şeridini değiştirerek karşı yönden gelen aracın şeridine geçen sürücüde bulunmaktadır, diğerinde değil⁸⁵¹.

b. Talep Edilen Özenin Ölçüsü

Talep edilen özenin ölçüsü, başlangıçta sübjektif olarak tasarlanan kusurun daha sonra objektifleştirilmesi ile yakından ilgilidir. Kusurun objektifleştirilmesi esas olarak ihmalin objektifleştirilmesi, dolayısıyla özenin belirlenmesinde sübjektif kriterlerin dışına çıkılması suretiyle gerçekleşmiştir.

aa. Sübjektif Ölçü (Diligentia quam in suis)

Sübjektif ölçüt temelinde ihmale dayanan kusurun varlığı, yalnızca failin kişisel olarak, bireysel yeteneklerine ve zayıflıklarına göre hukuka aykırılıktan veya zarar vermekten kaçınabilecek olması durumunda kabul edilebilir. Söz konusu olayda bizzat failin kendisinin nasıl davranması gerektiği tespit edilir, ardından da bu davranışı ne ölçüde gösterip göstermediğine bakılarak ihmalinin derecesi tayin edilir⁸⁵².

Hem hukukumuzda hem karşılaştırmalı hukukta, sübjektif bir ölçü olarak kişinin kendi işlerinde gösterdiği özenin tanındığı görülmektedir⁸⁵³. Kişinin kendi işlerinde gösterme eğiliminde olduğu özen (diligentia quam in suis) için, her şeyden önce özellikle yakın kişisel ilişkilerde, örneğin ortaklık, evlilik, ebeveyn-çocuk ilişkisinde, sorumlu olunur. Bu durumda hakkaniyet, sorumluluğun bu ölçütle sınırlandırılmasından yanadır. Çünkü örneğin ortaklıkta diğer hissedarları kendiniz seçebilirsiniz, dolayısıyla onları, kendinize uymayan bir özen ölçütünü ihlal etmekle suçlayamazsınız. Evlilik ve ebeveyn-çocuk ilişkisinde doğal koşullar nedeniyle durum benzerdir. Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen, genellikle hafif ve ağır ihmal arasında orta bir yerdedir⁸⁵⁴.

İsviçre’de önceleri sübjektif olarak ele alınan kusur, Burckhardt’ın “diligens pater familias” ölçüsünü yeniden canlandırması ve zarar verici davranışın ortalama bir ölçü

⁸⁵¹ DEUTSCH, s. 995. Karar için bkz. BGE 84 II 292: “Kamyon sürücüsü alkollü olmasına rağmen kazadan sorumlu tutulamaz; yaklaşık 25 km olan hızı görüş mesafesine göre ayarlanmıştır. Çarpışmadan hemen önce sanığın arabasının far konisini görünce yavaşlayarak normal tepki vermiştir.”, s. 296.

⁸⁵² ERDOĞAN, s. 130.

⁸⁵³ TBK m. 628 hükmüne göre her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Aynı esas, Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 538/1 hükmünde de yer almaktadır.

⁸⁵⁴ FIKENTSCHE/HEINEMANN, kn. 653.

esas alınarak değerlendirilmesini savunmasından sonra İsviçre öğretisinde objektifleştirilmiş özen, öğreti ve uygulamada hakim konuma gelmiştir⁸⁵⁵. Objektifleştirilmiş ölçünün uyandırılmasının arkasına yatan genel fikir, subjektif yetersizlik riskinin, masum zarar gören tarafa değil, hakkaniyete uygun bir şekilde zarara neden olan kişiye atfedilmesi gerektiğidir⁸⁵⁶. Uygulanabilirlik yönünden daha avantajlı olması da hatırlanmalıdır.

bb. Objektif Ölçü

Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre ise kusurun objektif unsuru bahsinde açıkladığımız dışsal kıstaslar, soyutlanarak genelleştirilecek bazı içsel kıstaslar ile diğer durum ve koşullar dikkate alınarak belirlenecek soyut davranış modelinden sapma araştırılacaktır. Kural olarak ortalama bir insan zararlı sonuca neden olmayacaksa, yani durumun şartlarına göre hukuka uygun davranmak mümkün olmasına rağmen hukuka aykırı bir sonuca neden olunmuşsa davranış, ihmale dayanan kusurlu bir davranış olarak tanımlanır. Bu kapsamda kişinin imkan ve yetenekleri soyut davranış modeline ulaşmaktan uzaksa, o kendisinin yapabileceğinin en iyisini yaptığını ispatlamakla ihmal suçlamasından kurtulamaz⁸⁵⁷. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmeyerek model

⁸⁵⁵ FELLMANN, Verschulden, s. 348; GÜMÜŞ, s. 60; GÖNÜL KOŞAR, s. 49-50. Fellmann'ın şu değerlendirmesine burada yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz: "Oftinger'in ders kitapları aracılığıyla ve birkaç monografiyle teyit edilen Burckhardt'ın fikirleri daha yeni ders kitaplarına ve içtihat hukukuna girmiştir. Bu kaynaklarda Oftinger'in tanımları kural olarak "tel quel" (olduğu gibi/değişmeden) benimsenmiş ve böylece bu tanımlamalar sorumluluk hukukunun ortak malı haline gelmiştir. Genel olarak atıfta bulunulmaması, birçok yazarın, kullandıkları tanımlamaların Oftinger'e ve bu nedenle görüşlerinin aslında Burckhardt'ın 1903 tarihli makalesine dayandığının artık farkında olmadıklarını göstermektedir.", FELLMANN, Verschulden, s. 350.

Alman hukukunda da objektif ölçü kabul edilmektedir: "Subjektif ihmal kavramını destekleyenler, eğer objektif ihmal kavramını gözden düşürmek için düşüncesizce haksız fiil sorumluluğunu, kişisel olarak kınanabilir yanlış davranış sorumluluğu olarak yorumlarsa, o zaman bu bakış açısından, geleneği Roma antik çağına kadar uzanan (bonus pater familias) kodifikasyonun hemen öncesinde ortak hukukta hakim olan ve BGB'yi hazırlayanlar tarafından haksız fiil hukuku için de temel alınan ve son olarak §276 fıkra 2'de ifade edilen objektif ihmal kavramına ilişkin döngüsel akıl yürütmeye yenik düşerler... §276/2, ihmalin ne anlama geldiğini belirtir ve asırlık bir hukuk geleneğine karşılık gelen esasen objektif bir ölçüyü açıkça tanımlar", bkz. MÜKoBGB/WAGNER, BGB § 823, kn. 39. Ayrıca bkz. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 904.

⁸⁵⁶ KOLLER, § 48, pn. 17.

⁸⁵⁷ KOLLER, § 48, pn. 14; OĞUZ, s. 200; GÜMÜŞ, s. 62.

Yarg. 10. HD., E. 2007/6310, K. 2008/2821, T. 04.03.2008, "... İşçinin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, bu tedbirin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin böyle bir tedbirin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işveren, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeceği gibi bir düşünce ile almaktan çekinemeyecektir...", www.legalbank.net, (Erişim T. 03.04.2024).

davranıştan sapıldığıının belirlenmesi, ihmale dayanan kusurun bulunduğunu ortaya koyar. İhmal, durumun gerektirdiği tedbirlerin alınmaması ve gerekli özenin gösterilememesinden ileri gelir. Dolayısıyla ihmal, özensizlik ve tedbirsizlik kavramları üzerinden ifade edilir ve içeriği doldurulur⁸⁵⁸.

Alman hukukunda BGB §276/2 hükmünde “gerekli” özene atıfta bulunularak, objektif, tipik ölçütlere göre karar verilmesi gerektiği açık olacak şekilde gösterilmiştir⁸⁵⁹. İlgili kişinin kişisel yetenekleri, gücü, deneyimi ve bilgisine göre objektif olarak gerekli özeni fark edip edemediği ve uygulayıp uygulayamadığı önemli değildir⁸⁶⁰. Buna göre, özen yükümlülüğü altındaki kişi, durumun gereklerine göre tehlikeyi ortadan kaldırmak için objektif olarak gerekli ve kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri almak zorundadır⁸⁶¹. Objektif özen ölçütü, işlemdeki menfaatlerin dengelenmesiyle ilgili olan medeni hukuktaki ilişkilere karşılık gelir. Belirleyici faktör, somut durumda düzenli, tedbirli ve vicdanlı bir işleme katılanın nasıl davranacağıdır⁸⁶². Bir çatı ustası, ihtiyatlı/makul/düzgün/ortalama bir çatı ustasının özeninden, bir iş adamı tedbirli bir iş adamının özeninden, bir araba sürücüsü dikkatli bir sürücünün özeninden sorumludur. Araba sürerken dikkatini önündeki yola değil de vitrinlere verirse, işlem hayatında alışlagelmiş özen yükümlülüğünü ihlal etmiş ve ihmal ile davranmış olur⁸⁶³. Bu, bir yandan, kişinin davranış yükümlülüklerini ve eylemleriyle ilişkili tehlikeleri değerlendirmesini sağlayan bilgi ve becerilere sahip olduğu; öte yandan doğru davranışla istenmeyen sonucu önleme anlamına gelir. Davranışta bulunan en azından objektif olarak uygulanabilir gerekliliklere uymadığını veya bir mesleki grubun bilgi ve becerileri için tipik gereklilikleri yerine getirmediğini görmek zorundaydı, kişisel becerilerin eksikliği, onu sorumluluktan kurtarmaz. Bir konuda bilgisizliğine rağmen hukuki tavsiyelerde bulunan bir avukatın danışmalık yaptığı bu konuyla ilgili kusurlu olması buna dayanır. Bununla birlikte, istisnaen başka hiçbir karar alma sürecinin

⁸⁵⁸ Özellikle Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında ihmalin içeriği belirlenirken özen kavramıyla çalışılır ve bunun tasviri yapılır. Gereken özen belirlenirken girilen faaliyetin tehlike derecesi, yararsızlığı, gereksizliği, sıradanlığı veya ilk defa yapılıyor oluşu gibi özellikler dikkate alınır. Aksi bir görüş, bunların kusurun ölçütlerini oluşturamayacağını, ihmalin özensizlik ile aynı anlama gelmediğini savunmaktadır, bkz. **KOÇİSARLIOĞLU**, s. 454.

⁸⁵⁹ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 389.

⁸⁶⁰ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 55.

⁸⁶¹ **TİRYAKİ**, s. 271.

⁸⁶² **GAUCH**, pn. 264.

⁸⁶³ **FIKENTSCHER/HEINEMANN**, s. 389.

mümkün olmaması nedeniyle davranışta bulunanın eylemi yerine getirmekten başka bir şekilde hareket edemediği bir durum varsa bu fikir yürümez⁸⁶⁴.

Objektifleştirilmiş ihmal kavramına göre önemli olan, davranışta bulunanın bireysel yeteneklerine, gücüne, alışkanlıklarına, deneyim ve bilgisine göre objektif gerekli özeni tanıyabilir ve uygulayabilir durumda olup olmadığına bakılmaksızın, ilgili durumdaki ilgili iş çevresine mensup olan ve ortalama gereksinimleri karşılayan bir kişiden ne beklenebileceğidir⁸⁶⁵. Bu nedenle borçlu, mizacı, görev duygusu, ciddiyeti, çalışkanlığı, uzmanlık bilgisi, entelektüel seviyesi, beceri veya bedensel güç eksikliği gibi subjektif özelliklerini öne sürerek ihmal iddiasını çürütemez⁸⁶⁶. Bu bağlamda bir motorlu taşıt sürücüsünün eğitim veya deneyim eksikliği, bir doktorun sıklıkla tartışma konusu edilen tedavi riskleri konusundaki bilgisizliği, bir cerrahın fazla çalışmasının kendisine yüklediği stres, bir avukatın vekâleti kabul ederken ilgili uzmanlık alanında bilgisizliği, bir şirketin yönetim kurulu veya denetim kurulu işlerini görmede kişisel yetersizlik, bir spor dalında pratiğin olmaması mazeret olarak sunulamaz⁸⁶⁷. Doğuştan gelen abartılı bir utanç duygusu, bitkinlik veya sinir boşalması, büyük endişe veya depresyon, “dürüst, makul normal bir insan”ın özenli davranma yeteneğini geçici olarak bozmadığı sürece yakın akrabaların yaşamı veya uzuvlarıyla ilgili korku gibi zihinsel stres de aynı şekilde mazeret sebebi olarak kabul edilmemelidir⁸⁶⁸.

Çıkış noktasında objektif olan ihmal ölçüsünü belirlemek için çeşitli grupların oluşturulması ve alana özgü özen ölçüsü çerçevesinde, sosyal çevre ve belirli insan grupları için tipikleşmiş gereksinimlere göre bu kaynaktan farklılaşma gerekli

⁸⁶⁴ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, Rn. 10.

⁸⁶⁵ **VON TUHR/PETER**, §47, II, s. 429; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 969; **NARTER**, s. 428; **FURRER/WEY**, kn. 22; **OĞUZ**, s. 200; **TİRYAKİ**, s. 270. Bu durum genellikle, genel kabul görmüş teknik kurallara, DIN Standartları ve tipik meslek kuralları gibi düzenlemeler dahil olmak üzere gerektiğinde sorumluluk ölçüsünü düzeltip değiştirebilecek işle ilgili değerlendirici kurallara uyumu içerir, **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 29.

⁸⁶⁶ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 56; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 970. Bu anlamda objektif özen ölçüsü tipikleştirici rol oynar, bkz. **DEUTSCH**, Fahrlässigkeit, s. 900. **TUNÇOMAĞ**, s. 263; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 81.

⁸⁶⁷ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 21; **GÜVEN**, II, s. 158 vd. Araç sürücüsünün, aracın farklı seviyedeki otonom özelliklerine göre farklılaşan göstermesi gereken özenine yönelik değerlendirmeler ve özellikle Alman hukukunda yaşanan gelişmeler için bkz. **ÇEKİN**, s. 292 vd.

⁸⁶⁸ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 21. Trafik kuralını ihlal eden ve bir yayaya çarpan bisikletli, zihninden geçen üzüntülü düşünceleri mazeret olarak sunamaz, bkz. **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 53.

görülmektedir⁸⁶⁹. Çünkü ortalama insandan daha ziyade, her biri farklı özelliklere, becerilere ve deneyimlere sahip, farklı türde ortalama insanlar vardır. Her tür için, o tür içinde aynı olmakla birlikte, farklı davranış gereksinimleri geçerlidir⁸⁷⁰. Diğer deyişle objektif bir ölçü kullanılması bu ölçünün mutlak sabit, bütün haller ve bütün insanlar için aynı olacağı anlamını taşımaz⁸⁷¹. Çoğu zaman grupların oluşumu, mesleklerle veya diğer olağan faaliyetlerle ilgilidir. Örneğin “düzgün, dürüst” bir iş adamının, taşıyıcının, yöneticinin, sürücülerin, tacirlerin, inşaatçıların, dava taraflarının, ev hanımının, müzayedecinin, pratisyen hekimin, stajyerin vb.’nin özeni gibi⁸⁷². Kırsal veya kentsel çevre ve benzerleri gibi yerel koşullar da davranış değerlendirmesini etkileyebilir. Dolayısıyla ihmal ölçüsü sadece verilen durumda gerekli olana göre objektif olarak ele alınmaz, aynı zamanda bu duruma düşenlerden ne kadar bilgi ve basiretin istenebileceğine de dikkat edilerek ele alınmaktadır. İş türünün gereklilikleri de davranışta bulunanın kendisinden beklenen dikkatin kullanımında bunları tanıyabildiği kadarıyla burada bir rol oynar⁸⁷³. Bir pratisyen hekimin, kalp hastalığında bir kalp cerrahıyla aynı bilgi birikimine sahip olması beklenemez. Bu nedenle, eğer bir kalp cerrahı kalp hastalığını teşhis edemezse kusurlu olma ihtimali bir pratisyen hekime göre daha fazladır⁸⁷⁴. Bunun temel sonuçlarından birisi, ilgili kişinin ancak o iş çevresindeki geçerli olan standartları karşılayabilmesi halinde sorumluluk tehdidi olmaksızın o çevrede yer alabilmesidir. Aksi takdirde, üstlenme kusurundan sorumlu tutulacaktır⁸⁷⁵.

“Gerekli özen” düzeyinin, alışılmış özen düzeyine karşılık gelmesi ise zorunlu değildir. Söz konusu olan objektifleştirilmiş ölçünün istatistiksel olarak (ampirik olarak) değil, ideal olarak belirlenmesi gerekir⁸⁷⁶. Önemli olan ortalama bir insanın alışkanlıklara ve adetlere uyarak normalde nasıl davrandığı değil, nasıl davranması gerektiğidir. Bu

⁸⁶⁹ FIKENTSCHER/HEINEMANN, s. 389; GAUCH, pn. 264; GÜVEN, II, s. 157.

⁸⁷⁰ KOLLER, § 48, pn. 15.

⁸⁷¹ TİRYAKİ, s. 270; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 971; ŞENOCAK, Hekim, s. 81; DESCHENAUX/TERCIER, s. 54; KAHRAMAN, s. 417.

⁸⁷² JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 29; BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 22; TUNÇOMAĞ, s. 263-264; ŞENOCAK, Hekim, s. 81.

⁸⁷³ ERMAN/WESTERMANN, § 276, kn. 12.

⁸⁷⁴ KOLLER, § 48, pn. 15.

⁸⁷⁵ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 58.

⁸⁷⁶ KOLLER, § 48, pn. 16.

nedenle o çevrede ve işlerde yerleşmiş kötü adet ve özensizlikler veya “doğru olmayan yaygın bir uygulama”nın varlığı, mazeret teşkil etmez⁸⁷⁷.

İhmalin ölçüsünde objektif kaynaktan uzaklaşmak, mesleğe yeni başlayanlar veya sorumlu kararlar vermek zorunda olmayan salt yardımcı personeller için uygun düzeyde bir özen ölçütü kullanılmak adına gereklidir. Bazı yaş grupları için de durum benzerdir. Çocuklar ve diğer yandan bedensel kabiliyeti ve konsantre olma yeteneği yaş nedeniyle azalmış olan kişilerden istenen gereklilikler, özellikle tehlikeleri öngörme bakımından yetişkinlere göre daha düşük ölçülür. Orta yaşlı bir yaya için karayolu trafiğinde özen yükümlülüğü ihlali olarak kabul edilen şeyin, bir çocuk veya yaşlı bir kişi için böyle olması gerekmez⁸⁷⁸. Ancak burada objektif ihmal için söz konusu yaştaki normal gelişim gösteren bir çocuğun yeteneği belirleyicidir⁸⁷⁹, buna karşın çocuğun kişisel yeteneği ise sadece isnadiyet yeteneğinde rol oynar. Yaşlı insanlar da genellikle, yaşa bağlı özellikleri ihmal yargısını etkileyebilecek bir grup olarak kabul edilir⁸⁸⁰. Tüm bu hususlar bakımından, kusurun objektif unsuru bahsinde değindiğimiz üzere karşılaştırmada kullanılacak tipin oluşturulmasında çocuk veya yaşlı olmak ya da mesleğe yeni başlamış olmak dikkate alınacaktır⁸⁸¹.

Bireysel olarak davranışta bulunan kişi, kendi özen seviyesini izole olarak belirlemez, aksine diğer işlem hayatına katılanlar için geçerli olan davranışsal gerekliliklere göre kendisini yönlendirmek zorundadır ki bu durumda, bir taraf için özen gerekliliklerinin düşürülmesi, diğer taraf için ölçünün kural olarak sertleştirilmesine yol açar. Şöyle ki yaşlı ve zayıf bir kişinin karşıdan karşıya geçtiğini gören kişi, hemen kendi sürüşünün durumla uyumunu sağlamalıdır, yani özel dikkat göstermelidir; yine çocukların

⁸⁷⁷ von TUHR/PETER, §47, II, s. 430. Örneğin bir kliniğin tıbbi hizmetinde yetersiz personel istihdamının yaygın bir uygulama teşkil ediyor olması gerekli özen düzeyinin gösterildiği anlamına gelmez, bkz. JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 29; DESCHENAUX/TERCIER, s. 54.

⁸⁷⁸ FIKENTSCHE/HEINEMANN, s. 389.

⁸⁷⁹ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 29; BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 22.

Örneğin on yaşındaki bir bisikletliden ergin bir kişiden beklenen kadar bir özen beklenmez ancak tüm on yaşındaki “normal” bisikletlilerden aynı ölçüde özen göstermeleri beklenir, bkz. DESCHENAUX/TERCIER, s. 54.

⁸⁸⁰ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 22; JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 29; DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 900.

⁸⁸¹ GÜVEN, II, s. 159; OĞUZ, H., s. 282.

oynadığı yerlerde, yetişkinlerden genellikle daha çok şey talep edilir, zira daha dikkatli olmaları gerekir⁸⁸².

cc. Normatif Ölçü

Özen ölçüsünün normatif bir şekilde belirlenmesi, (“alışılmış”) yanlış uygulama ve teamüller nedeniyle zedelenebilecek olan iş ilişkilerindeki güven ve iş akışındaki kolaylık ve hızlılığının korunması adına yararlıdır⁸⁸³. Normatif ölçülerin yokluğunda, zarar verenin geniş hareket özgürlüğüne ilişkin menfaati ile zarar gören tarafın hukuki değerlerinin korunmasındaki menfaati tartılarak normların belirlenmesi önerilmektedir⁸⁸⁴. İçtihat, bir uyuşmazlık durumunda doktorun, avukatın, mimarın vs. eylemlerinin ölçüldüğü ve standart haline gelen mesleki davranış yükümlülüklerini önceden belirleme eğilimindedir. Bir kuruluşun, özellikle de tüzel kişilerin, özen göstermesi gerektiği her yerde, davranışlarının normlaştırılması anlamında iş süreçlerinin standartlaştırıldığı gözlemlenmektedir. Hizmetler artık bir kişinin bireysel edimi olarak değil, bir ürün olarak anlaşılmakta ve buna göre pazarlanmakta, aynı zamanda buna göre tüketilmektedir⁸⁸⁵. Hizmet edimleri artık bireysel hizmetler olarak değil, endüstriyel olarak üretilen ürünler gibi standartlaştırılmış hizmetler olarak görülmektedir. Bu durum giderek artan bir şekilde, hizmet sağlayıcılarının davranışlarının özel veya yarı özel standardizasyon kuruluşlarının normlarından türetilen standartlara göre ölçülmesiyle sonuçlanmaktadır⁸⁸⁶. Kaza risklerini önleme amacıyla yürürlüğe konulan yönetmelikler, TSE veya DIN gibi kurumların belirlediği standartlar, teknik yönetmelikler, diğer mesleki kurallar veya spor kuralları gibi düzenlemeler gerekli özen ölçüsü için kullanılmaya elverişlidir⁸⁸⁷. Örneğin, ISO 9001 standardı, bir kalite yönetim sisteminin geliştirilmesi için sistematik özellikler

⁸⁸² **MüKoBGB/WAGNER**, BGB § 823, kn. 44.

⁸⁸³ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 60.

⁸⁸⁴ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 61.

⁸⁸⁵ **FELLMANN**, s. 99.

⁸⁸⁶ **FELLMANN**, s. 100.

⁸⁸⁷ Hukukumuzda Karayolu Taşıma Kanunu’nda taşımacının göstermesi gereken özen konusunda burada bahsedilen normatif ölçünün iyi bir örneği bulunmaktadır. Adı geçen kanunun m. 7/2 hükmünde taşımacının, ilgili mevzuat hükümlerine uygun bir taşıtı, nitelikli şoför ve hizmetli personeli sefere göndermek, şoförlerin sürücü belgelerinin bulunup bulunmadığını araştırmak, teknik şartlara uymayan taşıtların trafiğe çıkmasına engel olmak, güzergâh mesafesini dikkate alarak yeteri kadar şoför bulundurmak, taşıt kartları olmayan ve bu Kanunda öngörülen sorumluluk sigortası bulunmayan taşıtları trafiğe çıkarmamak hususunda gereken özeni ve duyarlılığı göstermek zorunda olduğu belirtilmiştir.

İsviçre hukukundaki örnekler için bkz. **FELLMANN**, s. 97 vd.

sunmaktadır. Kalite yönetim sistemi, çevresel koşulların ve müşteri ihtiyaçlarının analiz edilmesine, kalite gerekliliklerinin tanımlanmasına ve ardından bunların karşılanmasına yardımcı olur. Hata kaynakları ve verimsizlikler erken bir aşamada fark edilebilir ve ortadan kaldırılabılır⁸⁸⁸.

Haklı olarak belirtildiği üzere dikkat gösterme ve önlem alma konusunda sözleşmeyle de belirleme yapılabilir ve bunların yükümlüsünün zararlı sonucu öngörememiş olsa da söz konusu tedbirleri almamadaki eksikliği, ihmal teşkil eder⁸⁸⁹. Bir ihtilaf durumunda, özellikle bu normlar ve sektör uygulamaları hakime, özen yükümlülüğünü somutlaştırmak için uygun kılavuz ilkeler sağlayacaktır⁸⁹⁰. Örneğin, davranışta bulunan kişi ilgili teknik kurallara uymuşsa ihmal iddiası, kural olarak kabul edilmez⁸⁹¹. Bununla birlikte, nihai olarak hakim, her davada gerekli olacak özen ölçütü hakkında kendi yargısına varmalıdır. Eğer durum ve koşullar normatif olarak belirlenenin üstünde özen, dikkat ve çaba gerektiriyorsa kişi kusurlu kabul edilebilir⁸⁹².

dd. Diğer Kriterler

İstisnai durumlarda gerekli özen, yukarıda belirtilen esaslara göre belirlenemiyorsa menfaatler tartılarak tespit edilmelidir. Burada, örneğin, zararın meydana gelme olasılığı, olası zararın kapsamı ve potansiyel olarak zarar görecektir tarafın korunma ihtiyacı (örneğin, riski size ait olmak üzere hareket etmek) dikkate alınmalıdır. Yalnızca maddi zarar tehdidi varsa, fayda-maliyet analizi de yapılabilir. Bu noktada hukukun ekonomik analizi, özellikle ihmal ölçütünün somutlaştırılması açısından artan bir öneme sahiptir. Sosyal maliyetlerin azaltılması ilkesine dayanan hukukun ekonomik analizi öğretisi, sorumluluk hukukuna ilişkin kuralların riskli davranışlarda bulunan kişileri özenli davranmaya sevk ettiğini, bu özenin ise maliyetleri asgariye indirecek davranışlarla gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Maliyetleri daha aza indirmek imkanı varken bunun yapılmamış olması, özensizliği ve ihmali gösterir⁸⁹³. Özenli

⁸⁸⁸ FELLMANN, s. 98.

⁸⁸⁹ von TUHR/PETER, §47, II, s. 430.

⁸⁹⁰ FELLMANN, s. 97.

⁸⁹¹ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 24; ERMAN/WESTERMANN, § 276, kn. 12; FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 652.

⁸⁹² DESCHENAUX/TERCIER, s. 54.

⁸⁹³ SANLI, s. 107-108. Krş. KAHRAMAN, s. 418.

davranış çoğu zaman önleyici bir tedbirin alınması şeklinde kendisini gösterir ve tedbir, kazanın gerçekleşme olasılığını azaltır. Ancak alınacak tedbirin bir maliyeti vardır ve ekonomik açıdan ancak kaza riskinde sağladığı azalma açısından maliyeti haklı kılan tedbirlerin alınması istenir⁸⁹⁴.

ABD federal yargıcı Learned Hand'in (1947'den itibaren) ünlü formülüne⁸⁹⁵ göre; zararı önleme maliyetlerinin (B), zarar miktarı (L) çarpı zararın meydana gelme olasılığından (p) daha az olması durumunda, yani $B < pL$ ise ihmalin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu durumda zarar verenin koruyucu önlemler alması, bunların maliyetleri beklenen zarardan daha düşük olduğu için makroekonomik açıdan daha avantajlıdır⁸⁹⁶. Buna karşın zararı önleme maliyeti, zararın gerçekleşme olasılığı ve zarar miktarının çarpımından büyük ise kişinin bu yüksek maliyete katlanması hukuk düzenince beklenemeyeceğinden, söz konusu kişinin kusursuz olduğu kabul edilmelidir⁸⁹⁷.

Ancak bu formülasyonda aranan maliyetlerin kesin bilgisinin pratikte kesin olarak bilinmemesi muhtemeldir. Ek olarak ekonomik bakımdan verimsiz ve yüksek maliyetlere neden olacak olsa bile belirli zarar tehlikelerinden kaçınılmasının yine de zorunlu olduğu ve hatta gerektiğinde tehlikeli faaliyetin tamamen durdurulmasının söz konusu olabileceği de akılda tutulmalıdır. Bu gibi hususlar, Hand Formülü ile yetersiz bir şekilde çözülmüştür⁸⁹⁸.

2. Öngörülebilirlik ve Önlenebilirlik (Kaçınılabirlik)

İhmal, öngörülebilirlik ve hukuken onaylanmayan sonuçtan kaçınılabirliğin her ikisini de gerektirir. İhmal suçlaması, önlenebilir zararın önlenmemesine veya zararın meydana gelmesinin öngörülmemesine ve bu nedenle önlenmemesine dayanabilir.

⁸⁹⁴ **SANLI, Kerem Cem**, “Hukuk ve Ekonomi Yönetiminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 3-22, s. 15.

⁸⁹⁵ Bu formülün ortaya çıktığı karar, hukuk ve ekonomi öğretisinin ortaya çıkmadığı bir dönemde verilmiştir. HAND, açık bir şekilde ekonomik kavram ve amaçlara atıf yapmaksızın, takdir yetkisi çerçevesinde sağduyusundan yararlanarak formülü türetmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda zarar gören davacının müterafik kusurunun değerlendirilmesi bağlamında bu formül belirlediğinden Hand formülünün sadece zarar veren değil zarar görenin davranışlarının değerlendirilmesinde de uygulanabilir olduğu belirtilmektedir. Bkz. **SANLI**, s. 116 ve dn. 31.

⁸⁹⁶ **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 652. Bu öğretinin, tedbir, özen maliyeti, kaza olasılığı gibi verilerle örnek bir hesaplama üzerinden detaylı izahı için bkz. **SANLI**, s. 109 vd.

⁸⁹⁷ **KAHRAMAN**, s. 419; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.42. Krş. **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 62.

⁸⁹⁸ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 25.

a. Öngörülebilirlik

İhmalin ön koşulu, olguların gerçekleşmesinden kaçınılabileceği ve kaçınılması gerektiği müddetçe, tehlikenin öngörülebilir, tanınabilir olmasıdır. Bir kimsenin makul olarak öngöremeyeceği zararlı sonuçlar bakımından bu sonuçlara yol açtığından bahisle kusurlu sayılamayacağı dolayısıyla öngörülemez zararlı sonuçlardan sorumlu tutulamayacağı söylenebilir⁸⁹⁹. Hayattaki sayısız tehlikeli durum, zararlı sonucun ortaya çıkmaması için sürekli tetikte olmayı gerektirir. Fiilen bunun başarılması söz konusu olamayacağı için hangi noktadan sonra öngörülebilirliğin makul olacağının tespiti, bir değerlendirme eşiği gerektirmektedir⁹⁰⁰. Bu eşiğin normatif olarak belirlenmesi mümkündür; ancak bu şekilde kesin bir belirleme yoksa sübjektif kusur anlayışına göre kusuru araştırılan kişinin tamamen somut meke, yetenek, beceri ve olanakları göz önünde tutularak öngörülebilirlik değerlendirilir. Objektivist kusur anlayışları açısından ise soyut davranış modeli kişinin yine soyut meke, yetenek, beceri ve olanakları hesaba katılarak öngörülebilirlik incelenir⁹⁰¹. Bu nedenle sorumlu kişinin kendi davranışından zarar geleceğini öngörmemiş olması önemli değildir, zararın öngörülebilir olmuş olması yeterlidir⁹⁰². Tipik tehlike sinyallerinin bireysel algılara nazaran daha güvenilir bir şekilde tespit edilebilmesi için ilgili iş çevresinin deneyimleri de dikkate alınır⁹⁰³. Temel alınması gereken objektif özen ölçüsünün bir sonucu olarak, bir ihlalin tespiti mutlaka kişisel bir kusur yargısı anlamına gelmez; dolayısıyla, medeni hukuk kapsamındaki ihmal kavramı, suçun bireysel olarak belirlenmesini gerektiren ceza hukuku kapsamındaki ihmal kavramından farklıdır⁹⁰⁴.

Öngörülebilirliğin genellikle sadece sorumluluk olgusu ile ilgili olması gerekir. Kural olarak, sonucun meydana gelmesinin genel öngörülebilirliği yeterlidir; davranışta bulunan kişinin, özellikle meydana gelen zararın türü ve boyutu olmak üzere,

⁸⁹⁹ ERZENGİN, s. 223. Yarg. 6. HD., E. 2012/17110, K. 2013/9807, T. 03.06.2013: "... kiracı kiralananı özenle kullanma borcu altındadır. Kiracı kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Bilindiği gibi kusur, gerekli özenin gösterilmemesi sonucunda önceden tahmini mümkün iken tahmin edilememiş olmasıyla ortaya çıkar. Somut olayda yangının önceden tahmin edilmesinin mümkün olup olmadığının tesbitiyle işyeri ticari işletme niteliğinde olduğundan davalı kiracının basiretli bir tacir gibi davranıp davranmadığının saptanması gerekir.", www.legalbank.net, (Erişim T. 16.08.2024).

⁹⁰⁰ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 68.

⁹⁰¹ KOÇİSARLIOĞLU, s. 421; ŞENOCAK, Hekim, s. 80.

⁹⁰² CUENDET, kn. 184.

⁹⁰³ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 68.

⁹⁰⁴ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 23.

davranışının sonuçlarını ayrıntılı olarak öngörmüş olması gerekli değildir⁹⁰⁵. Dolayısıyla öngörülebilir olması gereken şey bir tehlikeye ilişkindir ve “neyin” olacağının değil, yalnızca “bir şeyin olabileceğinin” öngörülebilir olması yeterlidir⁹⁰⁶. Yan yükümlere ilişkin öngörülebilirliğin teyidi daha kolaydır, zira bu yükümler genellikle zarar vermeye elverişli bir tehlikeyi engellemeyi amaçlar⁹⁰⁷.

Öngörülebilirliğin kapsamı, borç ilişkisinin içeriğine göre zarar verenin, dikkat ve inceleme yükümlülüklerinin olup olmadığına ve varsa ne ölçüde bulunduğu bağlıdır. Borçlu genel olarak olası aksamalar için gerekli dikkati göstermelidir. Ancak kural olarak soyut olarak akla gelebilecek tüm zarar riskleri için önlem talep edilemez; daha ziyade, tamamen uzak olmayan bir zarar olasılığı bulunmalıdır⁹⁰⁸. Örneğin sürüş kurallarına uygun olarak seyreden bir araç şoförünün en kötü senaryoyu düşünerek tetikte olması ve söz gelimi diğer sürücülerin gerçekleştirebilecekleri trafik kural ihlallerini hesaba katması gerekmez⁹⁰⁹.

İhmal aynı zamanda hukuka aykırılığın bilinebilirliğini/tanınabilirliğini de gerektirir. Eğer bir tehlike öngörülebilir ve tehlikenin gerçekleşmesi objektif olarak hukuka aykırı ise, o zaman hukuka aykırılığın da öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir. Bunun nedeni ilgili kişilerin, söz konusu hukuk normları hakkında bilgilerinin olduğunun varsayılmasıdır⁹¹⁰. Hukuki durumdaki belirsizlik, kapsamlı inceleme yükümlülükleri gerektirir. Yükümlülüğünün varlığı ve kapsamından emin olamayan borçlu, bir hukuk

⁹⁰⁵ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 28; BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 28; OĞUZ, s. 204.

⁹⁰⁶ KOLLER, § 48, pn. 53.

⁹⁰⁷ KOLLER, § 48, pn. 53.

⁹⁰⁸ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 29.

Yargıtay’ın bu konudaki tavrı ise, öngörülebilir sonuçların “kötü rastlantı” adı altında bir kenara itilmesine cevaz vermemekten yanadır: “Maddi olguyu tespit etmek hakime ait bir görevdir. Mahkemece, kusur oranlarının saptanmasında öncelikle, maddi olayın ne şekilde oluştuğunun kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirlenmiş olması gerekir. İhlal edilen mevzuat hükümleri belirlenirken, zararlı sonuçların önlenmesi için durum ve koşulların taraflara yüklediği özen ve dikkatin de neler olduğunun eksiksiz bilinmesinde, kusur raporuna ve dava dosyasına yansıtılmasında yasal zorunluluk vardır. Ayrıca, günümüz teknolojisinde böyle bir olayın sonucunun kısmen kötü rastlantılarla açıklanması, alınabilecek önlemler düşünüldüğünde hemen hemen imkansızdır. Kötü rastlantı denilen olguların bir çoğunun ardında insan yanılığı ve savsamalarının, özen eksikliğinin bulunması asıldır. Kişiler, zararlı sonuçların önlenmesi için durum ve koşulların kendilerine yüklediği özen ve dikkati göstermek zorundadır. Öngörülebilir sonuçlar karşısında ise olayın, “kötü rastlantı” olarak açıklanması ve bu yöndeki bir değerlendirmenin de hükme esas alınması isabetsizdir.”, Yarg. 10. HD., E. 2007/6310, K. 2008/2821, T. 04.03.2008, www.legalbank.net, (Erişim T. 03.04.2024).

⁹⁰⁹ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 71.

⁹¹⁰ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 73.

uzmanından hukuki görüş almalıdır; kendi kanaatine güvenemez⁹¹¹. Borçlunun yanılıgısı, ancak kaçınılmaz bir yanılma söz konusu ise ihmali ortadan kaldırır. Hukuk hatası durumunda ise ihmalin ortadan kalkması sadece istisnai durumlarda olabilir⁹¹².

b. Önlenebilirlik

Borçlu ancak, zarar verici sonucun meydana gelmesinden kaçınabilecek durumda ve kaçınmak zorunda idiyse davranışı ihmal teşkil eder. SAVATIER'in ifade ettiği üzere *“önlenebilirliği sağlayan öngörülebilirliktir. Bu nedenle öngörülebilirlik ondan önce gelmelidir. Vekil için, işin tamamlanması için geçecek olan belirli bir süre içinde, yükümlülüğü yerine getirmemesi bazen kısa bir süre bazen uzun bir süre öngörülebilir. Hal böyle olunca vekili kusurlu kılmak için hukuka aykırı sonucun, bu şekilde öngörülebilir hale geldiği anda kusurlu tavrın aksine bir tavırla önlenebilir de olması gerekli ve yeterlidir. Bu suretle düşünme süresinin, kusurun boyutlarından biri olduğu söylenmiş olur ve Borçlar Hukuku anlamında ihmal, özet olarak şu şekilde tanımlanır: kaçınılması mümkün olan ve zarara yol açan özen eksikliği”*⁹¹³.

Davranış, irade egemenliğine tabi idiyse diğer deyişle kaçınılabılır idiyse ihmalkar olarak nitelendirilebilir. Bu sebeple ya bir davranış mevcut olmalı ya da bir davranış mümkün olmalıdır⁹¹⁴. Kaçınılabılırlik olgusal ve hukuki faktörlere bağlıdır. Sonuç önlenebilirdi denilebilmelidir ki bu, hukuka uygun veya en azından kusursuz bir alternatif davranışın gösterilmesi durumunda sonucun gerçekleşmeyecek olduğu anlamına gelir⁹¹⁵.

Önlenebilirliğin sınırı, sübjektivist kusur anlayışında davranışta bulunanın somut kişiliği ve olanaklarına göre belirlenirken; objektifleştirilmiş kusur anlayışına göre soyut tipin kişilik ve olanaklarına göre belirlenir. Yine ilgili iş çevresindeki objektif bir ölçü

⁹¹¹ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 30.

Sendikaların, uzmanlar tarafından dahi giderilemeyen hukuki belirsizlik durumunda, meselenin açıklığa kavuşturulmasına kadar beklenmesinin olumsuz sonuçlara elverişli olduğu sürece grev düzenleyebileceği ve işçilerin de ciddi şüpheler olmadığı sürece sendikanın değerlendirmesine güvenebileceği belirtilmektedir. Bkz. MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 75.

⁹¹² BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 30.

⁹¹³ SAVATIER, René: Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, Tomes I et II, 2ème éd., Paris 1951 (Naklen, CUENDET, kn. 186).

⁹¹⁴ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 77.

⁹¹⁵ BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 31.

geçerlidir. Ancak ani tehlike durumunda ortalama ölçüdeki kaçınılabilme önlemlerinin düzeyi de azalır⁹¹⁶.

Basit önlemlerin alınması her zaman beklenir, tamamen yersiz olan girişimler mazur görülemez. Ancak her halde bu sınırın hiç kimsenin uyamayacağı bir seviyeden çizilmesi ve buna uymamanın kusur olarak nitelendirilmesi esasen kusur adı altında kusursuz bir sorumluluğa sebep olacağından kabul edilemez⁹¹⁷. Makul olmayan bir şeyi yapmayan ve bu nedenle tehlikenin gerçekleşmesini engellemeyen kişi ihmalkar davranmış sayılmaz. Ceza hukukunda çalışanların, işverenden gelen bir talimata dayanan yanlış davranışları daha kolay mazur görülebilir iken özel hukukta bu daha katıdır. Örneğin işverenin, uygun durumda olmayan bir aracı kullanması yönündeki bir talimatını işçinin reddetmesi beklenir⁹¹⁸.

Önlenebilirliğin sınırı bakımından kaçınma maliyetleri ile beklenen zarar seviyesinin bir karşılaştırmasının yapılması yol gösterici olabilir. Daha düşük kaçınma maliyetleri ile daha yüksek boyuttaki zarar riski önlenebiliyorsa, önlenebilirlik kural olarak makuldür ve kaçınma için gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Önlenebilirliğin makul olmasına rağmen kaçınma tedbirlerine başvurulmamış olması ihmali göstereceği gibi, makullüğün yüksek seviyede olmasına -çok az maliyetle çok yüksek olası zarar boyutunun önlenebilmesi- rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması ağır ihmale; makullüğün olağan seviyede olmasına -maliyetin ve olası zarar boyutunun birbirine yakın olması- rağmen gerekli tedbirlerin alınmaması ise hafif ihmale işaret edecektir⁹¹⁹.

3. Hukuka Aykırı Sonucun Önceden Görülüp Görülmemesine Göre İhmalin Çeşitleri: Bilinçli İhmal - Bilinçsiz İhmal

İki ihmal türü birbirinden ayırt edilebilir. Bilinçli ihmal durumunda, davranışta bulunan kişi zarar verici sonucun oluşma ihtimalini hesaba katar, ancak bu sonucun oluşmaması için gerekli tedbirlere başvurmada ihmalkâr kalarak zararın oluşmayacağına güvenir⁹²⁰. Örneğin ameliyatını çabuk bitirebilmek için yeterli dezenfektasyonu yapmadan hastaya

⁹¹⁶ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 77.

⁹¹⁷ Krş. KOÇİSARLIOĞLU, s. 426.

⁹¹⁸ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 81.

⁹¹⁹ Krş. MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 97.

⁹²⁰ von TUHR/PETER, §47, II, s. 429; FURRER/WEY, kn. 19; BAŞPINAR, s. 213; SAKA, s. 448; GÜVEN, II, s. 155; OĞUZ, s. 206; KAHRAMAN, s. 413; BAYSAL, HFH, pn. 2.43; KANETİ, s. 667.

kötü bir şey olmayacağı ümidiyle ameliyata giren cerrahın, bunun sonucunda ortaya çıkan zararda bilinçli ihmali bulunmaktadır⁹²¹. Dolaylı kasttan farklı olarak, davranışta bulunan kişi hukuka aykırı sonucu uygun bulmayı kabul etmez. Bilinçli ihmalde, fail sonucu istememekte ve zararı önleyebileceği düşüncesiyle hareket ederken; dolaylı kastta bunu dolaylı da olsa istemekte ve göze almaktadır; dolayısıyla hukuka aykırı sonuca razı olmaktadır⁹²².

Bilinçsiz ihmal durumunda ise, davranışta bulunan kişi zararlı sonucun meydana gelme olasılığının farkında değildir, ancak farkında olabilirdi ve olması da gerekirdi⁹²³. Kişi gerekli dikkat ve özeni gösterseydi durumu değerlendirebilir, zararlı sonucu öngörebilir ve önleyebilirdi⁹²⁴. Bilinçli ihmal durumunda, kusur yargısı, kişinin kendi becerilerini ve olayların nedensel seyrini yanlış değerlendirmesine ilişkin iken; bilinçsiz ihmalde kusur yargısı, mümkün olmasına rağmen failin sonucu öngörmemesine dayanır⁹²⁵.

Bilinçli ihmal bilinçsiz ihmalden daha ağır bir kusur olarak görülmektedir⁹²⁶. Bu sebeple her ne kadar teorik bir ayrım olsa da kusurun ağırlığının tayininde ölçü olarak kullanılmaya elverişli bir ayrım olarak değerlendirilmektedir⁹²⁷. Biz bu değerlendirmenin her zaman geçerli olmayabileceği kanaatindeyiz, çünkü özen ihlalinin özellikle ağır olduğu anlaşılıyorsa ağır ihmal söz konusu olur. Bilinçli ihmal, ağır ihmal için bir gösterge olabilse de her zaman ağır ihmal teşkil etmesi zorunlu değildir⁹²⁸; dolayısıyla bilinçli ihmal ile ağır ihmal aynı değildir⁹²⁹. Nitekim bizim katılmadığımız bir şekilde öğretide bilinçli ihmalin zıddı olarak bilinçsiz ihmal, basit ihmal olarak ifade edilmiş ve bir cerrahın gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek hastanın karnında malzeme unutması buna örnek olarak gösterilmiştir⁹³⁰. Halbuki bu örnekte ihmal basit

⁹²¹ KAHRAMAN, s. 413-414.

⁹²² JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 24; BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 18; SAKA, s. 449; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; ERDOĞAN, s. 127; OĞUZ, s. 206; UYUMAZ, s. 533; KAHRAMAN, s. 414.

⁹²³ FURRER/WEY, kn. 19.

⁹²⁴ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 25; BeckOK BGB/LORENZ, BGB § 276, kn. 18; von TUHR/PETER, §47, II, s. 429; BAŞPINAR, s. 213; SAKA, s. 449; GÜVEN, II, s. 155; OĞUZ, s. 206; KAHRAMAN, s. 414; BAYSAL, HFH, pn. 2.43; KANETİ, s. 667.

⁹²⁵ AEBI, s. 99; ERMAN/WESTERMANN, § 276, Rn. 7.

⁹²⁶ HONSELL, § 6, pn. 31; KORKMAZ, s. 70; BAYSAL, HFH, pn. 2.44, dn. 84.

⁹²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 160.

⁹²⁸ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 98.

⁹²⁹ JAUERNIG/STADLER, BGB § 276, kn. 26, 34; BAYSAL, HFH, pn. 2.44, dn. 85.

⁹³⁰ KAHRAMAN, s. 414.

değil, ağırdır. İhmalin bilinçsiz olması, her zaman basit veya hafif olacağı anlamına gelmez. Netice olarak bilinçli ihmal, ağır ihmal olmak zorunda olmadığı gibi bilinçsiz ihmal de hafif ihmal olmak zorunda değildir.

Bilinçli ihmale örnek olarak taze olmayan yemeğin, buzdolabında saklandığı için zarar vermeyeceği umularak müşteriye sunulması; sakıncalı bir durumun ortaya çıkmayacağı ümidiyle dezenfeksiyon yapılmadan cerrahi bir işlem uygulanması; bir yüklenicinin kötü veya eksik malzeme kullanırken binanın bu yüzden ileride çökmeyeceğini umması gösterilmektedir⁹³¹.

4. İhmalin Ağırlık Derecesine Göre İhmalin Çeşitleri: Ağır İhmal – Hafif İhmal Ayrımı ve Orta İhmal Kavramı

Hukukumuzda, ihmal dereceleri arasında ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım esasında Roma hukukunda culpa lata - culpa levis ayrımının görünümüdür.

İhmalin bu şekilde derecelendirilmesinin arka planında yatan olgu, öngörme ve kaçınabilme bakımından gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ağır veya hafif şekilde ihlal edilmesi, böylece model tipin davranışından büyük veya küçük ölçüde sapılmasıdır⁹³². Yoksa hukuka aykırılığın veya ortaya çıkan zararın büyüklüğü veya küçüklüğüne ya da zararın mala veya cana gelmesine ilişkin bir olgu değildir.

Ağır ihmal, hafif ihmali yoğunlaştırılmış halidir ve objektif olarak gerekli özenin özellikle ciddi bir şekilde ihlal edilmesidir⁹³³. Ağır ihmal öngürebilirlik ve kaçınılabilirlik unsurları üzerinden düşünülürse, bu unsurlardan en az birinin hafif ihmale kıyasla artırılmış olması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Öğretide⁹³⁴ bu durumun izahı için şöyle bir örneğe başvurulmuştur: orman idaresi özellikle hassas bir noktaya yaban hayvanları için bir çit dikmemiştir. Sonuç olarak bir kaza meydana gelmiştir. BGH, orman idaresinin ihmali hafif bir ihmal olarak bile değerlendirmemiştir. Kaçınma maliyetlerinin, yani bir yaban hayatı çitinin maliyetlerinin orantısız derecede yüksek olduğunu düşünmüştür. Bununla birlikte, aynı orman idaresinin herhangi bir

⁹³¹ TANDOĞAN, s. 49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 495; GÜVEN, II, s. 155.

⁹³² FURRER/WEY, kn. 21.

⁹³³ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 94.

⁹³⁴ WALDVOGEL, s. 85; MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 97.

uyarı levhası dikmediğini, yani düşük kaçınma maliyetlerinden bile tasarruf ettiği varsayılarak olay biraz değiştirilecek olursa artık idarenin ağır ihmalle hareket etmiş olacağını belirtmek gerekir. Zira uyarı levhalarının bile olmaması çite kıyasla önemli ölçüde daha düşük kaçınma maliyetleri gerektirir ve böylelikle kaçınılabilirlik arttırılmış olur. Öngörülebilirlik unsuru ise söz konusu alanda meydana gelen çok sayıda yaban hayatı kazası nedeniyle sabit kalmaktadır. Bu nedenle, ihmal eksikliğini ağır ihmale dönüştürmek için bu iki unsurdan birini artırmak yeterli olabilir. Ancak her iki kriterin de değerlendirilmesi ve birbirlerine göre ağırlıklandırılması kararın daha güvenilir olmasını sağlar. Yüksek öngörülebilirlik ve önlenebilirliğin birlikteliği, ağır ihmal ithamını her durumda haklı çıkarır. Beklenen zararın boyutunun, kaçınma maliyetlerini aşması ne kadar iyi ve açık bilinebiliyorsa, önlenebilirliğin o kadar yüksek olduğu kabul edilebilir⁹³⁵.

Ağır ihmalin varlığı için işlem hayatında gerekli olan özenin objektif bakış açısıyla ağır, sübjektif bakış açısıyla mazur görülemez bir şekilde ihlal edilmiş olması gerekir⁹³⁶. Bir şoförün frenlerinin tutmadığını bildiği bir araçla yola çıkması; salgın hastalık taşıyan bir hayvanın kalabalıkta başıboş bırakılması gibi durumlarda ağır ihmalin bulunduğu belirtilmektedir⁹³⁷. Yine, dur levhasına uymayıp devam etmek; köy yollarında aşırı hızla sollama yapmak; sisli havada ve yüksek hızlarda arabada telefon görüşmesi yapmak; el frenini çekmeden bir kamyonu eğimli alana park etmek; yanıcı maddeleri sauna ısıtıcısının yanında depolamak ve ardından güvenilir bir kapatma olduğundan emin olmadan saunadan ayrılmak, veya etiketine rağmen nasıl çalıştığını öğrenmeden sauna düğmesini çalıştırmak gibi vakalar örnek olarak gösterilebilir⁹³⁸.

Hukuki bir tanımın yokluğu karşında, ağır ihmalden ne kastedildiğini belirlemek her zaman kolay olmamaktadır. Davranışta bulunan kişinin özellikle önceden uyarılmış olması, ağır ihmal durumunu karakterize eden en belirgin olgulardandır. Ancak bu olgu dahi sadece bilgi değeri yüksek bir gösterge olup her zaman ağır ihmale gerekçe oluşturmaz. Çünkü davranışta bulunanın uyarıyı ciddiye almamasının haklı

⁹³⁵ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 97.

⁹³⁶ WALDVOGEL, s. 21.

⁹³⁷ SAKA, s. 448; OĞUZ, s. 207.

⁹³⁸ ARMBRÜSTER, Christian, Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz, 31. Auflage, VVG § 81, C. H. Beck, München, 2021, (Kıs. Prölss/Martin/Armbrüster VVG § 81), pn. 52.

görülebileceği durumlar olabilir. Yine uyarının ne kadar ciddiye alınması gerektiğini belirlemek için uyarının analiz edilmesi gerekir. Teknik yönetmelik ve standartlarla normatif olarak belirlenen gerekliliklerin yerine getirilmemesi de doğrudan ağır ihmal yargısını haklı kılmaz ancak ilgili norm ne kadar kesin ve risk ne kadar yüksekse bunun ihlali, o kadar ağır bir ihmalin göstergesidir. Sonuçta bu tür normlar hem öngörülebilirliği hem de önlenebilirliği artırır⁹³⁹.

a. Ağır İhmal Hakkındaki Görüşler

Öğretide, akla uygun hareket edebilen herkesin aynı durum ve koşullar altında gerekli sayacağı en ilkel tedbirlerin alınmaması, gösterebileceği en basit, en iptidai özen ve dikkatin gösterilmemesi ağır ihmal olarak tanımlanmaktadır⁹⁴⁰. Bunun arkasında, (objektif) yükümlülükleri genel olarak bilinenler ve bilinmeyenler olmak üzere iki kategoriye ayıran dikotomik yaklaşım ya da en azından yükümlülüklerin bilinirlik derecesine göre esnek bir şekilde kategorize edilebileceği bir eşik tasarlayan kademeli yaklaşım yatmaktadır. Herkesçe bilinen yükümlülükleri ihmal etmek, bariz ve kolay fark edilebilir hususları ihmal etmektir. Daha az bilinen, herkesin düşünmediği bir yükümü düşünmek ise artık bariz bir husus sayılmaz⁹⁴¹.

Alman Medeni Kanun’u hazırlık çalışmaları safhasında Dresden Taslağı’nda “*Ağır ihmal, her sıradan insanın göstermeye alışkın olduğu özeni bile göstermeyenlerin kusurudur.*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak bu tanım “sıradan bir kişinin” özeninin genellikle “düzgün bir ev başkanının” özeni ile aynı olacağı düşüncesiyle kabul edilmemiştir. Zira BGB taslağında, hafif ihmali tespiti için

⁹³⁹ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 99.

⁹⁴⁰ **GAUCH**, pn. 272; **KOLLER**, § 48, pn. 55; **FURRER/WEY**, kn. 21; **GIGER, Hans**, Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 99 OR, pn. 5; **EREN**, s. 605; **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 195; **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 94; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §18, pn. 13; **NOMER**, pn. 114.1; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 55; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 975; **TUNÇOMAĞ**, s. 264; **FEYZİOĞLU**, s. 151; **KILIÇOĞLU, A.**, s. 407; **REİSOĞLU**, s. 173; **ÜNAL**, s. 419; **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, s. 58; **AYBAY**, s. 89; **GÜVEN**, II, s. 161; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 82; **UYUMAZ**, s. 531 vd.; **SANLI**, s. 102; **KILIÇOĞLU, M.**, s. 143; **KAHRAMAN**, s. 419; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.44; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 195.

Bu tanımın ışığında sigorta ettirenin sigorta olayının meydana gelmesindeki ağır ihmali hakkında bkz. **PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER**, VVG § 81, pn. 30 vd.

⁹⁴¹ **WALDVOGEL**, s. 87.

“düzgün ev başkanının özeninin dikkate alınmaması” zaten yer almaktaydı⁹⁴². Ağır ihmali “işlem hayatında alışlagelmiş özenin özellikle sorumsuzca göz ardı edilmesi” şeklinde tanımlayan bir önerge de Komisyon oylamasından önce geri çekilmiş ve sonuçta BGB’de ağır ihmale ilişkin yasal bir tanım yerleşmemiştir⁹⁴³.

Alman İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht), ağır ihmali ifade ederken iki parçalı bir tanım kullanmıştır. Buna göre, “tüm durum ve koşullara göre işlem hayatında gerekli olan özenin alışılmadık derecede yüksek düzeyde ihlal edilmesi ve söz konusu olayda herkes için aşikar olması gerekenin gözetilmemesi” halinde ağır ihmal söz konusudur⁹⁴⁴. Böylece mahkeme, ağır ihmale ilişkin yasal tanım önerileriyle Roma hukukunda Ulpianus’un formülünü birleştirmiştir⁹⁴⁵. Günümüz Alman Yargıtay’ı (Bundesgerichtshof), İmparatorluk Mahkemesinin bu formülünü açıkça izlemiş ve içerik açısından herhangi farklı bir sonuç doğurmayacak şekilde dilsel sapmalar olsa da bunu yerleşik içtihadı haline getirmiştir⁹⁴⁶. Hemen hemen tüm ilgili kararlarında standart tanımını tekrarlasa da BGH’nin somut vakıanın tüm koşullarının değerlendirilmesinin her zaman önemli olduğunu ısrarla vurgulandığına ve bu nedenle ağır ihmalin varlığına ilişkin genel kuralların ancak büyük çekincelerle ortaya koyulabileceğine dikkat edilmelidir⁹⁴⁷.

Öğretide ağır ihmalin tanımı konusunda şu ifadeler ön plana çıkmaktadır⁹⁴⁸:

- gerekli özen, bunu değerlendiren herkesin nezdinde hemen bariz bir şekilde görünecek şekilde özellikle yüksek derecede ihlal edilirse, ağır ihmal gerçekleşir (*Stiefel/Hofmann*),

- genel olarak ağır ihmal düşüncesizlik, uçarılıkla bir tutulur (*Enneccerus-Nipperdey*),

⁹⁴² **KÖNIG, Volker**, Die Grobe Fahrlässigkeit, Duncker und Humblot GmbH, Berlin – 1998, s. 39.

⁹⁴³ **KÖNIG**, s. 40.

⁹⁴⁴ **BOKELMANN, Erika**, Grobe Fahrlässigkeit Ein Beitrag insbesondere zu Individualisierungstendenzen im Haftungs- und Regreßrecht, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe 1973, s. 7.

⁹⁴⁵ **KÖNIG**, s. 40 vd.

⁹⁴⁶ 11 Aralık 1951 tarihli kararında BGH, ağır ihmali şöyle tanımlamıştı: Somut vakıadaki durumunun gerektirdiği özeni özellikle yüksek derecede ihmal eden ağır ihmallidir, burada ağır ihmal, ilgili iş çevresinin ortalama bir mensubu tarafından yapılması gerekenlerin özellikle yüksek derecede ihlal edilmediğine bağlıdır. 11 Mayıs 1953 tarihli dönüm noktası niteliğindeki kararında ise RG’nin ilk tanımını takip etti ve davranışta bulunanın kişiliğinde bulunan sübjektif koşulların dikkate alınması gerektiğini ekledi. Bkz. **BOKELMANN**, s. 7.

⁹⁴⁷ **KÖNIG**, s. 42.

⁹⁴⁸ Yazar ve atıf yapılan eserleri için bkz. **BOKELMANN**, s. 6; **KÖNIG**, s. 44 vd.

- ağır ihmal, en dikkatli kişinin bile hiçbir zaman tamamen önleyemeyeceği günlük yaşamdaki ihmaller yığınının bariz bir dikkatsizlik olarak ayrılan, işlem hayatında gereken özenin gösterilmemesidir (*Ehrenzweig*),

- somut vakanın koşullarına göre borçlu olunan özeni özellikle ağır ölçüde ihlal eden, yani herkes için aşikar olması gerekeni göz ardı eden, verili koşullar altında açıkça olması gereken şeylere tamamen kayıtsız kalan ağır ihmalli davranır (*Gerhard-Hagen*),

- ağır ihmal, işlem hayatında gerekli olan özenin özellikle ağır şekilde ihlalidir, istisnai bir dikkatsizliktir ve kusurun ağırlığı davranışta bulunan kişinin kişiliğine bağlıdır (*Blomeyer*),

- ağır ihmal, herkesin somut olayda yapmakla yükümlü olduğu özenin ihmal edilmesidir (*Soergel-Mühl*),

- hukukun ekonomik analizi yardımıyla öğretideki tanımlama girişimleri arasına yeni bir yaklaşım getiren bir görüşe göre; maliyeti, tedbirin alınması ve söz konusu riskin bertaraf edilmesi durumunda elde edilecek faydadan açıkça ve oldukça düşük olan bir güvenlik tedbirini almayan kimse ağır ihmalli davranır (*Kötz*),

- pratik olarak yol gösterici ifadeler olarak “bu olabilir” denilebiliyorsa basit ihmal varken, “bu olmamalı/bu nasıl olabilir?” ifadesiyle ağır ihmal nitelenmelidir⁹⁴⁹ (*Frey*).

Öğretide, ağır ihmali tam olarak tanımlama girişimlerini reddedenler de vardır. Bunun nedeni, mevcut tanımların bilişsel değeri olmayan boş totolojiler olarak görülmesi⁹⁵⁰ ve kavramın içeriğinin daha faydalı bir tanımını formüle etmenin mümkün görülmemesidir. Bu nedenle, neyin ağır ihmal teşkil ettiği ancak somut olayda ve adalet duygusu/hukuki hissiyat temelinde söylenebilir⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 94; **FURRER/WEY**, kn. 21.

⁹⁵⁰ Gerçekten eğer olağan ihmal, kanunda işlem hayatında gereken özenin gösterilmemesi olarak tanımlanmışsa, o zaman ağır ihmali işlem hayatında gereken özenin fazlaca (ağır vb.) ihlali anlamına geldiği ifadesi, neredeyse ek bir bilgi içermeyen tekrardan ibarettir yani bir totolojidir. Böyle bir açıklama, işlem hayatında gösterilmesi gereken özenin ihlalinin ne zaman “ağır”, “büyük” vb. olduğu hakkında hiçbir şey söylemediği için daha ilerisine dönük yardımcı olmaz, bkz. **BOKELMANN**, s. 8.

⁹⁵¹ Deutsch’un ifadesiyle, “*Kısacası, ağır ihmalli bir eylemde bulunulduğunu herkes hisseder, ancak kimse bunu formüle edemez*” bkz. **KÖNIG**, s. 47. GÜVEN, bu noktada hakimin olayın özelliğini göz önünde bulundurarak, ihmali ağır veya hafif olduğu sonucuna ulaşacağını belirttikten sonra şu örneği vermektedir: ariyet aldığı kıymetli bir kitabı evde küçük çocuk bulunmasına rağmen meydana bırakan kimsenin ihmali ağırdır. Ancak evde küçük bir çocuk bulunmadığı için pek ihtimam sarf etmeyerek ariyet

Tüm uygulama alanları için tek bir formül kullanarak ağır ihmalin içeriğini belirlemeyi amaçlayan ve az önce sunulan tanımlara ek olarak, bazı yazarlar bunun ötesine geçen ve kavramı maddi yönden açıklayan karmaşık tanımlar geliştirmiştir. Ağır ihmal kavramını somutlaştırabilen, normun amacına dayalı ve içeriğe ilişkin kriterler oluşturulmaya çalışılmıştır. Aşağıda bu yazarlardan bazılarının yer verilecektir.

aa. Bokelmann'ın Yaklaşımı

Bokelmann'ın ortaya koyduğu anlayışa göre ağır ihmal kavramı objektif ve sübjektif bir olgu olarak ikiye ayrılabilir. Objektif olgunun ön koşulu, tüm uygulama alanlarında yeknesak olmak üzere davranışın, hukuki olarak onaylanmayan sonucun ortaya çıkması için özellikle tehlikeli olmasıdır. Bununla birlikte Bokelmann, sübjektif bir bakış açısında normun amacına göre farklılaştırma yapmak ister ve bu nedenle yeknesak bir ağır ihmal kavramını reddeder. Ona göre, ağır ihmalin yeknesak yorumu, yalnızca gerekçesi kanıtlanmamış bir istek olarak temsil edilir. Biçimsel-mantıksal mülahazalar bu eşit muameleyi (yeknesaklığı) gerektirmez ve bu kavramın yalnızca tek bir işleve sahip olmasına izin verecek hiçbir olgusal-mantıksal gereklilik yoktur⁹⁵².

Olağan ihmal objektif bir ölçüte göre belirlendiği için, kavramsal olarak olağan ihmalin tamamen arttırılmış bir formu olarak ağır ihmal için de objektif ölçünün geçerli olması gerektiği iddia edilebilir. Bu fikir aynı zamanda ağır ihmali, sübjektif olarak yorumlama ihtimaliyle uğraşmadan, işlem hayatında gerekli olan özenin yalnızca ciddi (ağır, özellikle ciddi, vb.) ihlali olarak tanımlayan yazarların da temelini oluşturuyor gibi görünmektedir. Ancak burada düşülen hata, işlem hayatında gerekli özenin ne anlama geldiğinin tespitinin sadece ihmal sorumluluğunun amacına dayanması ve bazı yasal düzenlemelerin amacına bağlı olarak (istisnai olarak da olsa) bazen sübjektif bir yorumun haklı olabilmesi gerçeğinin göz ardı edilmesidir⁹⁵³.

Bokelmann ağır ihmalin belirlenmesi konusunda vardığı sonuçları şu şekilde özetlemektedir⁹⁵⁴:

aldığı kitabı ortada bırakan kimsenin bıraktığı bu kitabı o sırada tesadüfen eve gelen bir misafir çocuğunun yırtması halinde, ariyet alanın ihmali hafif ihmaldir, bkz. GÜVEN, II, s. 162.

⁹⁵² BOKELMANN, s. 31.

⁹⁵³ BOKELMANN, s. 14.

⁹⁵⁴ BOKELMANN, s. 41.

1. Ağır ihmal teriminin içeriği belirlenirken, bu terimin BGB § 276/1 c. 2'deki ihmale paralel olarak objektif olarak mı (tipleştirme) yorumlanacağı yoksa davranışta bulunan kişinin sübjektif özelliklerinin mi dikkate alınacağı çok önemlidir.

2. Bu yorum ölçütlerinden hangisinin tercih edilebilir olduğu, ancak ağır ihmalin ilgili uygulama alanının altında yatan değerlendirmeler ve düzenlemelerin amacı belirlendikten sonra bulunabilir.

3. Ağır ihmal objektif olarak belirlenecekse, (hukuken onaylanmayan) sonuç için eylemin tehlikeliliğine yönelinmelidir. Özellikle tehlike arz eden hareket tarzlarından kaçınmak, işlem hayatında gereken özenin asgari şartıdır.

4. Sübjektif olgular dikkate alınmalıysa o zaman davranışın kınanabilir olması gerekir.

Ağır ihmalin uygulama alanlarını oluşturan ve öncelikle menfaatleri dengelemeye hizmet eden BGB § 932 (veya HGB § 366), karşılıksız hukuki ilişkiler için sorumluluk sınırlamaları, diligentia quam in suis'e dayanan sorumluluk sınırlamaları ve son olarak BGB § 254, ağır ihmalin objektif olarak belirlenmesini gerektiren durumlardır.

BGB § 932, satıcı eşyanın maliki olmasa bile, iyiniyetli kişinin mülk edinmesine izin vererek hukuki işlemlerin güvenliğini ve kolaylığını kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Eğer başlangıçta işlem hayatının yararı bakımından malikin menfaati bir kenara bırakılmışsa, o halde iyiniyetli iktisabın sınırı belirlenirken de işlem hayatındaki bu menfaat belirleyici olmalıdır. Ve sübjektif koşulların dikkate alınması, işlem hayatının korumasına aykırıdır. Burada alıcının sübjektif durumları dikkate alınacak olursa, bir yandan iyi niyetli kazanım bakımından, diğer yandan da gösterilecek özenin asgari gerekliliklerine uyulmasa bile sübjektif özelliklerle kendini mazur gösterebilmesi bakımından alıcı iki kez fayda sağladı⁹⁵⁵.

Karşılık gözetmeyen hukuki ilişkilerde karşılıksız hareket eden kişi, başkaları yararına faaliyette bulunduğu için diğer hukuki ilişkilerin borçlularına göre sorumluluk hukuku kapsamında imtiyazlı olacaksa bu durum, sorumluluğun niteliksel değil, niceliksel olarak sınırlandırılması anlamına gelir. Diğer sözleşme ilişkilerindeki (olağan) ihmalin objektif olarak belirlenmesini haklı gösteren gerekçeler, burada da objektif yorumu

⁹⁵⁵ BOKELMANN, s. 44.

doğru kılar. Bir yandan, hukuki işlemlerin belirli objektif yönergeler olmadan idare edilememesi söz konusudur, öte yandan, alacaklılar ve borçlular çoğunlukla bu tür hukuki ilişkilerde normal olan beklentilerini bağladıkları belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesiyle ilgilenirler. Taraflar, düzenlenecek hukuki ilişkiye kişisel özellikleriyle hiç dahil olmazlar⁹⁵⁶.

Diligentia quam in suis için sorumluluğun üstlenildiği hallerde borçlu ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkilerin özellikle yakın olduğu ve dolayısıyla her ikisinin de diğerinin bireysel özelliklerini baştan kabul ettiği düşüncesi bulunmaktadır. Burada objektif kriterlere dayalı bir sorumluluk sınırlaması, aşağıdaki hususlar temelinde gerekçelendirilir: saklama sözleşmesinde diğer “karşılıksız hukuki ilişkilerde” olduğu gibi saklatan, asgari bir özenin gösterileceğine güvenebilmelidir. Aynı durum ortaklar ve sonraki mirasçı için de geçerlidir. Ebeveynlerin çocuklarına karşı sorumlulukları söz konusu olduğunda ise çocukların, zayıf taraf olarak, ebeveynlerin özellikle dikkatsiz davranışlarının neden olduğu zararlardan korunması gerektiğinden, yine objektif bir sınır çizimi haklıdır⁹⁵⁷.

Ortak kusuru düzenleyen BGB § 254 de zararın adil bir şekilde tazmin edilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Nasıl ki herkes, genel olarak işlem hayatına katılan diğerlerinin normal hareket tarzına uyacağına veya bunu yapmazlarsa bunun sonucunda ortaya çıkan zararı üstleneceğine güvenebilecektir, aynı şekilde bir kimsenin zararın meydana gelmesini kolaylaştırmayacağına veya böyle yaparsa zararın makul bir kısmını kendisinin üstleneceğine de güvenilebilmelidir. Bir başkasını, tabiri caizse, zarara neden olmaya “itemez” ve ardından tam tazminat talep edemezsiniz. Ancak bunun gerçek anlamda kusurla hiçbir ilgisi yoktur. Burada zarar gören tarafa sübjektif bir ölçü uygulanamaz. Objektif ihmal için zarar veren sorumlu olduğundan, zarar gören tarafın davranışını da objektif davranış kurallarına göre ölçmek “adaletin bir gereğidir”⁹⁵⁸.

Ağır ihmalin diğer bazı uygulama alanlarında ise objektif olana ek olarak sübjektif bir olgunun, sübjektif olarak kesinlikle mazur görülemeyecek bir yükümlülük ihlali şeklinde, yerine getirilmesi talep edilmektedir. Bu şekilde objektif-sübjektif yorum,

⁹⁵⁶ BOKELMANN, s. 51.

⁹⁵⁷ BOKELMANN, s. 56.

⁹⁵⁸ BOKELMANN, s. 57.

sigorta ettirenin kasten veya ağır ihmali ile sigorta konusu olaya sebep olması halinde, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacağını düzenleyen VVG (Versicherungsvertragsgesetz) § 61 için geçerlidir⁹⁵⁹.

bb. Röhl'ün Yaklaşımı

Röhl bir yargıç olarak, uygulamada “ağır” ve kendi ifadesiyle “olağan ihmal” arasında sınırın belirlenmesinde çelişki oluşturan bazı kararlara vurgu yaparak incelemesine başlamaktadır⁹⁶⁰. Olağan ihmal kavramının aksine ağır ihmal için sabit bir norm olamayacağını, hakimin genel durum göz önüne alındığında, ihmalin özellikle ciddi görünüp görünmediğini kendi takdirine bağlı olarak incelemesi gerektiği eski bir geleneğe sahip olan ve günümüzde hala yaygın olan bir görüştür. Ancak Röhl’e göre ihmal seviyeleri arasında keskin bir ayrımın imkansız olduğu ve bu nedenle kararın vaka bazında uygulamaya bırakılması gerektiği şeklindeki bu görüş ile yetinilmemeli, bunun yerine ayrımı dogmatik bir şekilde kavramak için yeni çabalar sarf edilmelidir.

Culpa lata’nın “herkes için aşikar olanın göz ardı edilmesi” formülünü, kırmızı ışıktaki geçmeye izin verilmediğinin herkes için açık olduğu, bununla birlikte, bu tür açık ihmallerde bile her zaman ağır bir ihmali varsayamayacağını, zira bu tür bir ihmalin genellikle sadece hafif bir dikkat eksikliğinden kaynaklandığını belirterek eleştiren Röhl, ağır ihmali belirleme metodu olarak şunu önermektedir: ağır ihmal kavramının belirlenmesi ancak teleolojik bir yorumdan beklenebilir. Bunu yapmak için, ilgili sorumluluk kurallarının anlamı ve amacı sorulmalı ve bu amaca yönelik bir araç olarak ihmali derecelendirilmesi anlaşılmalıdır⁹⁶¹.

Zararın tazmin edilmesi ve zararın önlenmesi, sorumluluk hukukunun amaçlarıdır. Ancak tazminat fikri açıkça ön planda olup önleme, ikinci plandadır. Genel olarak önleme kavramı, insanların davranışları üzerinde doğrudan motive edici bir etki fikri ile

⁹⁵⁹ BOKELMANN, s. 103 vd. Burada yazarın atıf yaptığı kanun hükmü VVG’nin eski sürümünde § 61’dir. En son 22 Şubat 2023 tarihli Kanunun 17. Maddesi ile değiştirilen 23 Kasım 2007 tarihli VVG, 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren yeni versiyonuyla yürürlüktedir. VVG § 61 hükmü, güncel sürümde § 81’e karşılık gelmektedir. Kanunun güncel sürümüne https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/VVG.pdf; yürürlük kanununa <https://www.gesetze-im-internet.de/vvgeg/EGVVG.pdf>, bağlantılarından ulaşılabilir (Erişim T. 13.07.2023).

⁹⁶⁰ RÖHL, Klaus F., “Zur Abgrenzung Der Groben von Der Einfachen Fahrlässigkeit”, *JuristenZeitung*, C. 29, S. 17, Y. 1974, ss. 521–28, <http://www.jstor.org/stable/20813483>, (Erişim T. 15/07/2023), s. 521.

⁹⁶¹ RÖHL, s. 522.

ilişkilidir. Kusur ilkesi, davranışta bulunan kişinin isterse hukuki çizgide hareket edebileceğini varsaydığından önleme, yalnızca kusura dayalı sorumluluk alanında beklenebilir. Zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişkinin özel ve sosyal sigortalar ile zarar verenin şahsi sorumluluğunun ağır ihmâl sınırına kadar çekildiği açıktır. Günümüzde toplumsal açıdan önem arz eden birçok zarar vakasında zarar gören taraf, her objektif özen ihlali için ve hatta çoğu zaman zarar veren tarafın kusuru olmaksızın tazminat almasına rağmen; zarar veren sadece kast ve ağır ihmâl hallerinde ve çoğunlukla daha sonra gerçekleşecek rücu yoluyla kişisel olarak sorumlu tutulmaktadır. Röhl'e göre ağır ihmâlden sorumluluk söz konusu olduğunda önleme o kadar baskın bir amaç haline gelmiştir ki, ağır ihmâl hukuki kavramını belirlemek için bu amaç bir kılavuz görevi görebilir⁹⁶².

İlk olarak pratik bir kural öneren Röhl, özen ihlali süreklilik arz eden bir durum haline gelirse, bunun ağır ihmâl anlamına geleceğini; buna karşın özen ihlalinin hızla değişen durumlarda ortaya çıkması durumunda olağan (basit) ihmâlin bulunacağını belirtir. Bu yaklaşıma göre, akan trafikte meydana gelen tüm yanlış tepkiler ancak hafif ihmâl olarak kabul edilebilir. Ağır ihmâl ise, güvenli olmayan araçları sürmek veya sarhoş ya da aşırı bitkin durumda araç kullanmak, kaza önlemeye yönelik düzenlemeleri sürekli olarak göz ardı etmek ve her türlü koruma kurallarını sürekli ihlâl etmek olacaktır. Röhl'e göre bu pratik kural her şeyden önce ağır ihmâlin önleme amacını dikkate alır, çünkü hızla değişen durumlarda sorumluluk tehdidi, herhangi bir motive edici güç geliştiremez. Halbuki özen ihlalinin yapısı sürekli veya duruma özgü bir uygunsuzluk ise, sorumluluk tehdidinin genel önleyici etkisinin devreye girme ihtimali çok daha yüksektir⁹⁶³.

Pratik bir yaklaşımın ötesinde olgusal bir ağır ihmâl ölçüsü belirleme çabasını ise şu şekilde göstermektedir: ağır ihmâl için tipik özen kıstaslarının ihlâl edilmesi her zaman talep edilmelidir. İlk olarak belirli tehlikeli durumlar tanınmalıdır. Bunu yapmanın en iyi yolu, önceden belirlenmiş davranış normları biçimindeki deneyimlere sahip olmaktır. Normların öncelikle hayat, sağlık veya önemli varlıklara karşı korumaya hizmet etmesi gerekir. Bu tür koruma kuralları bazen trafiği düzenleyen kurallar veya

⁹⁶² RÖHL, s. 522.

⁹⁶³ RÖHL, s. 525.

polis kararnameleleri gibi hükümlerden, bazen meslek kuruluşlarının kaza riskini önlemeye yönelik kuralları gibi özel düzenlemelerden, DIN veya VDE standartlarından, bazen de teknik konuya özgü sanat kurallarından, örn. tıbbi lex artis, kaynaklanır. Ayrıca, örneğin zehirli bir pestisit hakkında, işletme veya kullanım talimatlarından ve sözleşmeden ağır ihmalin objektif olgusunu karşılayan bu tür somut davranış normları ortaya çıkabilir⁹⁶⁴.

Ağır ihmalin sübjektif olgusu bakımından ise Röhl, büyük işletme ve kuruluşlar ile bireyler arasında ayırım yapar. Büyük kuruluşların zararı önlemek için ne yapılabileceğini tespit etmek için mevcut amaç - araç ilişkilerini bağımsız olarak incelemesi gerektiğini burada tamamen objektif bir ölçüye yer olduğunu belirtir. Bireyler bakımından ise, sorumluluğun ön koşulu olarak ağır ihmalin işlevi önleme ise, kusurluluk kriteri olarak normatif unsurlardan ziyade psikolojik unsurlar dikkate alınmalıdır. Önleyici bir etki, esas olarak bilinçli harekete ilişkin kararlar alanında beklenmelidir. Bu nedenle özen ihlalinin psikolojik bir unsuru olarak, ağır ihmal, koruma normunun kasten ihlal edilmesine bağlamaktadır⁹⁶⁵.

Röhl'ün ağır ihmale ilişkin görüşlerini basitleştirilmiş bir şekilde şu şekilde ifade edebiliriz: bir koruma normunun kişisel olarak kınanabilir bir şekilde, kasıtlı olarak ihlal edilmesi ve belirli bir hukuki menfaatin bilinçli olarak tehlikeye atılması durumunda ağır ihmal söz konusudur.

cc. Müller'in Yaklaşımı

Ağır ihmal, sigorta konusu olayın gerçekleşmesindeki etkisi bağlamında ele alan Müller, hafif ihmali aksine ağır ihmalde biraz daha bireysel bir ölçünün uygulanmasını savunmaktadır. İşlem hayatında gerekli özeni gösterirken zararın meydana gelmesinin öngörülebilir olup olmadığı ve zararın meydana gelmesinin önlenemez olup olmadığı sorusu söz konusu olduğunda, basit ihmalde olduğu gibi, benzer bir meslek veya yaş grubunun becerileri önemli olmamalıdır. Sigortacı için bilenebilir olduğu süreç sigortalının, zararın meydana gelme riskiyle ilgili olabilecek tehlikeyi fark etme ve bu tehlikeden kaçınma hususunda bireysel yetenekleri dikkate alınmalıdır. Sigorta

⁹⁶⁴ RÖHL, s. 525.

⁹⁶⁵ RÖHL, s. 527.

hukukuna ilişkin kriterlere göre sigorta ettirene atfedilecek nitelikler göz önüne alındığında, zarar riski hemen fark edilebilirdi ve zararın meydana gelmesi hemen önlenebilirdi denilebiliyorsa ağır ihmalin var olduğu söylenebilecektir⁹⁶⁶.

b. Ağır İhmal Yargısına Zemin Oluşturan Vakıta ve Emaçler

Hafif ihmal, sorumluluk olgusunun öngörülebilirliğini ve makul bir şekilde önlenebilirliğini, sonuç söz konusu olduğunda ise sonucun öngörülebilirliğini ve makul bir şekilde önlenebilirliğini gerektirmektedir. Ağır ihmal, hafif ihmalde bir artış olarak anlaşılırsa, buna göre öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik daha büyük çapta olmalıdır. Hem öngörülebilirlik hem de önlenebilirlik, aynı anda artan bir biçimde mevcutsa ağır ihmal yargısına varılması doğrudur. Ancak ağır ihmal için kriterler, yalnızca zarar verici sonucun öngörülebilirliği ve önlenebilirliği bakımından bir artıştan ibaret değildir. Sadece öngörülebilirlik veya sadece önlenebilirlik bakımından bir artışa işaret eden çeşitli kriterler kümülatif olarak var olabilir ve böylece toplamda ağır ihmal hakkında bir sonuca varmaya izin verebilir⁹⁶⁷.

aa. Zararın Meydana Gelme Olasılığı

Belirli davranış türlerinin neden olduğu önemli zarar olasılığı, zararlı sonucun hem öngörülebilirliği hem de önlenebilirliğini etkilediği için ağır ihmal bakımından bir kriter olarak hizmet edebilir. Örneğin, meskûn bir bölgeden 100 km/s hızla geçen bir kişinin, aynı yerde 50 km/s hızla araç kullanan birine göre davranışının tehlikesinin farkında olma olasılığı daha yüksektir. Bir davranış ne kadar tehlikeliyse, davranışta bulunanın o kadar çok tehlikenin farkında olması ve gerekli dikkat ve konsantrasyonu göstermesi gerekir. Tehlike arttıkça zararın önlenmesi için davranışta bulundandan artan oranda daha detaylı önlemler talep edilmelidir. Özellikle yüksek bir zarar olasılığı karşısında, zararı önlemek için daha az önlem alınırsa bu durum kusur suçlamasının o kadar ağır olacağı anlamına gelir. Bu nedenle zarar olasılığı, ağır ihmalin bir kriteridir. Bokelmann, bir davranışın tehlikeliliğinin ölçüsüne ilişkin olarak, sonucun gerçekleşmesi için belirli davranış türlerinin tehlikeliliği hakkında güvenli sonuçlara varılmasına izin verecek

⁹⁶⁶ MÜLLER, Klaus, Die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach § 61 VVG; (naklen: KÖNIG, s. 55).

⁹⁶⁷ Ağır ihmal niteliğinde olmayan eylemlerin bir bütün olarak ele alındığında, ağır ihmal suçlamasına yol açabileceği yönünde bkz. PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 37.

yeterli istatistiksel belgelemenin hiçbir zaman bulunmadığını ancak yine de bir davranışın işlem hayatında gereken özeni objektif anlamda ağır bir şekilde göz ardı edip etmediğini belirlemek için daha iyi bir temelin bulunmadığını ifade etmektedir⁹⁶⁸. Tehlikenin “önemli” veya “ortalamanın üzerinde” olduğunun kesin olarak ölçülmesinin mümkün olmadığı yönündeki böyle bir tespit yapılabilse bile bu durum, zarar olasılığının ağır ihmalin bir kriteri olması gerçeğini değiştirmez. Yapılması gereken şey, bir hareket tarzının ne kadar tehlikeli olduğunun deneyimlere dayalı olarak daha iyi şekilde doğrulanmasıdır.

bb. Özen İhlalinin Süresi

Gösterilmesi gereken özenin göz ardı edildiği zaman aralığı, vakadan vakaya değişiklik gösterebilir. Bir aracın sürüşü sırasında genellikle kısa süreli özen ihlali söz konusu olabilirken, o aracın güvenli olmayan bir alana birkaç saat veya birkaç hafta park edilmesi uzun süreli bir özensizliktir. Genel olarak özen ihlali ne kadar uzun sürerse o kadar ağır bir kusur suçlamasının yapılması olasıdır. Röhl, özen ihlalinin sürekli hale gelmesinin ağır ihmal niteliğinde olduğunu; özen ihlalinin hızla değişen durumlarda meydana gelmesini hafif ihmal teşkil ettiğini pratik bir kural olarak formüle etmektedir. Buna göre, örneğin bir kasabanın dış mahallinde, ışıksız ve açık bir alanda bir karavan römorkunun uzun süre park halinde bırakılması ağır ihmaldir. Buna karşın, bir kişi oto yıkamaya girerken ayağını fren pedalından gaz pedalına kaydırarak kendisine talimat veren benzin istasyonu görevlisini sıkıştırırsa, sadece hafif bir ihmal söz konusudur⁹⁶⁹.

Sürenin bir kriter olarak sınıflandırılması, öncelikle davranışın neden olduğu zarar olasılığının -ki bu da ilk değinilen ağır ihmal kriteridir- davranışın süresine bağlı olarak artmasından kaynaklanmaktadır. Özene aykırı davranış ne kadar uzun sürerse, zarar verici sonucun o kadar öngörülebilir ve önlenabilir olması muhtemeldir ve dolayısıyla kusurun da o oranda ağır olacağına ilişkin pratik bir kural çıkarılabilir. Bununla birlikte kısa süreli veya uzun süreli olmanın neye göre belirleneceği çözülmesi gereken bir sorundur. Kural olarak bu tespitin somut olay bazında yapılması gerekecektir. Bunu yaparken, aynı veya en azından kıyaslanabilir nitelikteki özen ihlallerine özellikle

⁹⁶⁸ BOKELMANN, s. 18.

⁹⁶⁹ RÖHL, s. 525.

dikkat gösterilmelidir. Ayrıca bir davranışın uzun süreli ya da kısa süreli olarak değerlendirilmesi birim zamanda zarar potansiyeline bağlıdır. Bir davranış kendi içinde ne kadar tehlikeliyse, kısa süreli olarak kabul edilebilecek zaman dilimi o kadar küçüktür ve kısa süreli özensiz davranışın ağır ihmal olma olasılığı o kadar yüksektir⁹⁷⁰. Bu bağlamda kanaatimizce, ödünç veya kira sözleşmesi ile temin ettiği bir aracın sürücüsü, 60 km/s hız limitinin bulunduğu bir yolda 100 km/s hız yapmış ve maddi zararlar sonucunda kaza gerçekleşmiş ise aracın maddi hasarı nedeniyle kiraya verene ya da ödünç verene karşı sorumluluğu değerlendirilirken kusurunun ağırlığı bakımından şu değerlendirme yapılabilir: öncelikle sürücü bu kazaya bilerek ve isteyerek sebebiyet vermediği sürece kusuru ihmal düzeyindedir. Ağır ihmal mi hafif ihmal mi vardır sorusunda, 100 km/s hıza çıkmanın kısa bir süre mi uzun bir süre mi devam ettiği bir değerlendirme ölçütü olabilir. Eğer anlık bir hız artışı var ise hafif; bir süreklilik varsa ağır ihmal kabul edilmelidir. Ancak virajlı bir güzergahta ve sisli bir havada sürüş durumu varsa 100 km/s hıza çıkmak birim zamanda tehlike potansiyelini ciddi oranda arttıracığından hız artışının anlık olması, yani kısa sürelilik de kusuru hafifletici sebep sayılamaz.

cc. Özen İhlallerinin Sıklığı

Özen ihlalinin tek seferlik olması, aynı özensizliğin belli aralıklarla tekrarlanmasına göre daha yumuşak bir değerlendirmeyi hak eder. Tek seferlik veya bir defalık olma ifadesiyle kastedilen elbette ki kelime anlamıyla değildir. Birkaç yıl içinde, muhtemelen herkes belli durumlara ilişkin olarak birkaç kez özensizlik gösterebilir. Burada kastedilen bir defaya özgü olma, kural olarak davranışta bulunan kişinin dikkatli davrandığı değerlendirmesinin artık haklı görülemeyeceği kadar sık meydana gelmemesidir.

Zararın meydana gelmesi genellikle zarara neden olan kişinin bir seferlik yanlış davranışından ileri gelir ve bu durum genellikle ihmal için hafifletici bir sebep olarak algılanır. Çünkü bir defaya mahsus özensiz bir davranışın yol açabileceği zarar olasılığı daha düşüktür. Gerçi buna karşı, yalnızca zarara fiilen neden olan davranışın zarar potansiyelinin önemli olduğu ve bu nedenle daha önceden gerçekleştirilmiş ve sonuçsuz kalmış özen ihlallerinin sayısının önemsiz olduğu itirazı yapılabilir. Fakat sigorta

⁹⁷⁰ KÖNIG, s. 83.

hukukunda somut bir şekilde görülebileceği üzere, zarara yol açmasa da tekrarlanan özensizlikler sigortacının durumunu ağırlaştıran etmenlerdir. Bu nedenle, tek seferlik özensiz bir davranışı, tekrarlanan bir diğerine göre daha hoşgörülü karşılamak ve yine, “herkesin başına gelebileceği” düşünülen bu tür durumlar için ağır ihmal suçlamasını ileri sürmemek daha adil bir tutum olur.

Davranışta bulunan kişinin birkaç kez ve hatta sık sık dikkatsiz davranışlar sergilemesi ise ağır ihmalin varlığının bir göstergesidir⁹⁷¹. Özensizliğin birden fazla kez gerçekleşmesi, ilgili kişinin ilk hatasından hiçbir şey öğrenmediği ve hatta gerekli olan özeni göstermek için çaba dahi göstermediği şeklinde haklı bir şüpheyeye yol açar. Dolayısıyla özen ihlali ne kadar sık yapılırsa, kusur suçlaması o kadar ağır olur⁹⁷².

dd. Olası Zarar Miktarı

Muhtemel zarar miktarı, hukukun ekonomik analizi bağlamında özel olarak ele alınır. Buna göre, zarar riski için yapılması gereken kaçınma maliyetleri, olası zarara oranla son derece düşük ise ağır ihmal mevcuttur. Özellikle yüksek miktarda bir zarar olasılığı göz önüne alındığında bu ihtimalden kaçınmak için yalnızca olağan masraflar yapılırsa veya hiçbir masraf yapılmazsa, ağır ihmal suçlaması ekonomik analiz formülünden çıkarılabilir.

Eşyanın değeri zarar görme ihtimalini artırmasa bile bunu zarar miktarı ile ilişkilendirmek uygundur. Özellikle yüksek zarar olasılığına rağmen, işlem hayatında gerekli özeni göstermeyen kişi, artan bir şekilde kusurluluk ithamına tabidir. Örnekler arasında dışarıdan görülebilecek değerli eşyaların bir araç içinde bırakılması veya değerli mücevherlerin “tehlikeli” bir alanda görünür şekilde takılması; bir aracın araç hırsızlığı bakımından riskli olan bir alana park edilmesi; değerli mücevherlerin otel odasında korumasız bırakılması; fırtına riskine rağmen açık balkon kapısının yanında değerli bir porselen figürün bulundurulması yer almaktadır⁹⁷³. Bu noktada, hukukun ekonomik analizinin formülüne katılmak gerekir. Ayrıca sadece pahası yüksek olan malvarlıksal değerler değil, hayat ve sağlık gibi parayla ölçülmesi uygun olmayan ve özellikle korunmaya değer hukuki menfaatler de olası zarar miktarının yüksek olduğu

⁹⁷¹ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 99.

⁹⁷² KÖNIG, s. 86.

⁹⁷³ PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 38.

alana dahildir. Ancak normun koruma amacı ile zararın olası miktarının uyumunun da dikkate alınması gerekir. Olası zarar miktarı, ancak söz konusu normun korumayı amaçladığı hukuki menfaat bağlamında belirlenebilir.

ee. Önceden Gerçekleşen İkaz

Birçok durumda, kişinin zarar verme eylemini gerçekleştirmeden önce açıkça uyarıldığı tespit edilebilir. İkaza rağmen gereken yapılmamış ve zararlı sonuç gerçekleşmişse, kural olarak ağır ihmalin bulunacağı sonucu çıkarılabilir⁹⁷⁴. Dolayısıyla ikaz, ağır ihmal bakımından bir emare teşkil eder. İkazın türü önemli değildir, bir sürücünün kullandığı aracın frenlerinin trafiğe aykırı durumda olduğunu fark etmesinde veya bir arabanın yağ basınç ikaz lambasının yanmasında ikaz gerçekleşir. Bu şekilde tehlike bakımından bir ikazın gerçekleştiği durumlarda, ihmalin unsuru olarak zararlı sonucunun bilinebilirliği, davranışının tehlikeliliği kişinin adeta gözlerinin önüne serilmiş olur. Ayrıca daha önce yapılan bir uyarıya rağmen davranış düzeltilmediğinde, ikazın bilerek dikkate alınmadığı, yani bilerek risk alındığı şüphesi de bulunmaktadır. Bu sebeple kusur suçlamasının daha ağır olacağını kabul etmek doğrudur⁹⁷⁵. Ancak somut olayın bütün koşulları dikkate alındığında daha ılımlı bir değerlendirme yapmanın gerekebileceği her zaman hatırdta tutulmalıdır. Bu sebeple önceden gerçekleşen ikaz da ağır ihmal bakımından ancak bir emare teşkil edebilir. Göz ardı edilen ikaz ne kadar açık ve netse, özen ihlalinin ağırlığının da o oranda artacağı söylenebilir.

ff. Düşünme Süresi

Her davranıştan önce, davranışta bulunanın bu davranış için lehte veya aleyhte karar verebileceği bir süre zorunlu olarak bulunur. Kusurun ağırlığı değerlendirilirken belirli bir karara varmak için sahip olunmuş düşünme süresinin dikkate alınmasının gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkar. Bu soru esasen özen ihlali süresinin önemi sorusuna benzer. Ancak aralarındaki fark, karar verme süresi kriterinin özene aykırı davranıştan önceki süre ile ilgili olmasıdır.

⁹⁷⁴ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 100.

⁹⁷⁵ KÖNIG, s. 94.

Röhl'ün yukarıda belirtilen özen ihlalinin hızla değişen durumlarda meydana gelmesi halinde, ağır ihmalin bulunmayacağı yönündeki pratik kuralına göre, düşünmek için çok az zaman bırakan olaylar genellikle hafif ihmal yargısıyla sonuçlanacaktır⁹⁷⁶.

Bir karar hakkında daha uzun bir süre için düşünme imkanı, aynı zamanda zarardan kaçınmak adına değerlendirme yükümlülüğünü de gerekçelendirir. Sahip olunan zaman aralığı ne kadar azsa, zarar verici sonucu öngörmek ve bundan kaçınmak o kadar zor olur. Dolayısıyla bir karar için mevcut olan düşünme süresi, kusurun derecesi hakkında yürütülecek yargı bakımından faydalı bir kriter olarak görülmelidir.

gg. Anlık Hata

Saniyelerle ifade edilebilecek kadar kısa süreli bir hatanın, nispeten büyük miktarda bir zarara neden olması mümkündür. Sorumluluğun bu durumlarda daha hafif değerlendirilmesi, hakkaniyetin bir gereği olabilir de bir genelleme yapmak için yine de acele edilmemelidir⁹⁷⁷. Sürekli konsantrasyon gerektiren, ancak yine de rutin olarak yapılan uzun vadeli faaliyetler bağlamında anlık hatalar söz konusu olabilir. Bilhassa karayolu trafiğinde ve yine iş işleyişi gibi diğer alanlarda tipik bir vaka grubu olarak ortaya çıkan bu durumu ifade etmek için Alman hukukunda “*Augenblickversagen*”, “*typischen Fehlhandlungen*”, “*augenblicklichen Fehlreaktionen*”, “*Abirrung*”, “*Ausrutscher*” gibi terimler kullanılmaktadır⁹⁷⁸. Anlık bir hata ancak sürekli faaliyet bağlamında meydana gelebilir, çünkü ancak o zaman konsantrasyon kaybı kısa süreli dikkatsizlik şeklinde açıklanabilir ve mazur görülebilir. Sürekli konsantrasyon gerektiren faaliyet, her an zarara yol açabilecek bir hatanın yapılabileceği bir süreçtir. Bu özellik yorucu veya karmaşık bir aktivite ile bir tutulmamalıdır, çünkü dikkat kaybı hem basit bir aktivitede hem de yorucu veya karmaşık sürekli bir aktivitede meydana gelebilir. Bokelmann, sürekli faaliyet için daha da katı gereksinimler getirir. Ona göre “tipik olarak tehlikeli” bir faaliyet olmalıdır. Anlık hatanın rizikosu, yalnızca sürekli bir faaliyet olduğu için değil, aynı zamanda davranışın kendisi özellikle tehlikeli olduğu

⁹⁷⁶ RÖHL, s. 525.

⁹⁷⁷ PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 40.

⁹⁷⁸ BOKELMANN, s. 21, KÖNIG, s. 99; PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 40.

için büyük olmalıdır. Tipik olarak tehlikeli davranış, düşünmek için çok az zaman bırakanları içerir⁹⁷⁹.

Sürekli faaliyete bir örnek mesleki hayatta sıklıkla rastlanan rutin hale gelen iş süreçleridir. Burada da gerekli konsantrasyon zaman zaman düşebilir. Örneğin, her akşam bir pizza dükkanının kapatılmadan önce temizlenmesi faaliyetinde, sigara kalıntılarının yanlışlıkla plastik bir kaba dökülerek yangına neden olunması OLG Hamm tarafından ağır ihmal olarak kabul edilmemiş, tipik bir anlık hata durumu sayılmıştır⁹⁸⁰.

BGH ise trafikte kırmızı ışık ihlalinin yapıldığı bir vakada, anlık bir hata bulunsa da bunun her zaman ağır ihmali kaldırmayacağına hükmetmiştir. BGH'ye göre sürücünden kavşakta trafik lambalarına dikkat etmek gibi yapabileceği asgari bir konsantrasyonu göstermesi beklenebilir ve beklenmelidir. Konsantrasyonun bu ölçüsünü, davacı sübjektif olarak mazur görülemez bir şekilde ortaya koyamamıştır. Sorumluluktan kurtaracak hal ve şartların yokluğu dolayısıyla mevcut olayda davacı, sübjektif olarak kırmızı ışığa dikkat etmemesi ve kavşakta hızını azaltmaması sebebiyle mazur görülemez⁹⁸¹. Benzer şekilde dikiz aynasına bakmadan veya hız sınırını aşırı şekilde aşarak yapılan sollama manevrası ağır ihmal ithamını haklı çıkarır⁹⁸².

Bokelmann, gerçek anlamda yani kaçınılmaz bir anlık hatanın ne zaman oluştuğunu doğrulamanın imkansız olduğu görüşündedir. Karayolu trafiğinde veya kendi iş

⁹⁷⁹ BOKELMANN, s. 23.

⁹⁸⁰ OLG Hamm 20. Zivilsenat, T. 28.03.1990, K. 146/89, kararın açık erişimi için bkz. http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j1990/20_U_146_89urteil19900328.html, (Erişim T. 20.07.2023).

Yolda aniden beliren bir hayvan karşısında refleks olarak hafifçe direksiyonu kırma veya son anda yanan kırmızı ışıkta geçme gibi anlık hatalar genellikle ağır ihmal olarak nitelendirilmemektedir, bkz. **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 101.

⁹⁸¹ BGH kararının gerekçesinde, “Anlık bir hata, -istinaf mahkemesinin düşündüğü gibi- gerekli ve yeterli olan özenin gösterilmemesini haklı gösterecek kâfi bir neden değildir. Ortaya çıkan hangi nedenlerin kusur isnadını azaltmaya uygun oldukları münferit olay sorunudur. Burada eylemin tehlikeliliği de bir rol oynamaktadır, zira olası rizikonun büyüklüğüyle birlikte beklenen özenin ölçüsü de büyümektedir (...). Bir kavşağı geçmek bilhassa da trafiğe katılan kimse için kırmızı ışık ile yol engellenmişse yüksek bir riski beraberinde getirmektedir. Bu yüzden de trafiğe katılan kimseden özel bir dikkat istenmektedir. Ortalama özene sahip bir sürücünden kavşakta trafik lambalarına dikkat etmek gibi yapabileceği asgari bir konsantrasyonu göstermesi beklenebilir ve beklenmelidir. O, çok kısa ve önemli bu süreçte başka türlü davranamaz (...). Sorumluluktan kurtaracak hal ve şartların yokluğu dolayısıyla mevcut olayda davacı, sübjektif olarak kırmızı ışığa dikkat etmemesi ve kavşakta hızını azaltmaması sebebiyle mazur görülemez.” ifadelerine yer vermiştir. BGH, NJW 1992, 2418, açık erişim için bkz. <http://www.verkehrsexikon.de/Urteile/Rspr9147.php>, (Erişim T. 20.07.2023).

⁹⁸² **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 101.

alanında faaliyet gösteren herkesin zaman zaman bu tür hatalar yaptığı doğrudur, ancak olası ihlallerin “yapılma sıklığı” ve çeşitliliği, kesin bir tespit yapılmasını imkansız kılmaktadır. Davranışta bulunanın çoğu zaman yanlış davranışın gerçekte nasıl meydana geldiğini tam olarak bilmemesi de anlık hatanın bir özelliğidir. Bokelmann’a göre unsurları tipik olarak açıklanabilir olmadığından anlık hata, temelde bir ispat sorunu olarak ortaya çıkar. Anlık hata, uzun vadeli bir faaliyetin ve buna bağlı olarak kaçınılmaz konsantrasyon kaybından kaynaklanır⁹⁸³.

König, anlık hataların kaçınılmazlığından söz edildiğinde bunun bilimsel anlamda kaçınılmazlık olmadığını; belirleyici faktörün, kaçınma için alınabilecek önlemlerin günlük rutin faaliyetlerde alınmasının kişiden beklenemeyeceği, bunun makul karşılanamaması olduğunu belirtmektedir. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse anlık bir hata durumunda, hatasız bir davranış için koşullar yaratmanın mantıksız olması söz konusudur. Anlık bir hata için sorumluluktan muafiyet, yalnızca sigorta hukuku veya karayolu trafiği alanında değil, ağır ihmalin tüm uygulama alanlarında uygun bir değerlendirmedir. Çünkü anlık hatanın temel kabulü, öncelikle bir normun amacına ilişkin değerlendirmelere değil, tüm ağır ihmal durumlarında aynı olan insan doğasının yetersizliğine dayanmaktadır⁹⁸⁴.

Sonuç olarak sürekli konsantrasyon gerektiren bir faaliyet sırasında ortaya çıkan ve makul önleyici tedbirlerle engellenemeyen kısa süreli ve bir defaya mahsus özen ihlali durumunda anlık hata meydana gelir. Anlık bir hatanın varlığı, tüm uygulama alanlarında ağır ihmali kural olarak ortadan kaldırır. Ancak somut olayın ağırlaştırıcı koşulları istisnai olarak anlık bir hatanın, ağır ihmali ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemesini haklı kılabilir. Özellikle kırmızı trafik ışığında geçmek, bazen ağır ihmal teşkil edebilir.

hh. Unutma Vakaları

Genellikle anlık hata deyimiyle özdeşleşen durumlar içinde “unutma vakaları” özel bir yer tutar. Unutma vakalarının özelliği anlık hatanın aksine kısa süreli olma özelliği ile sınırlandırılmamasıdır. Yine, sürekli konsantrasyon gerektiren bir aktivite de

⁹⁸³ BOKELMANN, s. 22 vd.

⁹⁸⁴ KÖNIG, s. 106-108.

gerektirmez. Daha ziyade, çok sık tekrarlanan basit rutin eylemler söz konusudur. Ancak farklılıkların yanında anlık hatalarla ortak yanları da vardır. Unutkanlık durumunda da unutmamayı sağlayacak önlemler alınarak özensiz davranış önlenebilir. Ancak buradaki soru yine, bunun hangi koşullar altında makul olduğudur. Örneğin, yemek pişirirken tehlike oluşturabilecek tüm kaynaklarının birkaç kez kontrol edilmesi düşünülebilir. Ancak yemek yapmak gibi rutin işlerde olası tehlikeleri önlemek bakımından özel tedbirlerin alınmasını beklemek makul olmaz. Örneğin kişilerden, evden aceleyle çıkarken ışığın, ütünün, ocağın, bulaşık makinesinin, çamaşır makinesinin vs. kapalı olup olmadığını, ayrıca tüm camların kapatılması ve dış kapının sadece kapatılmayıp aynı zamanda kilitlenmesini daima bilinçli olarak düşünmeleri istendiğinde ve bu gibi tedbirleri unutmaları sebebiyle oluşacak zararlarda ağır kusurları kabul edilecek olduğunda çok ağır bir ölçü kullanılmış olur. Dolayısıyla anlık hataya benzer olarak unutma vakaları, ağır ihmali dışlayan emareler arasında görülmelidir⁹⁸⁵. Buna karşılık araba anahtarının bagaj kilidinde veya kontak anahtarının kontak üzerinde unutulması; güneşliğin arkasında saklanan anahtarın orada unutulması vakalarında eğer uzun süre araçtan uzak kalınmışsa hırsızlık riski açısından ağır kusur suçlaması yapılabilir⁹⁸⁶.

ii. Yerleşmiş Özensiz Davranışlar

Gösterilmesi gereken özenin, istisnaen değil de rutin olarak ihlal edilmesi özellikle çalışma hayatında gözlemlenebilmektedir. Çalışma hayatında bu şekilde yer edinmiş ve alışılmış hale gelen özensizliğin, gösterilmesi gereken özenden sapması söz konusu olduğunda ihmalin derecesinin ağır olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Esasında yaygın fiili uygulamalar dairesinde hareket etmiş olmanın, ihmali ortadan kaldırmayacağı genel olarak söylene⁹⁸⁷ de bu tarz bir davranışın ağır ihmal yargısı üzerinde bir etkisinin olup olmayacağı incelenmelidir.

Reuter şöyle bir bakışa sahiptir: yerleşmiş özensiz davranışlar, sadece yaygın olduğu iş çevresine mensup olanlar arasında dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir işletmede rutin

⁹⁸⁵ KÖNIG, s. 127.

⁹⁸⁶ PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 46.

⁹⁸⁷ REİSOĞLU, s. 173; GÜVEN, II, s. 160; PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 33; TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 57, dn. 35.

olarak yapılan özensizce davranışlar, işletmedeki bir çalışan bakımından sorumluluğu hafifletici bir karakter taşıyabilir, ancak işletmeye yabancı olan dışarıdan bir kişi bakımından hafifletici sebep olamaz⁹⁸⁸.

Hukukumuzda Tunçomağ, bir tedbirsizliğin sık sık yapıyor olması ve bunun sorumlunun ait olduğu çevrede hoşgörü ile karşılanmasının ihmalin derecesinin tespiti yönünden bir önemin bulunmadığını belirtmektedir. Çünkü önemli olan, genel ve toplumun menfaatlerini korumanın emrettiği özendir⁹⁸⁹. Yargıtay da işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu özelinde aynı yönde içtihatla bulunmuştur⁹⁹⁰.

Yerleşmiş özensiz davranışların ağır ihmali ortadan kaldıran ve sorumluluğu hafifleten bir sebep olamayacağının Alman içtihat ve uygulamasında genel olarak kabul edildiğini belirtmekle birlikte KÖNIG, işçilerin sorumluluğu bakımından bir istisna yapılması gerektiği görüşündedir. Çünkü bir işletmede özensizlik adeta kural haline gelmişse, bireysel olarak çalışan kişi üzerinde bunun dışına çıkmaması, alışılmışla aynı şekilde davranması konusunda önemli bir sosyal baskı olabilir. Bu sosyal baskı, onun gereken özene uymasını beklenemez hale getirebilir ve böylece davranışta bulunan kişi mazur görülebilir. Bunun gibi istisnai durumlar bir kenara bırakılırsa genel olarak yerleşmiş özensiz davranışların, ağır kusurun varlığını ortadan kaldırmayacağı ifade edilebilir⁹⁹¹.

jj. Koruma Normlarına Aykırılık

Koruma normlarına aykırılığın, hafif ihmali ağır ihmalden ayırmak için bir kriter olup olamayacağı üzerinde durulmalıdır. Koruma normları, öncelikle yaşam, sağlık veya önemli malvarlığı değerlerini korumaya hizmet eden tüm normlardır. Bu tür kurallar, hukuki düzenlemelerden (örn. karayolu trafik düzenlemeleri, kolluğa ilişkin düzenlemeler, DIN veya TSE gibi kurumların belirledikleri standartlar), alana özgü özel meslek ve sanat kurallarından, işlem hayatında hakim olan yükümlülüklerden veya ürünler için işletme ve kullanım talimatlarından (örneğin zehirli bir pestisit için) ya da

⁹⁸⁸ v. REUTER, Eberhard, Grobe Fahrlässigkeit im Privatversicherungsrecht, juristische Dissertation, Karlsruhe 1977, s. 43, (naklen KÖNIG, s. 129).

⁹⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 265.

⁹⁹⁰ Yarg. 10. HD., E. 2007/6310, K. 2008/2821, T. 04.03.2008, "... Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı, işverenin önlem alma ödevini etkilemez. İşveren, çalıştırdığı sigortalının beden ve ruh tamliğini korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdür..." ,www.legalbank.net, (Erişim T. 03.04.2024).

⁹⁹¹ KÖNIG, s. 135 vd.

sözleşmelerden kaynaklanabilir. RÖHL, ağır ihmal kriteri olarak tipik tehlikeli durumlar için belirli davranışları emreden önceden oluşturulmuş davranış kalıplarına, diğer deyişle koruma normlarına başvurulmasından yanadır. Çünkü bu tür normlar özellikle büyük ve tipik tehlikeleri önlemeyi amaçlar ve dikkate alınmamaları kural olarak özellikle tehlikeli bir duruma yol açar⁹⁹². Güvenlik açısından getirilen bu normların yaygınlığı ne kadar fazla ise bilinirliği de o kadar fazladır ve ihlal edilen normun bilinirliği ne kadar yüksekse bunu ihlal edenin ağır kusurlu olma ihtimali de o kadar artar⁹⁹³. Teknik bir cihazın kullanım kılavuzunda yer alan özel güvenlik kurallarının göz ardı edilmesi; uzmanların katılımıyla ilk kurulumunun yapılması veya işletmeye alınması gereken tehlikeli bir sistemin uzman desteği olmadan faaliyete alınmaya kalkışılması ağır ihmal için emare teşkil eder⁹⁹⁴.

Bu hususta çekinceleri olan König ise şu değerlendirmeleri yapmaktadır: koruma normları, kullanım talimatlarından, konuya özel teknik kurallardan veya “işlem hayatında hakim olan yükümlülüklerden” türetilirse, o zaman muhtemelen hemen hemen her özen ihlalinde bazı koruma normlarının ihlal edildiği belirlenebilecektir. Örneğin, meskûn bir bölgeden 55 km/sa hızla geçen herkes, şehir içi hız sınırını 50 km/sa olarak belirleyen korunma normunu ihlal etmiş olur. Fakat bu ihlal, ağır ihmalin tespiti için herhangi bir bilgi değeri taşımaz ve bir kriter olarak değerlendirilemez⁹⁹⁵.

kk. Durumun Zorluk Derecesi

RÖHL’ün atıf yaptığı ancak katılmadığı pratik bir kurala göre, kusurun derecesini değerlendirirken, ele alınacak durumun zorluk derecesi önemlidir. Karmaşık bir durumda kusur, genellikle hafif ihmal olarak kabul edilirken, basit bir durumda kusur genellikle ağır ihmali temsil eder. Bu kurala katılmama sebebini ise şu şekilde izah etmektedir: özellikle basit ve açık durumlarda stresin azaldığı ve küçük bir hatanın büyük sonuçları olduğu sıkça yaşanır. Buna karşın zor ve karmaşık durumlar ise dikkat göstermek için büyük bir motivasyon zemini oluşturur, bu nedenle küçük bir hatanın

⁹⁹² RÖHL, s. 525.

⁹⁹³ PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 34.

⁹⁹⁴ PRÖLSS/MARTIN/ARMBRÜSTER, VVG § 81, pn. 34-35.

⁹⁹⁵ KÖNIG, s. 142.

dahi yapılacağı kesin değildir⁹⁹⁶. KÖNIG, Röhl'ün bu düşüncesine katılmakta ve zor durumlarda davranışta bulunanın sadece motivasyonunun değil aynı zamanda dikkat etme yükümlülüğünün de arttığını gerekçe olarak eklemektedir. Ayrıca ona göre zor bir durum ile kolay yönetilebilir bir durum arasında ayırım yapmak neredeyse imkansızdır. Örneğin çalışanın sorumluluğuna ilişkin içtihat, doktrinin ısrarıyla, tehlikeli iş ile tehlikesiz iş arasında ayırım yapmanın pratik olarak neredeyse imkansız olması nedeniyle tehlikeli iş kavramından vazgeçmiştir. Dolayısıyla bir durumun zorluk derecesi, ağır ihmal için bir kriter olmamalıdır⁹⁹⁷.

c. Ağır İhmale Yaklaşımların Değerlendirilmesi ve Sonuç

Ağır ihmali tanımlamadaki güçlük, ihmal teşkil eden durumlara ilişkin olarak bu kavramla yapılmak istenen soyutlamanın zor olmasıdır. Bu zorluk hem ihmal teşkil eden davranışların sayısının ve ortaya çıkış biçiminin sayılamayacak kadar çok olması hem de ağır ihmalin uygulama alanını oluşturan normların amaçlarının her zaman aynı olmamasıdır. Tanım girişimlerinde “ağır” ifadesi yerine “özellikle ciddi”, “olağan dışı” gibi ifadelerin kullanılması da kavramın içeriğini ortaya koymak bakımından verimsizdir ve detaylara hakim olmayan kişiler için ağır ihmal kavramı hakkında bir fikir sunabilirse de hukukçular için çok az pratik önem taşır. Bu bakımdan, öğretide ağır ihmalin, dört başı mamur bir tanımının yapılamayacağını söyleyen görüşe üstünlük tanımak gerekir. Bunun sebebi öncelikle “derecelendirme sorunu”ndan kaynaklanmaktadır: Kusursuz davranış ile hafif ihmal arasında niteliksel bir fark vardır ve bu fark, özen ölçüsünün ihlali olarak nispeten güvenli bir şekilde tanımlanabilir. Öte yandan, hafif ve ağır ihmal arasında yalnızca derecesel, yarı-niceliksel bir fark vardır. Bu derecesel fark, dilsel olarak kesin formüllerle ifade edilemez. Derece sorunu nedeniyle ağır ihmal tanımlarındaki belirsiz olan “ağır” terimi aynı derecede belirsiz başka bir terimle değiştirilebilir. Yine ağır ihmalin tespit edilmesinde somut olayın tüm koşullarının dikkate alınmasının gerektiği ifade edildiğinde esasen dolaylı olarak bu kavramın net olarak tanımının yapılamayacağı da bir kez daha itiraf edilmiş olur. Ayrıca, ağır ihmalin tüm uygulama alanları için somut bir tanım oluşturma girişiminin sonuçsuz kalacağı, farklı normların farklı amaçlarını kısa bir tanımla yansıtabilmeyi

⁹⁹⁶ RÖHL, s. 524.

⁹⁹⁷ KÖNIG, s. 145 vd.

hayal etmenin güç olmasıyla ve uygulama alanlarının sayısına özen ile ilgili akla gelebilecek tüm ihlallerin hesaplanamayan sayısı ve şeklinin de eklenmesiyle daha güçlü bir şekilde söylenebilir.

Hukukun ekonomik analizi teorisinin ağır ihmali tanılama girişimi için de bir paragraf açmak gerekirse, bu yaklaşımın da belirsizlikleri gideremediği kanaatindeyiz. Öncelikle ekonomik analiz, maliyeti, tedbirin alınması ve söz konusu riskin bertaraf edilmesi durumunda elde edilecek faydadan “açıkça ve oldukça düşük” olan bir güvenlik tedbirini almayan kimsenin ağır ihmalli davranacağı tespitini yapmaktadır. “Açıkça ve oldukça düşük” sözcükleri “ağır” sözcüğü kadar belirsizdir. Ayrıca, işlem hayatı kurallarına uygun bir davranışın maliyetinin gerçekten her zaman yeterince belirlenip belirlenemeyeceği ve her bir davranışın belirli maliyetler bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği zaten tartışmaya açıktır. Örneğin bir sürücünün kırmızı ışıktaki geçmemek için göstermesi gereken dikkatin maliyeti olabilir mi? Ya da bir sigortalının çamaşır makinesini veya bulaşık makinesini kullanımdan sonra su basıncı altında bırakmamak için harcaması gereken konsantrasyon ve çabanın maliyeti ölçülebilir midir? Taşıdığı eşyanın kıymetini dahi bilmeyen nakliyeciyi, alacağı güvenlik tedbirlerini ekonomik kriterlere göre nasıl hesaplamalıdır? Bu gibi sorgulamalarla ekonomik analizin, davranış ağır ihmal olarak sınıflandırmanın nihayetinde her zaman matematiksel kesinlik ile karar verilemeyen bir değer sorunu olduğunu yeterince vurgulamadığı belirtilebilir. Ancak yine de ekonomik bir değerlendirmeye uygun olan durumlarda ağır ihmal kavramını açıklayabilmeye aday ve değerlendirme için çeşitli kriterlerden biri olarak kullanılmaya elverişli olduğu da itiraf edilmelidir.

Öğretide ağır ihmalin tespitine ilişkin kriterler kataloğu, hukuk uygulayıcısı için “altlama” konusunda bir tür kontrol listesi görevi görebilir, ancak sayısız miktarda düşünülebilen bütün özen ihlalleri göz önüne alındığında eksiksiz bir kataloğun ortaya konulamayacağı hatırlanmalıdır.

Bugün için hakim olan anlayış, ağır ihmal kavramının bütün medeni hukukta tek tip olduğundan hareket etmektedir; ayrıntılı bir gerekçe gösterilmese de bunun arkasında hukuk düzeninde birlik şeklindeki hukuki-politik amaç bulunur⁹⁹⁸. İşlem hayatında

⁹⁹⁸ KÖNIG, s. 65.

gerekli özenin özellikle olağandışı bir ölçüde ihlal edildiği ve verili koşullar altında herkes için açık olması gerekenin fark edilmemiş olması ağır ihmali belirtir⁹⁹⁹. Sürekli dikkat gerektiren bir işte anlık bir aksama dahi ağır ihmal olabilir. Failin içinde bulunduğu hal ve koşullar gözetildiğinde kendisinden beklenebilecek asgari dikkat ve özeni gösterdiği takdirde hukuka aykırı sonucu önleyebilecekken bunu yapmamışsa ağır ihmalden bahsedilecektir¹⁰⁰⁰.

Ağır ihmal, işlem hayatında gerekli özen için aranan koşulların objektif olarak ağır ve subjektif olarak mazur görülemeyecek şekilde ihlali olduğunda ortaya çıkar. Hafif ihmal ise ağır ihmal için aranan bu özel nitelikler karşılanamadığında söz konusu olur; diğer deyişle ağır ihmalin zıddı olarak ağır olmayan ihmal, hafif ihmaldir¹⁰⁰¹.

d. Hafif İhmal

Hafif ihmal öğretide, herkesin değil ancak dikkatli ve tedbirli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin gösterilememesi olarak anlaşılmaktadır¹⁰⁰². Herkesin başına gelebilecek küçük bir dikkatsizlik veya basit bir muhakeme hatası prensip olarak hafif ihmaldir¹⁰⁰³. Borçlunun davranışı, herkesten beklenen en temel, en basit dikkat ve tedbirleri ihlal etmemesine rağmen yine de mazur görülemiyorsa kusurun derecesi hafif ihmal olarak değerlendirilir¹⁰⁰⁴. Bize göre hafif ihmal, tespit edilen model tipin göstermesi gereken davranışa yakın bir davranış gösterilmekle birlikte ancak çok dikkatli ve özenli davranılsaydı tam anlamıyla yerine getirilebileceği varsayılan ancak bu yapılmadığı için model davranıştan küçük ölçüde sapan davranışın kusurudur¹⁰⁰⁵. Failin davranışı hafif bir özensizlik içinde sergilenmiştir ve bu yönüyle model tipin

⁹⁹⁹ **ERMAN/WESTERMANN**, § 276, kn. 16; **JAUERNIG/STADLER**, BGB § 276, kn. 33; **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 653.

¹⁰⁰⁰ **TANDOĞAN**, s. 55; **OĞUZMAN/ÖZ**, C. 2, kn. 159, s. 58; **ERDOĞAN**, s. 128; **ALTOP**, s. 98; **TUNÇOMAĞ**, s. 264.

¹⁰⁰¹ **BeckOK BGB/LORENZ**, BGB § 276, kn. 19; **FIKENTSCHE/HEINEMANN**, kn. 653; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 56; **KOLLER**, § 48, pn. 55; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §18, pn. 13

¹⁰⁰² **FEYZİOĞLU**, s. 151; **EREN**, s. 605; **REİSOĞLU**, s. 173; **KILIÇOĞLU, A.**, s. 407; **NOMER**, pn. 114.1.

¹⁰⁰³ **GIGER**, Art. 99 OR, pn. 5.

¹⁰⁰⁴ **GAUCH**, pn. 273.

¹⁰⁰⁵ **FURRER/WEY**, kn. 21. Krş. **TUNÇOMAĞ**, s. 264; **SANLI**, s. 102. Krş. **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 977; **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 194; **ÜNAL**, s. 419; **BAYSAL**, HFH, pn. 2.44; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 82.

davranışından sapması küçüktür¹⁰⁰⁶. Örneğin önemli riskleri barındıran cerrahi bir müdahaleyi başarıyla gerçekleştiren hekimin kesiği kapatırken birkaç dikişi eksik bırakması nedeniyle hastanın hafif kanamasının olması; bir gazetecinin haberin gerçekliği konusunda her türlü araştırmayı yapmış olmasına rağmen meselenin çok yan noktalarına ilişkin bazı bilgilerin gerçek dışı olduğunun anlaşılmasında hafif ihmal söz konusudur¹⁰⁰⁷. Kanun, ağır ihmale atıf yapmadığı sürece hafif ihmal sorumluluk için yeterlidir.

Katılmadığımız bir görüş bilinçli ihmalin, ağır ihmal - hafif ihmal ayrımında ağır ihmale karşılık geldiğini belirtmektedir¹⁰⁰⁸. Hatırlatmak gerekirse bilinçli ihmalde belirleyici olan tehlikeyi fark eden kişinin zararın oluşmayacağına güvenmesi, gerekli emniyet tedbirlerini almadan hareket etmesidir. Röhl bu noktada herhangi bir hukuki menfaate yönelik olan değil, ancak ferdileştirilebilir bir hukuki menfaate yönelik bir tehlikenin fark edilmesi halinde bilinçli ihmalden söz edilebileceğine işaret etmiştir. Aksi takdirde örneğin arabasına binerken genel olarak karayolu trafiğindeki tehlikeleri düşünen araç sürücüsü de bilinçli ihmalle suçlanabilir olurdu. Ağır ihmalin varlığı için koruyucu bir normun kasıtlı olarak ihlal edilmesini de arayan Röhl, somut olarak korunan menfaatin bilinçli olarak tehlikeye atılmasının, normun ihlali ile zarar verici sonuç arasında gerekli sübjektif ilişkiyi yarattığını da düşünmektedir¹⁰⁰⁹.

Bilinçli ihmalle ağır ihmal arasındaki ilişkiye dönülecek olursa, öğretide geçmiş dönemde ancak bilinçli ihmalin ağır ihmal olabileceği düşünülmüştür. Bu düşüncenin arkasında muhtemelen kast ve ağır ihmalin birbirine paralel konumu ile ceza hukukunda taksirli suçlarda bilinçli taksirin, ceza sorumluluğunu arttıran bir işlevi olması yatmaktadır. Ancak bilinçsiz ihmalin bazı durumlarda bilinçli ihmalden daha büyük bir kusur teşkil edebilmesi mümkündür ve bu doğrultuda günümüzde bilinçsiz ağır ihmal vakalarının da olabileceği görüşü yerleşmiştir. Bir durumun tehlikeliliğine veya bir sözleşmeye aykırılık ihtimaline gözlerini kapatan kimse, korunmaya layık değildir ve davranışı ağır ihmal olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla bilinçli ihmal, ağır ihmalin

¹⁰⁰⁶ FURRER/WEY, kn. 21; GÜVEN, II, s. 162; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 159, s. 58; GÖNÜL KOŞAR, s. 202. Krş. GAUCH, pn. 273.

¹⁰⁰⁷ KILIÇOĞLU, A., s. 407.

¹⁰⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 160.

¹⁰⁰⁹ RÖHL, s. 526-527.

zorunlu bir unsur olmadığı gibi “bilinçsiz ihmal de her zaman hafif ihmal teşkil eder” önermesinde bulunulamaz¹⁰¹⁰. Bilinçsiz ihmal duruma göre ağır ihmal de teşkil edebilir hafif ihmal de teşkil edebilir. Örneğin öngörülme unsurunun çok titiz davranmakla mümkün olduğu bir durumda, kişinin bilinçsiz ihmali hafif kusura karşılık gelecek iken; en basit özenin gösterilmemesi sebebiyle öngörmenin gerçekleşmemiş olması ağır kusur sayılacaktır.

e. Orta İhmal

Öğretide, ihmalin ağır ve hafif olması şeklinde net bir ayrımın yapılamadığı ve ikisi arasında orta ihmal ile ifade edilebilecek gri alanların bulunabileceğine işaret ederek orta ihmal kavramına da yer veren görüşler bulunmaktadır¹⁰¹¹. Özellikle İsviçre hukuku öğretisinde bu kavram kullanılmaktadır. Kişinin davranışı, model tipin davranışıyla kıyaslandığında arasında bariz bir sapma veya büyük ölçüde örtüşmenin olmadığı dolayısıyla hafif veya ağır ihmal yargısının yapılamadığı örnekler düşünülebilir. Model tipten, eserin yapımında uluslararası standartları taşıyan ara parçalar kullanmasının beklendiği bir örnekte somut yüklenicinin uluslararası standartlara uygun olduğunu düşündüğü ancak sadece yerel standartlara uygun olan parçalar kullanmış olması ağır veya hafiften ziyade orta ihmal türünden bir kusur derecesinin kabulünü haklı kılabilir. Türk hukukunda da orta ihmal teriminin eserlerde görünürlüğü artmaya başlamıştır¹⁰¹². ANTALYA’ya göre kanunda yer almayan böyle bir ara kademenin yaratılması, hafif kusurun ağır kusurun olumsuzluğu; ağır kusurun da hafif kusurun olumsuzluğu olarak tanımlanması karşısında gereksiz bir karışıklığa sebep olacaktır¹⁰¹³. Orta ihmali kavramsal olarak kabul eden bir görüş¹⁰¹⁴, kusurun derecelendirilmesi bakımından ise orta kusur ifadesini kabul etmeyip orta ihmali, hafif kusur içinde görmektedir.

Biz orta ihmal ve dolayısıyla orta dereceli kusur kavramlarına, kusurun izahında başvurulabileceği, kendilerinden yararlanılabileceğini düşünmekteyiz. Buradaki faaliyet

¹⁰¹⁰ KÖNIG, s. 184.

¹⁰¹¹ GAUCH, pn. 274; KOLLER, § 48, pn. 44; FURRER/WEY, kn. 21; ROBERTO, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2002, § 7, pn. 236; EREN, s. 605; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn.974, 976; KILIÇOĞLU, M., s. 143; UYUMAZ, s. 533.

¹⁰¹² NOMER, pn. 114.1; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 976; KILIÇOĞLU, M., s. 143; UYUMAZ, s. 533; BAYSAL, HFH, pn. 2.44.

¹⁰¹³ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 196.

¹⁰¹⁴ Bkz. GÖNÜL KOŞAR, s. 203.

kastın, doğrudan ve dolaylı; ihmalin bilinçli ve bilinçsiz olarak ayrılıp incelenmesi ve dolaylı kast-bilinçli ihmal farkının ortaya konulmaya çalışılmasına benzer olacaktır. Amaç, model bir davranış örneğinden yola çıkılarak sorumluluğu değerlendirilen kişi hakkında kusur konusunda bir değer yargısına ulaşmak olduğuna göre muğlak noktalarda zihni bulanıklığı gidermek adına kanunda yer verilmeyen bu kavramlarla çalışılabilir. Nitekim bu çaba, öğretinin bir işlevine, varlık sebebine de dayandırılabilir. Fakat asıl sorun bu kavramların salt teorik düzeyde mi kalacağı yoksa kanunda açıkça kendilerine sonuç bağlanmasa da pratik değer taşıyabilip taşıyamayacağıdır. İsviçre öğretisinde pratik değer dahi taşıyabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰¹⁵. Biz TBK sisteminde kendilerine hukuki sonuç bağlanmamış olduğundan pratik anlamda uygulama kabiliyeti kazanamayacakları düşüncesindeyiz. Ağır kusurun bulunduğu söylenemedikçe ağır kusura bağlanan sonuçların orta ihmalde gündeme getirilmesi söz konusu olmamalıdır.

D. KUSURUN AĞIRLIK DERECELERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Adalet Bakanlığı 1998 yılında Borçlar Kanunu Tasarısı Hazırlama Komisyonu oluşturmuş ve Komisyon yedi yıllık çalışma sonucunda bir taslak metin ortaya çıkarmıştır. Henüz tasarı halini almayan taslak metnin 49. maddesinde kusurun tanımına yer verilmekteydi. Maddeye göre, “*Kusur, bir davranışın hukuk düzenince kınanacak biçimde kasten veya ihmal suretiyle gerçekleşmesidir. Kast, zararlı sonucun doğumunu öngörerek ve isteyerek davranmaktır. İhmal, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir.*”¹⁰¹⁶. Eleştiriler doğrultusunda bu hüküm tasarının sonraki metninde yer almamıştır¹⁰¹⁷. Sorumluluk hukukunun kurucu unsurlarından biri olan kusur, genel bir

¹⁰¹⁵ Örnek için bkz. GAUCH, pn. 274; KOLLER, § 48, pn. 44.

¹⁰¹⁶ Madde metni ve Türkiye Bankalar Birliği’nin değerlendirme, görüş ve önerisi için bkz. https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal_Duzenlemeler/Turk_Borclar_Kanunu_Tasarisi/TBB_gorusu_Turk_borclar_Kanunu_Tasarisi.doc, (Erişim T. 13.06.2024).

¹⁰¹⁷ BAŞALP, s. 213.

kavram olarak düşünülmüş ve ağır kusur-hafif kusur ayrımı esas alınarak tasarının birçok maddesinde ağır kusur kavramına yer verilmiştir¹⁰¹⁸.

1. Ağır Kusur – Hafif Kusur Ayırımının Esas Alınmış Olması

TBK’de kusurun çeşitleri olarak kast ve ihmale değinen hükümler olmakla birlikte sorumluluk açısından sıklıkla tercih edilen ayırım ağır kusur – hafif kusur ayrımı olmuştur¹⁰¹⁹. Kusur sorumluluğunda kusurun her derecesi kural olarak zarar verenin sorumluluğuna yol açar. Ağır kusur ve hafif kusur arasında ayırım yapılması, kanunda ağır kusura sonuç bağlanan hallerin bulunması dolayısıyla önemli bir ayırımdır. Çalışmamızın üçüncü bölümü, farklı işleve sahip olan bu özel düzenlemeleri içermektedir.

Kusurun derecelendirilebilir olup olmadığı sorununa öğretide büyük ölçüde olumlu cevap veren yaklaşım, TBK’de de ağır kusur-hafif kusur ayrımının esas alınmasıyla benimsemiştir. Hukuk düzeninin bilinçli ve istenerek ihlal edilmesi sebebiyle kastın, kusurun en ağır hali olduğu ifade edilir¹⁰²⁰. TBK’de kastın yanına ağır ihmal de ilave edilmek suretiyle ağır kusur yapısı oluşturularak ikisinin de aynı hükümlere tabi tutulması amaçlanmıştır. Bu yaklaşıma göre kusur, ağır ve hafif kusur olarak ikiye ayrılır. Ağır kusur, kast ve ağır ihmalden; hafif kusur ise hafif ihmalden oluşur¹⁰²¹. Biz sıklıkla kullanılan bu ifadeye karşı bazı çekincelere sahibiz. Bu mesele esasında yukarıda kastı açıklarken de değindiğimiz doğal kast ve normatif kastın ayırt edilmesiyle de ilgilidir. Bu ayrımın bir örnek ile somutlaştırılması istenirse, iradeyi tamamen devre dışı bırakmayan ancak bilerek ve istenerek hukuka veya sözleşmeye

¹⁰¹⁸ BAŞPINAR, Veyssel, Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, s. 227-228.

¹⁰¹⁹ ANTALYA, Sorumluluk, s. 69. TBK m. 49 hükmünün gerekçesinde de “kast ve ihmalin, kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak, söz konusu fıkranın, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu şekline dönüştürüldüğü” ifade edilmiştir. 818 sayılı eBK m. 41’den farklı olarak kast ve ihmal yerine kusurdan bahsedilmiş olmasının, tazminat miktarı belirlenirken hâkime daha geniş takdir hakkı sağladığı, çünkü daha önce kast ve ihmal ana ölçeğinde takdir hakkı kullanılırken maddenin değişen hâliyle birlikte kasttan ihmale geniş bir yelpazede kusurun ağırlığının belirlenebileceği ve ona göre tazminata hükmedilebileceği belirtilmektedir. Bkz. OĞUZ, H., s. 282.

¹⁰²⁰ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 154; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 119; ÖZEL, s. 422; KORKMAZ, s. 65.

¹⁰²¹ TANDOĞAN, s. 54; ÜNAL, s. 419; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 202; GÖNÜL KOŞAR, s. 202-203. Orta ihmal de ihmalin bir türü olarak kabul edilecek olursa hafif kusurun, hafif ve orta ihmalden oluştuğu söylenecektir.

aykırı davranışın yapılmasına sevk eden zorlama (cebir) iyi bir hareket noktası olabilir. Bugün öğretiyeye baktığımızda klasik kusur anlayışına göre kusurun çeşitlerinin etkisinde kalınarak doğrudan kast, dolaylı kast ve bilinçli ihmalin ağır kusuru oluşturduğu ifade edilmektedir. Bilinçsiz ihmalin ise hafif veya ağır kusur teşkil edebileceği belirtilmektedir. Bizim kanaatimize göre ise ağır kusur- hafif kusur ayrımında kast ve ihmalin türleri yol gösterici olabilir ama kesin ölçütler değildir¹⁰²². En uç noktadan örnek verecek olursak bir kişinin kasten hareket ettiği öyle örnekler olabilir ki kişinin kusurunun hafiflediği veya tamamen ortadan kalktığı yine de söylenebilir. Böyle durumlarda basit bir tabirle kast en büyük kusurdur ve bu sebeple failin kusur derecesi ağır kusurdur denilememelidir. Kasten hukuka aykırı davranan bir kimse, iradeyi bütünüyle felce uğratmayan bir cebre veya korkutmaya maruz kalmış ise ağır kusurlu olduğu yargısı yapılabilecek midir? Bu kabul edilen kusur görüşüne göre farklı cevaplanabilecek olsa da benimsediğimiz objektifleştirilmiş kusur teorisine göre böyle bir örnekte hafif kusurun bulunduğu yargısının yapılabileceği düşüncesindeyiz. Zira model tipin de somut olayın şartlarında, ki bu arada cebrin veya korkutmanın tesiri altında, göstermesi gereken davranış tespit edildiğinde ve failin davranışı ile model davranış kıyaslandığında arada sapma yok denecek kadar azsa bu fikir yürütme süreci, bu sonuca ulaşmaya neden olmaktadır. Dahası failin davranışı ile farazi model davranış arasında sapma hiç yoksa bu defa kusurun bulunmadığı dahi söylenebilecektir.

Sübjektif kusur teorisi benimsenirse, kastın türleri ve bilinçli ihmal halinde failin iradesi daha ağır kınanabilir vaziyette olacağından bu üç durumda da ağır kusurun bulunduğu ilk başta söylenebilir. Fakat zorlama (cebir) gibi dış bir etken iradeyi etkilemiş ise yine kusurun ağırlığı azalacak veya ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla bizim vardığımız sonuç ağır kusur – hafif kusur ayrımında, kast ve ihmalin çeşitlerinden yararlanmanın mümkün olduğu ancak her zaman buna göre belirleme yapmanın yanlış sonuçlar verebileceğidir.

Öğretide bahsi kazanmak için hız sınırını aşmak ile hastayı acile yetiştirmek için hız sınırını aşmak örnekleri kıyaslanmakta ve ikincisinde kusurun daha hafif olduğu

¹⁰²² Nitekim öğretide de bilinçli ihmal ve bilinçsiz ihmal terimlerinin bugün artık terk edildiği belirtilmektedir, bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 265.

belirtilmektedir¹⁰²³. Benzer şekilde, fazla hız sebebiyle meydana gelen kazada şoförün spor amacıyla hareket etmesi halindeki kusurunun, acil bir hastaya yetişmek için hızlı gitmesinden daha ağır takdir edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰²⁴. Birbiriyle kıyaslanan bu iki durumda da esasında araç sürücüsünün kastı bulunmaktadır. Hız sınırını aşmayı ve buna bağlı olarak gelişebilecek olumsuz sonuçları öngörerek hareket etmesine rağmen kusurunun ağırlığının farklı olabilmesi mümkün müdür? Esasen bu mülahazanın temeli, ceza hukukunda 20. asrın başına kadar hakim olan kast teorisinden kusur teorisine geçiştir. Ceza hukukçusu FRANK, kast teorisinin psikolojik kusur yaklaşımını eleştirirken ve kast teorisinin normatif kusur anlayışının ilk taşlarını döşerken şu örnekleri vermiştir: bir işletmenin kasiyerinin oradan para aşırması ile para dolu mektubu taşıyan ve eşi ve çocuğu hasta olan kişinin mektuptaki parayı alması karşılaştırıldığında ikisi de kasten hareket eder. Ama ikicisinin kusuru daha hafiftir. Taksir (yani ihmal) şeklindeki kusurda da benzer durum olabilir: mesaiye yeni başlayan demiryolu bekçisinin yanlış makas değiştirmesi nedeniyle kazaya sebep olması ile mesaisinin sonuna doğru çok yorulmuş bir görevlinin bu hatayı yaparak kazaya neden olması karşılaştırıldığında ikisi de taksirle (ihmalle) davranmıştır. Ancak ikincisinin kusuru daha hafiftir. Dolayısıyla kast ve taksirden bağımsız olarak kusur, azalıp artabilir¹⁰²⁵.

Verilen bu örneklerle dayanarak biz de doğrudan kast, dolaylı kast, bilinçli ihmal vakalarının çoğu zaman ağır kusura işaret edebilecek olsa da bunun zorunlu olmadığını, kusurun ağırlık derecesiyle kusur formlarının her zaman örtüşmeyebileceğini, hukuka aykırı bir sonucu kasten gerçekleştiren bir kimsenin olayın gerçekleşmesindeki diğer olgulara bağlı olarak kusur derecesinde hafifleme olabileceğini düşünmekteyiz.

Kanaatimizce TBK'nin ağır kusur – hafif kusur ayrımını benimsemesi, aynı zamanda objektifleştirilmiş ölçüye göre kusurun belirlenmesinin istenmesinden kaynaklanmaktadır. Kusurun ağırlığı veya hafifliği, bir referans davranışla kıyaslamayı ve kıyaslamadan elde edilecek sonuçlara göre tespit edilebilir. Failin hareket tarzının ortalama hareket tarzından uzaklaştığı ve hukuka aykırı sonucu önlemeye engel olan

¹⁰²³ TANDOĞAN, s. 55; OĞUZ, s. 208; GÜVEN, II, s. 162.

¹⁰²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 265.

¹⁰²⁵ Aktaran, GÖKTÜRK, s. 8.

hususları bertaraf etme kolaylığının bulunduğu ölçüde kusur ağırdır¹⁰²⁶. Dolayısıyla model davranıştan büyük ölçüde sapan bir davranış varsa ağır kusur; model davranıştan önemsiz bir sapma varsa hafif kusur sonucuna varılacaktır¹⁰²⁷.

Roma hukukunda hafif ihmalin tespiti için daha önce üzerinde durduğumuz iki ölçüt kullanılmıştır. İyi bir aile babasının haksız fiile ilişkin olayda göstereceği farazi dikkat, özen, davranışın tespit edilmesi ve bundan sapan davranışların ihmal olarak kabul edilmesi fikrine dayanan iyi bir aile babasının (*bonus pater familias*) gösterdiği dikkat ve özen birinci ölçüyü; failin söz konusu somut olayda nasıl davranması gerektiğini tamamen kendi kişisel özelliklerine ve dikkat seviyesine göre tespit edilmesi ve bu tespitten sapan davranış tarzının ihmal olarak kabul edilmesi ikinci ölçüyü oluşturur¹⁰²⁸. TBK'nin ağır kusur ve hafif kusur şeklinde tercih ettiği sistematik de Roma hukukundan bu yana gelen önce bir ölçüt oluşturma ve daha sonra bu ölçütten sapmanın büyüklüğüne göre kusurun ağırlığını belirleme düşüncesine dayanmaktadır. Ancak TBK'de, BGB'de olduğu gibi genel bir hükümle kusurun tespiti için başvurulacak model davranışın ne olduğunu belirten genel bir hüküm bulunmamaktadır. Esasında bu konuda 2012 yılından önce de eBK genel bir hükme sahip değildi. Hizmet akdinde işçinin ihtimam mecburiyetini düzenleyen eBK m. 321 ve bu hükme atıfla eser sözleşmesinde müteahhidin sorumluluğunu düzenleyen m. 356/1 ile vekalet sözleşmesinde vekilin sorumluluğunu düzenleyen m. 390/1 hükümleri önem taşımaktaydı. İşçinin hizmet sözleşmesinde sorumlu olduğu özenin subjektif nitelikte olduğu, buna bağlı olarak da müteahhidin ve vekilin de subjektif bir ölçüye göre sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği düşünülebilecek ise de öğreti bu mantık silsilesini haklı olarak takip etmemiştir. Çünkü eserde yüklenicinin, vekalette vekilin durumu, hizmetteki işçinin durumundan farklıdır ve işlem hayatının gerekleri subjektif değerlendirmeden uzaklaşmayı gerektirmektedir. Nihayetinde haksız fiil alanında kusurun objektifleştirilmesi hemen herkesçe benimsendiği gibi akdi alanda da istisnalar bir kenara bırakılarak kusurun prensip olarak objektifleştirilmesi savunulmuştur. Yeri gelmişken bu istisnalara da hatırlatacak olursak en önemlisi adi ortaklıkta ihtimamın derecesini düzenleyen eBK m. 528/1 hükmünde yer alan şeriklerden her birinin şirket

¹⁰²⁶ TANDOĞAN, s. 55; ÜNAL, s. 419.

¹⁰²⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 466; KILIÇOĞLU, M., s. 144.

¹⁰²⁸ KORKMAZ, s. 73.

işlerinde, mutad olarak gösterdiği ihtimamı sarf etmek zorunluluğudur. Diğer bir önemli düzenleme ise eBK m. 321/2 hükmünde düzenlenen işçiye düşen ihtimam derecesinin akde göre belirlenmesi ve işçinin o iş için gerekli olup işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken malumat derecesi, mesleki bilgisi, yetenek ve niteliklerinin gözetilmesidir.

TBK'ye döndüğümüz zaman, genel ve açık bir hüküm düzeyinde olmasa da eBK dönemindeki eleştiriler de dikkate alınarak kusurun objektifleştirilmesinin benimsendiğini söylemek mümkündür. Bunun en önemli göstergeleri, eser sözleşmesinde yüklenicinin (TBK m. 471/2), vekalet sözleşmesinde vekilin (TBK m. 506/3) sorumluluğu konusunda, artık hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna atıf yapılmaması ve basiretli bir yüklenici ile basiretli bir vekil ölçütünün esas alınmasıdır. Ancak istisnaen adi ortaklıkta her ortağın kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlü tutulmasının TBK'de de sürdürüldüğü görülmektedir (TBK m. 628/1). İşçinin sorumluluğunun ise hala daha bu istisnalar içinde yer alıp almadığı, diğer deyişle subjektif temelde kalıp kalmadığı tartışmaya açıktır. Bu meseleyi çalışmamızın bir sonraki ana başlığında tekrar ele alacak ve detaylandıracağız.

Son olarak taşıma hukukuna yön veren bazı uluslararası sözleşmelerde¹⁰²⁹ “*pervasızca davranış*” ölçütüyle bir kusur türünün yer aldığı göze çapmaktadır. TTK m. 886 hükmünde de bu ölçüte yer verilerek taşıyıcının, zarara kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimali bilinciyle neden olması halinde kanunda öngörülen sorumluluktan kurtulma hallerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Böylece Türk kanun koyucusu da birçok konvansiyonda benimsenen tanımlamayı iç hukuka aktarmıştır. Pervasızca davranış kusurunun Anglo Amerikan hukuk sistemine özgü bir kusur türü olan “*wilful misconduct*” kavramından yararlanılarak geliştirildiği ve uluslararası Konvansiyonlarda kullanılmaya başlandığı belirtilmektedir¹⁰³⁰.

¹⁰²⁹ Bu hususta bkz. GENÇTÜRK, Muharrem, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları Ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi”, *AHBVÜ-HFD*, Y. 2012, C. 16, S. 4, ss. 117-148, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48111/608435>, (Erişim T. 05.02.2024), s. 119 vd.

¹⁰³⁰ GENÇTÜRK, s. 131.

Farklı hukuk sistemleri arasında uzlaştırma aracı olarak türetilen bu kavramın hukukumuzda yerleşik kusur terimlerinden hangisine altlanabileceği tartışmalıdır¹⁰³¹. Kanaatimizce pervasızca hareket, ağır ihmalin nitelikli bir halidir ki bu nitelik, zararın meydana gelme ihtimalinin öngörülmüş olmasıdır. Pervasızca davranış, ağır ihmalin herkesten beklenen en açık, en temel davranış gerekliliklerinin gösterilememesine karşılık geliyorken; zarar ihtimalinin bilicinde olunması, bilinçli ihmalin öngörme unsuruna karşılık gelir. Sonucun gerçekleşmesi doğrudan istenmediğinden ya da dolaylı olarak kabullenilmediğinden bu kavram, kasttan da ayrılır¹⁰³². Nitelikli bir ağır ihmal olduğunu düşündüğümüz bu kavrama bağlanan hukuki sonuç da ağır kusura bağlanan sonuca benzerdir. Şöyle ki çalışmamızın üçüncü bölümünde üzerine duracağımız üzere borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür ve böylece tazminat sorumluluğun sınırlanması kabul edilmez (TBK m. 115/1). Benzer şekilde TTK m. 886'ya göre de pervasız ve bilinçli bir davranışla zarara neden olunması, sorumluluk sınırlamalarından yararlanmaya engeldir¹⁰³³. Bu kavram hakkındaki nihai kanaatimize gelecek olursak, ulusal hukukumuz bakımından yerleşmiş olmayan bu kusur türüne TBK'de yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olmadığı; kusurun derecelerinin soyutlanmasıyla yapılan ağır kusur-hafif kusur ayrımının yeterli olduğu ve bu terimlerin istikrar kazanarak yerleşik hale gelmesi halinde kusur bakımından yeni değerlendirme yöntem ve kavramlarına ihtiyaç kalmayacağı düşüncesindeyiz.

2. Terk Edilmiş Bir Düzenleme: Manevi Tazminat Talebinin Kusurun Özel Ağırlığına Bağlılığı

¹⁰³¹ Öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. **KAHRAMAN**, s. 424.

¹⁰³² Öğretide bu kavramın -olası kasta daha yakın olmakla birlikte- olası kast veya bilinçli ihmale karşılık geldiği, nitekim kavramın kökeni olan İngiliz hukukunda, “wilful misconduct” denildiğinde, taşıyıcının zarar verme tehlikesini öngörmesine rağmen davranışlarını sürdürmesinin anlaşıldığı belirtilmektedir. Pervasızca hareket eden kişilerin, zarar verme kastları olmasa da zararın meydana gelebileceği bilicinde olmaları, ancak bunu bir sebeple göz ardı ederek ve zararın meydana gelmesi ihtimalini kabul ederek hareketlerini sürdürmüş olmaları söz konusu olduğu için pervasızca hareket, bir tür olası kast olarak anlaşılmalıdır, bkz. **KAHRAMAN**, s. 421-422, 425.

¹⁰³³ **MERAL, Ömer Oğuzhan**, “Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, ss. 1139-1206, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (Erişim T. 06.02.2024), s. 1155.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun m. 49 hükmü, 3444 sayılı Kanun¹⁰³⁴ tarafından 04.05.1988 tarihinde değiştirilmiştir. Değişiklikten önceki metinde¹⁰³⁵, zararın ve hatanın hususi ağırlığının gerektirmesi halinde manevi tazminatın talep edilebileceği belirtilmekteydi. Değişiklikten sonraki metinde kişilik hakkının hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğraması yeterli görülmüştür¹⁰³⁶. Değişiklikten önceki metinde kullanılan “hatanın hususi ağırlığı”ndan ifadesi, yanlış bir tercüme olup söylenmek istenen kusurun özel ağırlığıdır. İsviçre kanun koyucusu tarafından manevi tazminat için kusurun özel ağırlığı kıstasına yer verilmesinin sebebinin, o dönemde basının, hareket özgürlüğünün sınırlanmaması adına yapmış olduğu baskıdan kaynaklandığı belirtilmektedir¹⁰³⁷. Manevi tazminat için kusurun özel ağırlığının aranması İsviçre öğretisinde eleştirilmiş, bu eleştirilerin sonucunda 1983 yılında yapılan kanun değişikliğinde “kusurun özel ağırlığı” ifadesi madde metninden çıkartılmış, “zararın özel ağırlığı” ifadesi yerine de “zararın ağırlığı” ifadesine yer verilmiştir¹⁰³⁸.

Hukukumuzda 1988 yılına kadar manevi tazminat bakımından yürürlükte olan¹⁰³⁹ “hatanın hususi ağırlığı” kıstasın ne anlama geldiği, özellikle ağır kusur ile aynı şey

¹⁰³⁴ 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 Sayılı Borçlar Kanununun 49 uncu Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Kanun No: 3444, R.G. T. 12.5.1988, S.19812.

¹⁰³⁵ EBK MADDE 49/1 – Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyn ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette, manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebilir.

Kanun maddesi için bkz. **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet**, Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu, Cilt II Borçlar Kanunu, Üçüncü Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1979.

¹⁰³⁶ EBK Madde 49 – (Değişik: 4/5/1988 - 3444/8. md.)

Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Kanun maddesi için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.818.pdf>, (Erişim T. 20/08/2024).

EBK m. 49 hükmünü karşılayan TBK m. 58 hükmünde de benzer şekilde kusurdan bahsedilmemiş ve yine zararın ağırlığı gibi bir ifadeye yer verilmemiştir. Adı geçen düzenlemelerde kusurdan bahsedilmemesi öğretide manevi tazminat için kusursuz sorumluluk esasının benimsenip benimsenmediği tartışmasına yol açmıştır. Bu hususta bkz. **ERLÜLE, Fulya**, “Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın Özel Ağırlığının İşlevi”, *İKÜHFD*, C. 15, S. 2, ss. 647-668, Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2016, (Kıs. ERLÜLE, Kusurun İşlevi), s. 653 vd.

¹⁰³⁷ **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 65; **ÜNAL**, s. 420. İsviçre hukukundaki güncel durum hakkında özet bilgi için bkz. **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1302, 1303.

¹⁰³⁸ **ERLÜLE**, Kusurun İşlevi, s. 649.

¹⁰³⁹ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), m. 70 hükmünde manevi hakları haleldar edilen kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabileceğini düzenlemektedir. 7.6.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanunun m. 22 hükmüyle getirilen değişikliktan önce FSEK m. 70 hükmünde, 04.05.1988 tarihli değişikliktan önceki eBK m. 49 hükmünde olduğu gibi, manevi tazminat talebi için kusurun ve tecavüzün ağırlığı şartı aranmaktaydı. Öğretide eBK m. 49 hükmünde 1988 yılına yapılan değişikliğin zımnen FSEK m. 70 hükmünü de ilga ettiği savulmuştur. Buna göre FSEK m. 70 hükmünün uygulama alanına giren durumlarda sonraki hüküm olmak itibarıyla eBK m. 49 uygulanmalıydı. Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 627. Nihayetinde 1995 yılında FSEK m. 70’te yapılan değişiklikle eBK ile uyum sağlanmıştır ve bugün eBK m. 49’un karşılığı olarak yürürlükte

olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Çalışmamızın bu başlığında geçmişte kalmış olan bu tartışmaya kısaca temas etmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kusurun özel ağırlığı bir görüşe göre ağır kusurdan farklı bir anlama sahiptir. Kanun koyucu kusurun özel ağırlığı kavramı ile başkasını zarara uğratma kastı ile gerçekleştirilen kusuru kastetmediğini belirtmek istemiştir. Bu kavram duruma ve şartlara göre takdir edilmesi gereken fiili bir haldir¹⁰⁴⁰. Kişilik değerlerinin her zamankinden daha çok ve daha kolay bir şekilde önemli ölçüde ihlale uğrama tehlikesi var olduğundan kişiliği yeterince koruyabilmek, “hususî ağırlık” kavramını ağır kusurun yanı sıra durum ve şartlara göre bazen hafif kusuru da içine alacak şekilde yorumlamakla mümkündür¹⁰⁴¹. Kast ve ağır ihmal genellikle kusurun özel ağırlığına karşılık gelebilir ancak her zaman böyle olmak zorunda değildir. Yine hafif kusurlu bir davranışın da özel bir ağırlık taşıması mümkün olabilir. Öğretide failin hafifçe hareket etmiş olmasının, onun fiilinde tezahür eden zihniyetin alçaklığı ve bayağılığın “kusurun ağırlığı” şartını meydana getirebileceği belirtilmiştir¹⁰⁴².

Diğer bir görüşe göre kusurun özel ağırlığı, ağır kusur olgularına denk gelir ki bunlar kast ve ağır ihmaldir. Hafif kusurun bulunması manevi tazminat talebi için yeterli değildir. Kişilik değerlerinin ihlali ağır surette gerçekleşmiş olsa dahi kusurun hafif olması, manevi tazminat talebini engeller¹⁰⁴³.

Bugün gelinen noktada TBK manevi tazminat talebi için kusurun veya zararın ağırlığını bir unsur olarak aramamaktadır. Zararın ağırlığı, hükmedilecek manevi tazminatın belirlenmesinde esas değerlendirme kriteri işlevini yerine getirmektedir. Kusurun ağırlığı ise manevi tazminat taleplerinde eskiden sahip olduğu önemi taşımamakta ve zararın ağırlığı kriterinden sonra gelen ve tazminatın hesaplanmasında kullanılacak olan bir ölçütü oluşturmaktadır¹⁰⁴⁴.

olan gerek TBK m. 58 gerek FSEK m. 70 hükümleri manevi tazminat talebi için kusur veya tecavüzün özel ağırlığını aramamaktadır.

¹⁰⁴⁰ **SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.**, Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966, s. 490.

¹⁰⁴¹ **ÜNAL**, s. 421-422.

¹⁰⁴² **TANDOĞAN**, s. 340; **ÜNAL**, s. 422.

¹⁰⁴³ Bu görüş taraftarları için bkz. **ÜNAL**, s. 421, dn. 139-141'deki yazarlar.

¹⁰⁴⁴ **ERLÜLE**, Kusurun İşlevi, s. 666.

VI. SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSURUN UNSURLARI VE ÖZEN BORCUNA AYKIRILIK İLE KUSURUN AYRIŞTIRILMASI SORUNU

A. SÖZLEŞMESEL (AKDİ) KUSUR

Kusurun, sözleşme dışı sorumlulukta ve sözleşmeden doğan sorumlulukta farklılaşmadığı; diğer bir ifadeyle haksız fiil kusuruyla sözleşme kusurunun mahiyet ve fonksiyon bakımından aynı olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁴⁵. Prensip olarak objektif kusur teorisi her iki alanda da geçerli olup, borçlunun göstermesi gereken özen derecesi, mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir tipin göstermesi gereken özen derecesine göre belirlenir¹⁰⁴⁶. Güven prensibi de sözleşmeler alanında¹⁰⁴⁷ kusurun objektifleştirilmesini haklı göstermektedir. Çünkü işlem hayatının kolaylık ve güvenliğini sağlamanın yolu, sözleşme taraflarının, karşı tarafın sözleşmeyi gerçekleştirmek için gereken ortalama becerilere sahip olduğuna güvenebilmesini gerektirir¹⁰⁴⁸. Borçlu, borçlu olunan edimi gerçekleştirmek için gereken her şeyi yapmalı ve bu ifayı bozabilecek her şeyden kaçınmalıdır. Hangi önlemleri alması gerektiği yasadan veya işlerde geçerli olan anlayışlardan kaynaklanır. Sözleşme ilişkisinde borçlu, borcunu o işlerde hakim olan özen anlayışına uygun olarak ifa etmeli, alacaklı da alacağını aynı şekilde elde etmelidir. Ahde vefa ilkesi de bunu gerektirir¹⁰⁴⁹. Borçlunun yorgunluk, hastalık gibi sübjektif durumunun dikkate alınarak sorumluluğun belirlenmesi güven prensibiyle bağdaşır değildir¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁵ FEYZİOĞLU, s. 151; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 875; ARAL, s. 176; BAŞALP, s. 214; ALTOP, s. 99; GÜVEN, s. 573; BAYSAL, HFH, pn. 2.28, dn. 46.

¹⁰⁴⁶ GIGER, Art. 99 OR, pn. 7; TUNÇOMAĞ, s. 456; EREN, s. 1087; KARAN, s. 738; KIRKBEŞOĞLU, s. 55; ERZENGİN, s. 219.

¹⁰⁴⁷ Fellmann, güvenin korunmasının her zaman bir güven temeli gerektirdiğini, haksız fiil hukukunda bunun eksik olduğunu, sözleşme dışı alanda zararın zarar gören tarafın, sorumlu olan tarafın tipik yeteneklerine olan güveninden dolayı meydana gelmediğini, günlük temaslarda herkesin daha az yetenekli, hatta aptal biriyle karşılaşmayı beklemesi gerektiğini, dolayısıyla güven düşüncesine dayanarak zarar yükünün dağıtılmasının haksız fiil alanına uygun olmadığını belirtmektedir, bkz. FELLMANN, Verschulden, s. 358. Ayrıca bkz. GÖNÜL KOŞAR, s. 74-75. Krş. ERZENGİN, s. 221-222.

¹⁰⁴⁸ KOLLER, § 48, pn. 17. Ancak istisnaen özene aykırı davranan borçlunun sorumluluktan kurtulması için değil, tam tersine objektifleştirilmiş ölçüye göre sorumlu olmaması gerekirken borçlunun sorumlu tutulabilmesi için sübjektif ölçünün uygulanması kabul edilmektedir. Şöyle ki ortalamanın üzerinde beceri, bilgi veya özelliğe sahip olan borçlunun, borcun ifasında bunları kullanması gerekir. Örneğin bir cerrah, ortalama bir cerrahın ihtiyaç duymayabileceği özel bir eğitim yoluyla bilgi edinmişse, bu bilgiyi kullanmak zorundadır ve bunu yapmadığı takdirde objektifleştirilmiş ölçüye uymuş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Bkz. KOLLER, § 48, pn. 18.

¹⁰⁴⁹ FELLMANN, Verschulden, s. 358.

¹⁰⁵⁰ GIGER, Art. 99 OR, pn. 7; BAŞALP, s. 219; KIRKBEŞOĞLU, s. 55.

Burada yeri gelmişken yakın zamanda UYUMAZ'ın kaleminden literatüre kazandırılmış makalede savunulan görüşe yönelik eleştirilerimizi zikretmek istiyoruz. Yazar kusurun belirlenmesinde sübjektif ve objektifleştirilmiş teoriden birisinin tercih edilmesine gerek bulunmadığını, somut olaya hangisi uygun düşecekse ondan faydalanılabileceğini belirtmektedir¹⁰⁵¹. Buna göre objektifleştirilmiş kusur teorisi çoğu zaman haksız fiil alanına, sübjektif teori ise sözleşme sorumluluğu alanına uygun düşmektedir¹⁰⁵². Yazar görüşünün temelini ise kusurun ispatı konusunda kanun koyucunun haksız fiiller ile sözleşmesel sorumluluk bakımından ispat yükünü farklı düzenlemiş olmasına oturtmaktadır. Haksız fiilde zarar verenin kusurunu ispat etmek zorunda olan zarar görenin durumu objektifleştirilmiş teorinin uygulanmasıyla rahatlatılır. Buna karşın sözleşmeye aykırılıktan dolayı zarar gören, karşı tarafın kusurunu ispat yükü altında olmayıp bu taraf, sorumluluktan kurtulabilmek için kendi kusursuzluğunu ispat etmelidir. Kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gereken kişiye ise objektifleştirilmiş teorinin “soyut, makul, ortalama borçlu tipinden sapma” formülünün uygulanması gerekmez. O, sübjektif teorinin esaslarına göre kusursuzluğunu ispatlamalıdır. Yazar bu görüşünü kanunda kusurun ölçüsü konusunda bir tercih yapılmamış olmasını gerekçe göstererek desteklemektedir. Halbuki aşağıda detaylandırılacağı üzere TBK, vekilin ve yüklenicinin özen ölçütünü açıkça benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenici ile basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış olarak belirlemiştir. Dolayısıyla iddia edilenin aksine kanunda, sözleşmesel sorumluluk alanında objektifleştirilmiş teori lehine açık bir tercih bulunmaktadır.

Biz kusurun yeknesak bir anlamı bulunduğunu, bir farklılıktan bahsedilecekse bunun kusurun kaynağı yani ihlâl edilen kuralın niteliğiyle ilgili olduğunu düşünmekteyiz¹⁰⁵³.

Öğretide tipik haksız fiil zararı varsa ihmalin ölçütü objektif olsa da akdi sorumlulukta kusur ölçütünün sübjektifleşebileceği de savunulmakta ve buna örnek olarak normal bir ses sanatçısından, ünlü sanatkarların yeteneğini göstermesinin beklenemeyeceği belirtilmektedir, bkz. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §18, pn. 16. Özellikle iş görme borçlarında iş görenin kişisel niteliklerinin kusurun belirlenmesinde sübjektifleşmeye zemin hazırlayıp hazırlamayacağı sorunuyla ilgili olan bu konu aşağıda detaylandırılacaktır. Bize göre bu ihtimallerde kusurun sübjektifleşmesi değil, sözleşmenin karşı tarafının hesaba katması gereken bir olguyu hesaba katmaması nedeniyle Roma hukukundan gelen bir ifadeyle “ancak kendisinden şikayetçi olabileceği” söz konusudur ve meselenin birlikte kusur kurumuna göre değerlendirilmesi gerekir.

¹⁰⁵¹ UYUMAZ, s. 516 vd.

¹⁰⁵² Krş. **HATEMİ/GÖKYAYLA**, §18, pn. 16.

¹⁰⁵³ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 117; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1317; **ARAL**, s. 176; **GÜVEN**, s. 579. Krş. **BAŞALP**, s. 214.

Sözleşmesel (akdi) kusur, borçlunun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü -bu her zaman sözleşenin diğer tarafının hukuki çıkarlarını zarardan koruma yükümlülüğünü de içerir- kasıtlı veya ihmalkar bir şekilde ihlal etmesinden oluşur¹⁰⁵⁴. Dolayısıyla sözleşmesel kusur, borçlunun önlenmesi mümkün olan sözleşmeye aykırı bir hareketi olarak anlaşılabilir.

Kusur yargısının konusu, yalnızca insan davranışı olabileceğinden dolayı incelenmesi gereken, borçlunun ifa etmemeye neden olan davranışdır. İfa yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya usulüne uygun olarak yerine getirilmemesi hukuki bir değerlendirmenin konusudur ve bu yargıda borçlunun rolü yoktur. Borçlunun rolü sadece gerçek hayatta belirli bir durumu meydana getirebilmesidir. Bu nedenle kusur incelemesi için referans noktası, ifa yükümlülüğünün hukuki anlamda yerine getirilmemesi veya kötü yerine getirilmesi değildir, aksine borçlu tarafından gerçek hayatta aktif veya pasif bir davranışının sonucu olarak ortaya çıkan ve bunun sonucunda tam ve gereği gibi ifanın ıskalandığı durumlardır. Dolayısıyla, alacaklı aleyhine bir ifa engelinin ortaya çıkması durumunda, borçlunun sorumlu olduğu bir durumun sonucu olarak ifanın ıskalanıp ıskalanmadığı araştırılmalıdır¹⁰⁵⁵.

Borçlu, yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülüğünün ifası için her türlü tedbiri almalı ve bunu engelleyebilecek her türlü hareketten kaçınmalıdır. Bu tedbirlerin belirlenmesinde kanun ve sözleşme hükümleri etkili olacağı gibi dürüstlük kuralı ve işlerde geçerli olan anlayış da dikkate alınır¹⁰⁵⁶. Sözleşmesel (akdi) kusur, borçlunun

¹⁰⁵⁴ **FELLMANN**, Verschulden, s. 358; **ARAL**, s. 176; **BAŞPINAR**, s. 140.

¹⁰⁵⁵ **MüKoBGB/Ernst**, BGB § 280, kn. 33. İsviçre hukukunda istisna sayılabilecek bir görüş, sözleşmesel alanda kusurun subjektif yönünün bulunmadığını ve bunun tamamen objektif bir mahiyette bulunduğunu ifade ediyor. Şöyle ki **MARTIN**'e göre, "Gerçekte kanunun borçlunun kusuru dediği şey, borcun ihlalden başka bir şey değildir. Akdi kusur kavramı tamamen objektiftir. Sözleşmeden doğan kusur, yükümlülüğün yerine getirilmemesinden ibarettir. Sadece borçlu, taahhüdün yerine getirilmemesinin sorumlu olmadığı bir durumdan kaynaklandığını kanıtlayarak kurtulabilir. Borçlunun sorumluluğunu değerlendirmek, davranışı hakkında ahlaki bir yargıda bulunmak değil, yükümlü olduğu hizmeti evet veya hayır olarak yapıp yapmadığını belirlemektir. Sözleşmeden doğan kusur, yükümlülüğün yerine getirilmemesinden oluşur ve ağırlığı, yükümlülüğün kapsamı ile ölçülür. Sözleşmeden doğan kusur ifadesi, temel olarak hukuk dilinden çıkarılmalıdır, çünkü açık ve kesin bir kavrama tekabül etmez", bkz. **MARTIN, Alfred**, Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, in RDS 1914.67-127, (Naklen, **CUENDET**, kn. 226).

¹⁰⁵⁶ **Von TUHR/ESCHER**, s. 115; **TANDOĞAN**, s. 416; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1339; **TUNÇOMAĞ**, s. 455; **ARAL**, s. 177; **OĞUZ**, s. 210; **DUMAN**, s. 49.

sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü kasıtlı olarak veya ihmalen ihlal etmesinde mevcuttur¹⁰⁵⁷.

Borçlu, sözleşmeye aykırılığı tasarlayarak ve arzu ederek veya bunu kabullenerek hareket ettiğinde kastı; sözleşmeye aykırılığı önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde ihmali bulunur¹⁰⁵⁸. Tüm bu durumlarda borçlunun aklanması, borçlunun gerçek hayatta “programa¹⁰⁵⁹ aykırı” durumu isteyerek meydana getirmediyi (kastın yokluğu) ve bu duruma işlem hayatında gösterilmesi gereken özeni göstermemesi yoluyla sebep olmadığını (ihmalin yokluğu) ortaya koymasıyla olur¹⁰⁶⁰.

Sözleşmeye bağlı hususlarda, tarafların sözleşme nedeniyle sorumluluk doğmadan önce içinde bulundukları ilişkiden kaynaklanan bazı özellikler ortaya çıkabilir. İlk olarak, tarafların durumları hakkındaki bilgileri, sözleşmeye dayalı sorumluluğun kabulünü veya değerlendirmesini etkileyebilir¹⁰⁶¹. TBK’de bu duruma hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğunu düzenleyen m. 400/2’de rastlanmaktadır. Hükme göre işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işçinin, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Önceki Borçlar Kanunu sisteminde de hizmet akdinde benzer bir hükme yer verilmiş ve üstelik istisna ve vekalet sözleşmelerinde vekilin ve yüklenicinin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna tabi olduğu benimsenmişti¹⁰⁶². Bu durum karşısında öğretide bir genelleştirme yapılarak sözleşmesel sorumlulukta borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde alacaklının bilgisi olan veya olması gereken borçluya ilişkin mesleki

¹⁰⁵⁷ Von TUHR/ESCHER, s. 114; EREN, s. 1087; OĞUZ, s. 210; TUNÇOMAĞ, s. 455; BAŞALP, s. 215.

¹⁰⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1336; TUNÇOMAĞ, s. 455; ARAL, s. 177; SAVAŞ, s. 574; DUMAN, s. 15. Sözleşmenin bir sonuçla birlikte veya sadece özen borcu içermesi halinde özen borcuna aykırı davranılmasının kusurlu veya kusursuz olabileceği belirtilmektedir, bkz. BAŞALP, s. 215. Çalışmamızın bu bölümünün ilerleyen kısımlarında esasında tartışmalı olan bu sorun üzerinde durulacaktır.

¹⁰⁵⁹ “Davranış programı, başkasının korunan değerlerinin uygun bir şekilde nasıl ele alınması gerektiğine dayanmaktadır. Burada korunan değerlerin bütünlüğünden hareket edilir, ancak tehdit derecesi, bilebilme olasılığı, davranışın sosyal yararlılığı ve tehlike ve güvenlik beklentisinin rol oynadığı ihlal edenin ihtiyaçları da hesaba katılır”, bkz. DEUTSCH, Fahrlässigkeit, s. 901.

¹⁰⁶⁰ MüKoBGB/Ernst, BGB § 280, kn. 34.

¹⁰⁶¹ Bunun gerekçesi olarak sözleşme ilişkisinde, önceden düşünerek ve isteyerek karşı tarafı seçme imkanının bulunmasından hareket edilmektedir. Kişi, gerekli yetenek ve beceriye sahip olmayana işi vermekten kaçınabilecek iken bu vasıflara sahip olmadığını bilerek veya bilmesi gerekerek işi ona tevdi etmiş ise doğacak olumsuz sonuçlara da katlanmalıdır. Bu hususta bkz. TANDOĞAN, s. 418.

¹⁰⁶² Bkz. eBK, m. 321/2, 356/1 ve m. 390/1, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/5.3.818.pdf>, (Erişim T. 01.11.2022).

bilgi, yetenek ve niteliklerin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁶³. Borçluya ilişkin bu gibi sübjektif niteliklerin dikkate alınmasının genelleştirilerek diğer sözleşmelere de uygulanması haksız fiillere göre sözleşmesel alanda kusurun daha sübjektif algılanmasını beraberinde getirmiştir¹⁰⁶⁴.

Fakat TBK, yüklenicinin ve vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olduğu düzenlemelerine yer vermemiş ve mevcut m. 471/2 ile 506/3 hükümlerinde, madde gerekçelerinde de ifade edildiği üzere, objektif ölçüt esas alınmıştır. Bu ölçüte göre, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin/vekilin göstermesi gereken davranış esastır ve bu davranış ölçü alınır. Aşağıda sözleşmesel kusurun objektif unsuru ele alınırken bu konu detaylandırılacaktır.

Kusurun varlığının kabulü için hukuka aykırılığın ve buna ilaveten objektifleştirilmiş kusur görüşüne taraf olmamız sebebiyle sübjektif unsur olarak ayırt etme gücünün var olması; objektif unsur olarak da ait olduğu sosyal çevre içerisinde makul dürüst ve ortalama zekâ seviyesindeki bir borçlu tipinin göstermesi gereken davranıştan sapmanın gerçekleşmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁶⁵. Bize göre bir sözleşme ilişkisinde üstlenilen edim borçları ve edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisi çerçevesinde koruma yükümleri hukuka aykırılığın belirlenmesinde işleve sahiptir. Gerek edim yükümü ihlali gerek koruma yükümü ihlali, sorumluluğun değerlendirilmesinde ilk aşama olarak karşımıza çıkan hukuka aykırılığı gerçekleştirir. Daha sonra zarar ve uygun illiyet bağı koşullarının gerçekleştiği varsayımında kusur yargısı yapılmalıdır. Bu yargı faaliyetinde kusurun sübjektif ve objektif unsurları değerlendirilir. Kusurun niteliği, sözleşme temelinde veya haksız fiil alanına göre değişmediğinden benimsediğimiz kusur tasviri bağlamında sözleşmesel kusurun da sübjektif ve objektif unsurları bulunmaktadır¹⁰⁶⁶.

1. Sübjektif Unsur

¹⁰⁶³ TANDOĞAN, s. 417; TUNÇOMAĞ, s. 456.

¹⁰⁶⁴ HATEMİ/GÖKYAYLA, §18, pn. 16; KARAN, s. 738.

¹⁰⁶⁵ Krş. FURRER/WEY, kn. 9; GIGER, Art. 99 OR, pn. 7; BAŞPINAR, s. 212; SAVAŞ, s. 574-575; KIRKBEŞOĞLU, s. 55; DUMAN, s. 14.

¹⁰⁶⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2963; MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 117.

Haksız fiillerde olduğu gibi sözleşme ihlalinde de davranışta bulunanın ayırt etme gücü, kusurun bir unsurudur¹⁰⁶⁷. Ayırt etme gücü bulunmayanların fiilleri, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, hukuki sonuç doğurmadığından bu kişilerin sözleşme ihlalleri de kendilerini tazminatla yükümlü kılmaz¹⁰⁶⁸. Sözleşme ilişkisinde sorumluluğu değerlendirilen borçlunun, kural olarak ayırt etme gücünün varlığı halinde, ortaya çıkmış olan zarardan sorumlu tutulması mümkündür. Bir sözleşme tarafı, ayırt etme gücüne dayalı olarak, davranışında sözleşmenin ihlal edildiğini fark edebiliyor ve bu bilgiye uygun olarak hareket edebiliyorsa, sübjektif olarak kusurludur¹⁰⁶⁹.

Burada çeşitli ihtimaller gündeme gelir. Borçlu, sözleşme ilişkisi kurulduğunda ayırt etme gücüne sahiptir ancak ifa zamanı geldiğinde ayırt etme gücünü sürekli olarak yitirmiş olabilir. Bir başka ihtimal olarak borçlu ayırt etme gücüne başlangıçta sahip olmakla birlikte bu yeteneğini kendi kusuruyla geçici olarak kaybetmiş ve bu vaziyetteyken sözleşmeyi ihlal etmiş olabilir.

Hukuki işlem sırasında ayırt etme gücü bulunup sonradan borcun ihlali sırasında bu yeteneği sürekli olarak bulunmayan borçlunun sorumluluğu hakkında TBK m. 65 hükmünde düzenlenen kusursuz bir sorumluluk hali olan hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen uygulanması kabul edilmektedir¹⁰⁷⁰. Ancak bu durumda borçlu için bir yasal temsilci atanmışsa ve ifa için borçlunun kişiliği ön planda değilse ve buna bağlı olarak kanun gereği sözleşme ilişkisi sona ermiyorsa borcun yasal temsilci aracılığıyla ifa edilmesi gerekir. Yasal temsilcinin kusuruyla ifayı sağlamaması halinde TBK m. 65'e başvurmaksızın borcun ifa edilmemesinden borçlu sorumlu tutulur¹⁰⁷¹. Borçlu kendi kusuruyla ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş ise bu takdirde sözleşmesel sorumluluk için TBK m. 59 hükmünde düzenlenen ayırt etme gücünü geçici olarak

¹⁰⁶⁷ KOLLER, § 48, pn. 37; FURRER/WEY, kn. 10; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1317; EREN, s. 1088.

¹⁰⁶⁸ Von TUHR/ESCHER, s. 116. Örneğin kiralanamı iadeyle yükümlü olan kiracı, ani bir felç geçirir ve iadeyi gerçekleştiremezse kusura dayalı sorumluluğu kabul edilmez, bkz. KOLLER, § 48, pn. 38.

¹⁰⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2963; FURRER/WEY, kn. 10.

¹⁰⁷⁰ EREN, s. 1089; karşı. von THUR/ESCHER, 117; FURRER/WEY, kn. 12; GIGER, Art. 99 OR, pn. 10.

¹⁰⁷¹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1364, dn. 196; PEKMEZ, s. 512.

kaybeden kişinin bu duruma düşmede kusuru olmadığını¹⁰⁷² ispat etmedikçe sorumlu olduğu hükmünün kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁰⁷³.

Yargıtay, ayırt etme gücü bulunmadığı için yapmış olduğu sözleşmenin geçersizliğine rağmen TBK m. 114/2 yollaması ile TBK m. 65 uyarınca hakkaniyet elverdiği takdirde, sözleşmenin karşı tarafının hükümsüz olan işlemin hüküm ifade ettiğine güvenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararından ayırt etme gücü bulunmayanın sorumlu tutulabileceği görüşündedir¹⁰⁷⁴.

Medeni Kanun’da, ayırt etme gücü bulunan küçükler ile kısıtlıların haksız fillerinden sorumlu oldukları açıkça ifade edilmiştir (TMK m. 16/2). Hakkında böyle bir açık hüküm bulunmasa da sözleşme ihlalleri bakımından da ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlıların sorumlu olduğu belirtilmektedir¹⁰⁷⁵.

2. Objektif Unsur

Sözleşmesel sorumlulukta kusurun değerlendirilmesinde objektif unsurun neye karşılık geldiğini belirlemek ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkar. Genel olarak normal, makul ve dürüst bir sözleşme tarafının sözleşmeyi ifa etmesi beklenebilir olmasına rağmen sözleşmeyi ihlal eden bir sözleşme tarafının, objektif olarak kusurlu olduğu ifade

¹⁰⁷² Ödünç alınan otomobille hız sınırının aşarak yapılan kaza örneğinde ödünç alan, kazaya sebep olan hız sınırı aşımının aracı kullanırken geçirdiği kalp krizinin etkisiyle gerçekleştiğini ispat ederek ödünç verene karşı, aracın aldığı hasardan kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir. Bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 57. Buna karşılık kendi isteğiyle sarhoş olarak ayırt etme gücünü geçici olarak yitiren borçlu sanki ayırt etme gücü varmış gibi sorumlu olur. Bu kişinin sorumlu tutulması, en azından temel özellikleri itibarıyla olayların daha sonraki gidişatını öngörebilir olduğu durumlarda objektif olarak daha ikna edicidir. Çünkü bu durumda ona üstlenme kusuru isnadı yapılabilir. Bkz. **KOLLER**, § 48, pn. 41.

¹⁰⁷³ **TANDOĞAN**, s. 420; **EREN**, s. 1089.

¹⁰⁷⁴ **Yarg. 19. HD.**, E. 2013/16226, K. 2014/12206, T. 03.07.2014, “...*T.M.K.nun 15. maddesinde hükme bağlanan kuralın istisnalarından biri de, B.K.nun 54. maddesi hükmüdür. B.K.nun 98/2. maddesi yollamasıyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanması mümkün olan 818 Sayılı B.K.nun 54/1. maddesi uyarınca hakkaniyet elverdiği takdirde tam ehliyetsiz olan kişi diğer tarafın batıl hukuki işlemin hüküm ifade ettiğine güveni sebebiyle oluşan zararından sorumludur...*”, www.hukukturk.com, (Erişim T. 14.11.2022). **Yarg. 13. HD.**, E. 2020/383, K. 2020/4928, T. 18.06.2020, “...*Tam ehliyetsizlere ilişkin TMK. 15 .maddesi hükmüne getirilen ikinci sınırlama BK.nun 54.maddesi hükmüdür. Belirtilen yasa hükmüne göre “Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder.” BK.nun 98/2.maddesi yollamasıyla akte aykırılık hallerinde de uygulaması mümkün olan BK.nun 54/1 maddesi uyarınca hakkaniyet elverdiği takdirde tam ehliyetsiz olan kişi, diğer tarafın batıl hukuki işleminin hüküm ifade ettiğine güveni nedeni ile doğan zarardan sorumludur...*”, www.hukukturk.com, (Erişim T. 14.11.2022). Benzer kararlar için bkz. **Yarg. 19. HD.**, E. 2016/16352, K. 2018/900, T. 22.02.2018; **Yarg. 13. HD.**, E. 2016/31099, K. 2019/6470, T. 23.05.2019, www.hukukturk.com, (Erişim T. 14.11.2022).

¹⁰⁷⁵ **Von TUHR/ESCHER**, s. 116.

edilmektedir¹⁰⁷⁶. Bu bağlamda sözleşmenin ihlali, kasten veya ihmal ile gerçekleştirilebilir.

a. Sözleşmesel (Akdi) Kast

Sözleşmesel bir yüküme aykırılığı bilinçli bir şekilde isteyerek ya da göze alarak hareket eden borçlunun bu davranışı kasıtlıdır¹⁰⁷⁷. Doğrudan kast halinde borçlu bilerek ve isteyerek hareket etmektedir: davranışının sözleşmeye aykırı olduğunu veya sözleşmenin ihlaline yol açacağını bilir ve vazgeçmeyerek bu sonucu ister¹⁰⁷⁸. Bu nedenle kast, örneğin borçlunun, alacaklının satın aldığı tabloyu ona teslim etmemek için imha etmesinde olduğu gibi borçlunun borcunu hiçe saymayı istemesi anlamına gelir¹⁰⁷⁹. Ancak borçlunun kasten davranmış sayılması için ayrıca alacaklıya zarar verme amacı taşınması gerekmez¹⁰⁸⁰.

Dolaylı kastta borçlu, davranışının sözleşmeye aykırı olabileceğini ve (sonraki) sonucu meydana getirebileceğini görmektedir. Doğrudan kastın aksine sözleşmenin ihlalini istemez ama bunu kabul eder ya da uygun bulur (“dolus eventualis”)¹⁰⁸¹. Örneğin tiyatro oyuncusu borçlu, bir kadeh daha aldıktan sonra sözleşmeyi ihlal edebileceğini ve Othello rolünü sanat kurallarına göre oynamayacağını öngörür ancak bunu kabullenerek o kadehi de içer¹⁰⁸².

TBK m. 114’te belirtildiği üzere borçlunun genel olarak her türlü kusurundan sorumlu olması, doğrudan kast - olası kast veya kast ile kasttan daha ağır olan belirli bir amaçla hareket etme arasındaki ayrımı, ceza hukukundan farklı olarak sözleşme hukukunda daha önemsiz bir konuma getirir. Ancak kanunun kasta veya belirli bir amaca atıfta bulunarak ona sonuç bağladığı durumlar bulunabilir (TBK m. 49/2). Mehaz İsviçre

¹⁰⁷⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2963; Krş. BAŞPINAR, s. 213.

¹⁰⁷⁷ GIGER, Art. 99 OR, pn. 3.

¹⁰⁷⁸ KOLLER, § 48, pn. 50.

¹⁰⁷⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2964; EREN, s. 1087-1088. Krş. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1317. Hekim, sırf hastalık süresini uzatmak ve böylece fazla ücret alabilmek için hastaya bilerek yanlış tedavi uyguluyorsa; genetik analizleri bilerek farklı yorumluyorsa; sterilizasyonu bilinçli olarak başarısızlığa uğratiyorsa doğrudan kastı bulunur, bkz. BÜYÜKAY, Tazmin, s. 91.

¹⁰⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 876; OĞUZ, s. 212.

¹⁰⁸¹ FURRER/WEY, kn. 15; GIGER, Art. 99, pn. 3.

¹⁰⁸² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2965. Diğer bir örnek, çatıyı aktarırken kötü malzeme kullanan borçlunun çatının akacağını bilmesine rağmen bunu göze alması dolaylı kastı oluşturur, bkz. EREN, s. 1088.

Borçlar Kanunu (OR) *kast*, *ağır ihmal*, *ihmal* terimlerini daha sık kullanıyor olmakla birlikte TBK sisteminde genellikle *ağır kusur*, *hafif kusur* veya sadece *kusur* terimleri tercih edilmiştir¹⁰⁸³.

b. Sözleşmesel (Akdi) İhmal (Sözleşme İlişkilerinde Gerekli Özenin Yasal Açıklaması)

Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemek için gerekli olan özeni göstermemesi; sözleşmeye aykırı sonucu istememekle birlikte bunu önlemek için gerekli çabayı göstermemesi sözleşmeye dayanan sorumlulukta ihmali betimler¹⁰⁸⁴. İsteme olmaksızın sözleşmeyi ihlal eden ve bunu yapmakla ortalama, özenli bir sözleşme tarafının davranışından sapan herkes ihmal ile davranıyor demektir. Örneğin, bir yediemin, unuttuğu için veya bir çalışanın zaten kilitlediğini düşündüğü için arabanın kilidini kontrol etmez ve aracın kapılarının kilidi gece boyu açık kalır¹⁰⁸⁵. BGB paragraf 276/2’de işlerde geçerli olan telakkilere göre gösterilmesi gereken özeni göstermeyen ihmal ile davrandığı yönünde bir açıklama bulunsa da İsviçre ve Türk hukuklarında ihmal kavramına dair yasal bir açıklık bulunmamaktadır¹⁰⁸⁶.

İhmalin içeriğinin merkezinde özen kavramının bulunduğu ve gerekli özenin gösterilmemesinin ihmal olarak ifade edildiğini belirlemiştik. Borçlunun ifada bulunurken göstermesi gereken özen, kanundan, dürüstlük kuralından ve sözleşmeden doğan özen borcu çerçevesinde somut olayın gerekleri doğrultusunda belirlenecektir. Gerekli özenin tespitinde objektifleştirilmiş kusur teorisinin yukarıda detaylandığımız kriterleri kullanılmalıdır. Öğretide hakim olan ve tarafımızca da benimsenen karma kusur teorisi diğer deyişle objektifleştirilmiş kusur teorisi, kusurun objektif unsuru olarak, gösterilmesi gereken objektifleştirilmiş özeni kabul eder. Sübjektif unsur olarak ayırt etme gücünün varlığı ve objektifleştirilmiş özenin ihlali, kusurun daha özel anlamıyla kusurun bir türü olan ihmalin bulunduğunu gösterir. Borçlu kendi (sübjektif) yetenekleriyle değil, varsayımsal bir sözleşme tarafının yetenekleriyle ölçülür. Sübjektif yön, ayırt etme gücü eksikliğini hesaba katmakla

¹⁰⁸³ Örnek olarak bkz. OR m. 44/2, m. 100/1, 248/1, 321e/1 - TBK m. 52/2, 115/1, 294/1, 400/1.

¹⁰⁸⁴ FEYZİOĞLU, s. 151; BAŞPINAR, s. 142; BÜYÜKAY, Tazmin, s. 91. Krş. BAŞALP, s. 226.

¹⁰⁸⁵ KOLLER, § 48, pn. 52.

¹⁰⁸⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 876. Krş. GAUCH, pn. 270; FURRER/WEY, kn. 18.

sınırlıdır¹⁰⁸⁷. Sübjektif durumunu yansıtan korku, sıkıntı, dikkat dağınıklığı, kızgınlık, öfke, yorgunluk, düşüncesizlik, bilgisizlik, kişisel yetersizlik gibi anlık durumlar dikkate alınmayacaktır¹⁰⁸⁸.

Borçlunun yapmış olduğu taahhütleri yerine getirememesi halinde üstlenme kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirmesi de objektif zeminde yapılır¹⁰⁸⁹. Borçlu burada, objektif olarak borçlu olunan edimi sağlamak için “gerekli olana” sahip olmadığını bilmesi gerekmesine rağmen sözleşmeyi akdetmekle suçlanır. Borçlu, yetenek ve niteliklerine dayanarak, üstlenmedeki özensizliği bilmediğini (ve hiçbir şekilde de bilemeyeceğini) iddia ederse bu argüman, borçlunun ayırt etme gücüne dayanan kusur ehliyeti var olduğu sürece, kabul görmemelidir. Genellikle borçlunun üstlenme kusuruna neden olan davranışlarında eksik olan husus ayırt etme gücü değil, belirli bir durumun dikkatli bir şekilde değerlendirilmesidir¹⁰⁹⁰. Dolayısıyla özene aykırı yanlış bir değerlendirme, kişinin yetenek ve niteliklerine aşırı güvenmesine ve nihayetinde üstlenme kusuruna neden olmaktadır¹⁰⁹¹.

Bu noktada gerekli özenin yasal açıklamasına ilişkin TBK’de yer alan başlıca üç düzenlemeye de değinilmeli ve işçinin sorumluluğunda ihmalin yeniden sübjektifleştirilmesine zemin hazırlayan bir durumun olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Bu düzenlemeler sırasıyla işçinin sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 400, yüklenicinin özen borcunu düzenleyen TBK m. 471/2 ve vekilin özen borcundan sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 506/3 hükümleridir. Görüldüğü üzere mesele, işgörme borcu doğuran sözleşmelere eğilmeyi gerektirmektedir.

B. İŞGÖRME BORCU DOĞURAN SÖZLEŞMELERDE ÖZEN BORCUNA AYKIRILIK VE KUSURUN AYRIŞTIRILMASINDAKİ GÜÇLÜK

¹⁰⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2994.

¹⁰⁸⁸ EREN, s. 1090; BAŞALP, s. 226.

¹⁰⁸⁹ FURRER/WEY, kn. 13.

¹⁰⁹⁰ FURRER/WEY, kn. 13.

¹⁰⁹¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT II, pn. 2996. Özel bir uzmanlığa ihtiyaç olan hallerde vekil ya uzmana danışmalı ya da işi hiç üzerine almayıp müvekkili bir uzmana göndermelidir, bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 411; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 877. Yüklenici özelinde aynı görüşün ifadesi için bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 56; ödünç alan açısından bkz. KIRKBEŞOĞLU, s. 55.

1. Sözleşme İhlali Perspektifinden Özen Borcuna Aykırılık İle İşgörme Borcunun İçeriği Arasındaki İlişki

Hukuka aykırılıkla ilgili bir tartışma noktası, davranışın hukuka aykırılığı mı yoksa sonucun hukuka aykırılığı mı sorunuyla ilgilidir. Bu soru, özen borcunun kusura veya hukuka aykırılığa atfedilmesiyle bağlantılıdır. Alman hukukunda hakim kabule göre bir davranış, hukuki olarak korunan bir menfaati ihlal ediyorsa hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı davranış iddiası, bir hukuka uygunluk sebebi ile ortadan kaldırılabilir. Ancak hukuka aykırılık, kusur anlamına gelmez. Dikkatli bir şekilde incelemesine ve yükümlülüklerine uymasına rağmen, örneğin muğlak bir şekilde yazılmış bir maddeyi yanlış anladığı için bir sözleşmeyi ihlal eden kimse, sözleşmeye aykırı davranmış ve böylece hukuka aykırı hareket etmiş ise de kusurlu değildir. Tazminattan sorumlu olmayacaktır, zira kural olarak yalnızca kusurlu, yani kınanabilir hukuka aykırılık tazminat ödeme yükümlülüğünü haklı gösterir¹⁰⁹². Bununla birlikte temelde davranışın hukuka aykırılığı geçerlidir; sonucun hukuka aykırılığı değil. BGB § 823 II, uyulmaması her zaman hukuka aykırı olan koruyucu kuralların konusu olarak özel davranış yükümlülüklerine atıfta bulunur. § 823 I, “doğrudan ihlal davranışı” durumunda sonuç nedeniyle tek başına davranışın hukuka aykırılığına yol açan belirli hukuki menfaatleri tanımlar. Hukuka aykırılık kararı, koruyucu kurala aykırılığa veya hukuki menfaatlerin ihlaline dayanılarak belirlenir. Zarar veren, sorumluluktan kurtulmak için bir hukuka uygunluk sebebi sunmalıdır. “Doğrudan” zarar vermeyen veya koruyucu bir kuralı ihlal etmeyen davranışlar söz konusu olduğunda, hukuka aykırılık belirtileri ancak objektif davranış kuralları oluşturularak elde edilebilir: bu ancak hukukçunun belirlemesi gereken davranış kuralları temelinde yapılabilir. Bu durumlarda hukuka aykırılık yargısı için sonucun değerlendirilmesi geri planda kalır ve somut davranış normu ön plana çıkar. Dolayısıyla hukuka aykırılık, objektif ve bir davranış-sonuç-değerlendirme’ye dayanan norma aykırılıktır¹⁰⁹³.

Üstlenilen yükümler bakımından Fransız hukuk terminolojisinde rastladığımız vasıta borcu (obligation de moyens) ve sonuç borcu (obligation de resultat) iki temel

¹⁰⁹² FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 596.

¹⁰⁹³ FIKENTSCHER/HEINEMANN, kn. 598.

ayrımıdır¹⁰⁹⁴. Buna göre borçlu, sonuç borcunda belirli bir sonucu; vasıta borcunda ise sonuca ulaşmak için gerekli vasıtayı, yani özenle davranmayı borçlanır¹⁰⁹⁵. Her yükümlülük bir amaca yöneliktir; borçludan bu amaca ulaşması için hareket etmesini beklememiz gerekirse de bu durum, borçlunun bu amaca ulaşmakla yükümlü olduğu anlamına gelmez¹⁰⁹⁶. Vasıta borcunun özü budur. Bizim hukuk terminolojimiz bakımından bu hususta yaygın kullanım, edim fiili – edim sonucu şeklindedir. Örneğin vekil, “belirli bir sonuca ulaşmak için uygun olan vasıtaları (edim fiilini) borçludur. Bu vasıtalar öncelikle “özenli bir faaliyet” olarak somutlaşır¹⁰⁹⁷.

Borcun ihlali unsuru ile kusur unsurunun, bu iki tür taahhütten doğan borçların ihlalinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Edim fiilinde borçlu, edim yükümüne uygun bir davranışı borçlanır. Bu davranışın gereği gibi gösterilmesi, sonuçtan bağımsız olarak ifanın gereği gibi yerine getirilmesini sağlar. Bu tür edimler, kaçınma yükümleri ile vekalet gibi esas olarak belli bir sonucun meydana gelmesini hedeflemeyen iş görmeye ilişkindir. Bu faaliyetlerde ifanın tam anlamıyla gerçekleşmesi, özenli bir faaliyetin gerçekleşmesine bağlıdır. Böylece bir hekim yaptığı ameliyatta, bir avukat yürüttüğü davada gerekli dikkat ve özeni göstermişse, ameliyat veya dava başarıyla sonuçlanmamış olsa bile, borcunu yerine getirmiş olur¹⁰⁹⁸.

Edim sonucunun borçlanılmasında ise alacaklının menfaati belli bir davranış tarzının gösterilmesine değil belli bir sonucun gerçekleştirilmesindedir. Bu sonuç fiilen gerçekleşmediği sürece borçlunun her türlü gayret ve özeni göstermiş olması borcun ifa edilmesini sağlamaz, ancak kusurunun bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinde önem taşıyabilir¹⁰⁹⁹.

Sonuç taahhüdü içeren borçlarda sonucun sağlanamaması bir borca ayrılık teşkil etmekle birlikte kusurlu bir ifa ihlalinin bulunup bulunmadığı objektifleştirilmiş kusur teorisinin önerdiği yöntemle tespit edilecektir. Yani borçluyla aynı uzmanlık, bilgi ve

¹⁰⁹⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 483; BAYSAL, s. 288. Sonuç borcu-vasıta borcu ayrımı Demogue tarafından ortaya atılmıştır, bkz. ARAL, s. 129.

¹⁰⁹⁵ CUENDET, kn. 23; ARAL, s. 130.

¹⁰⁹⁶ CUENDET, kn. 23.

¹⁰⁹⁷ FELLMANN, s. 95.

¹⁰⁹⁸ ARAL, s. 62; GÖKYAYLA, K. Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, (Kıs. GÖKYAYLA, Avukatlık), s. 38, dn. 142.

¹⁰⁹⁹ GÜMÜŞ, s. 73-74; ARAL, s. 61.

tecrübeye sahip, aynı meslek ve sosyal çevreden gelen, soyut, model tipte borçlunun aynı durum ve koşullar altında göstereceği davranışın belirlenmesi ve ardından borçlunun bu davranıştan sapan tutumunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bu bağlamda bir sonuç taahhüdü içeren eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirirken ve teslim ederken benzer bir eserin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorundadır¹¹⁰⁰. Bu şekilde objektifleştirilen ölçütün, özen borcuna mı yoksa borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusura mı ilişkin olduğu konusunda öğretide hakim görüş, bunu aynı anda hem sözleşmenin ifasına hem de kusura ilişkin bir ölçüt olarak görmektedir¹¹⁰¹. Biz ise ikincisine ilişkin olduğu kanaatindeyiz. Objektifleştirilmiş bu ölçütten sapma gerçekleşmiş ise bu defa sapmanın derecesine göre de kusurun ağırlığı belirlenecektir. Borçlunun hareket tarzının sözleşmeye aykırılığa neden olması ihtimali ne kadar fazla görünüyorsa, bu hareket tarzı ortalama bir borçlunun hareket tarzından ne derecede ayrılıyorsa kusur o derecede ağır olur¹¹⁰².

Sosyal ve teknolojik gelişmelerin kavramlar üzerindeki değiştirici ve dönüştürücü etkisini hesaba katan kanun koyucu özen kavramının yasal bir tanımını yapmamış ve bu kavramın gelişimini öğreti ve uygulamaya bırakmıştır¹¹⁰³. Özen borcunun niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Esasında daha en başta borçlar hukuku alanında genel bir özen yükümünün bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Latince “diligentia”, tabirinin karşılığı olarak hukukumuza intikal eden özen kavramı, borçlunun yerine getirmesi gereken edimin kendisinden beklenen ve borcun ifası için zarurî olan

¹¹⁰⁰ **AVCI**, s. 376.

Bir sanat eserinin meydana getirilmesinin üstlenildiği eser sözleşmelerinde özen ölçütünün subjektif olacağı, yüklenicinin kendi yetenek ve imkanlarına göre kendisinden beklenebilecek özenle yetinileceği belirtilmektedir. Bkz. **TAŞATAN, Caner**, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcunun Ölçüsü”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 357-373, s. 365.

¹¹⁰¹ **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (Kıs. GÜMÜŞ, BHÖH), s. 44 ve dn. 216’da belirtilen yazarlar. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, (Kıs. KILIÇOĞLU, BHÖH), s. 465, 486; **EREN, BHÖH**, s. 624; **ARAL/AYRANCI**, s. 380 vd.; **DUMAN**, s. 161.

¹¹⁰² **TANDOĞAN**, s. 416.

¹¹⁰³ **YÜKSEL, Sera Reyhani**, “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu ve Bu Borca Aykırılığın Ayıptan Sorumluluğa Yol Açıp Açmayacağı Üzerine Düşünceler”, Borçlar Hukukunun Güncel Sorunları, (Ed. Av. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi, İstanbul 2024, ss. 215-232, s. 221.

irade, azim, itina ve dikkat gibi sübjektif unsurlarla birlikte, görülen iş için borçlunun şahsiyetinde bulunması zaruri olan bedeni ve fikri vasıfların bütününe ifade eder¹¹⁰⁴.

Öğretide özen yükümlülüğünü, genel yan yüküm; tali bir yüküm; sadakat yükümünün somutlaşması; edim yükümünün bir parçası olduğunu kabul eden görüşler ile yine onu bir edim yükümü ve yan yüküm olarak kabul etmeyen görüşler gibi değişik görüşler bulunmaktadır¹¹⁰⁵.

Bir görüşe göre özen için referans noktası, borçlunun taahhüt ettiği davranış veya ifa hedefidir. Bu aynı zamanda gerekli özenin, başka herhangi bir edim olmaksızın düşünülemeyeceği anlamına gelir¹¹⁰⁶. Özen, herhangi bir edime ilişkin asıl yükümün yanında yan bir yükümdür ve asıl borcun ifası için lüzumlu fiil ve hareketlerin yapılmasını amaçlayan içerik taşır¹¹⁰⁷. Tali bir nitelik taşıdığından dolayı ancak esas borcun varlığına bağlıdır ve o olmaksızın özen borcundan da bahsedilemez¹¹⁰⁸. Bu görüşü destekleyen bir hukuki ilişki alım veya satım komisyonculuğunda karşımıza çıkmaktadır. TBK m. 532 hükmüne göre alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekalet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir. Bu sözleşme ilişkisinde komisyoncunun özen borcunun içeriği TBK m. 534 hükmünde somutlaştırılmıştır: satılmak üzere komisyoncuya gönderilen eşyanın açıkça ayıplı olması durumunda komisyoncu, vekalet verenin taşıyıcıya karşı haklarının korunması için gerekeni yapmalı, zararı tespit ettirmeli, eşyayı olabildiğince koruma altına almalı ve vekalet vereni durum hakkında hemen bilgilendirmelidir. Aksi takdirde özen yükümüne aykırı

¹¹⁰⁴ BAŞPINAR, s. 157; İZVEREN, İhtimam, s. 1310; AVCI, s. 374. “Özen borcu (ihtimam mecburiyeti) işinin hizmet sözleşmesinden doğan temel edim yükümü olan iş ifasında kendisinden beklenen bütün dikkati göstermesini, meslekî bilgisini, fikrî ve bedenî kabiliyetlerini gerektiği şekilde kullanmasını öngörür”, bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta İstanbul 2019, s. 292.

¹¹⁰⁵ GÜMÜŞ, s. 138-141, yazarın görüşü için bkz. s. 142; TAŞTEKİN, Sinem, Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu, İMÜHFD, Y. 2019, C. 6, S. 2, ss. 83-105, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/54308/736978>, (Erişim T. 02.02.2024), s. 88; YÜKSEL, s. 222; ARSLAN ERTÜRK, Arzu, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 280 vd.

¹¹⁰⁶ FELLMANN, s. 96.

¹¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116; DOĞAN YENİSEY, Kübra, “Hizmet Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 297-336, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 305.

¹¹⁰⁸ OSWALD, s. 118; İZVEREN, Adil, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, Adalet Dergisi, Y. 44, S. 11, Ankara Kasım 1953, ss. 1308-1321, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/adalet-dergisi.html>, (Kıs. İZVEREN, İhtimam), s. 1309; GÜMÜŞ, s. 74, 142.

davranmış olur ve her türlü kusurundan ileri gelen zarardan vekalet verene karşı sorumlu olur¹¹⁰⁹.

Özenin dayanak noktasını borçlunun yükümlendiği bir edim veya davranış olarak görenler edim yükümünden bağımsız müstakil ve genel bir özen borcunun bulunmadığını kabul ederken¹¹¹⁰; sözleşme ilişkisinde edim yükümünden bağımsız ve korumaya hizmet eden davranış yükümlerinin bulunduğu hareket edenler bu tür yükümlerin genel bir özen yükümlülüğünün bulunduğu ve ondan kaynaklandığını benimsemektedir¹¹¹¹.

Kanaatimizce de özen borcu ilk olarak, asli edim olan işin görülmesinde ortaya çıkar ancak bununla sınırlı değildir. Asli edimle ilgisi olmayan ve asli edimin içeriğinde bulunmayan şahıs ve malvarlığı değerlerinin korunmasına yönelik özen borcu da söz konusu olmaktadır¹¹¹². Örneğin, tamir için servise bırakılan aracın serviste yüklenicinin veya elamanlarının çalışma sırasında sigara içerken arabanın koltuğuna zarar vermeleri halinde, bir ayıbın söz konusu olmadığı ihtimalinde dahi yükleniciyi özen borcunun ihlali nedeniyle sorumlu tutmak ve bu zararların tazminini istemek mümkündür¹¹¹³. Özen borcuna aykırı davranışın sonucu, borçlanılan bir edim sonucuna aykırılık olarak ortaya çıktığında özene aykırılık bu edime aykırılığın içinde erimekteyken¹¹¹⁴; özen borcuna aykırılık, edimin ifasından ayrı ve bağımsız bir sonuç olarak ortaya çıkmışsa, özen borcuna aykırılığa dayanarak tazminat talep etmek mümkündür¹¹¹⁵. Başarıyla

¹¹⁰⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 706.

¹¹¹⁰ “*Vekil, edim ve dikkatli davranış olmak üzere iki şey borçlu değildir, yalnızca “usulüne uygun edim” borçludur. Bu nedenle özen, “vekalet sözleşmesi kapsamında bir özen yükümlülüğüdür ve vekilin “edimi yerine getirirken uygun şekilde” davranmasını gerektirir*”, bkz. FELLMANN, s. 96; OSWALD, s. 118.

¹¹¹¹ İlgili yazarlar için bkz. GÜMÜŞ, s. 143.

¹¹¹² BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 145. Krş. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 52; MAKAS, Recep, Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Gore İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, GÜHFD, C. XVI, Y. 2012, S. 4, ss. 149-180, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_4_5.pdf, (Erişim T. 14.08.2023), s. 152.

¹¹¹³ AVCI, s. 376. Krş. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 52.

¹¹¹⁴ Özen borcu, özü itibarıyla ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğurmayan fakat işin niteliği gereği yerine getirilmesi gereken bir borçtur. Buna karşılık, ayıplı teslimden doğan zararlar için, daha özel mahiyetteki ayıba karşı tekeffül hükümleri özen sorumluluğunu içerir. Bu ayıp bir özensizlikten ileri gelse dahi ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak ve bu nedenle muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilerek tazminat istenebilir. Bkz. AVCI, s. 375, 389.

¹¹¹⁵ Yüklenicinin yan yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda aynen ifayı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bunun yerine, uğranılan zararın tazminini talep etmek mümkündür. Örneğin bir spor veya havai fişek gösterisi sırasında yaralanan seyirciler eğer bu gösteri eser sözleşmesine dayanıyorsa gösteriyi düzenleyenden ayıptan dolayı değil özen yükümlülüğüne aykırı davranış yüzünden tazminat talep edebilirler, bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 53; BÜYÜKAY, s. 146.

ameliyat edilen hastanın hijyen koşullarının yetersizliği nedeniyle enfekte olmasından kaynaklanan zararlar bakımından durum böyledir¹¹¹⁶. Bu noktada çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz sözleşmeye aykırılık hallerinden gereği gibi ifa etmeme ve özellikle akdin müspet ihlali bağlamında tazminat talebi, TBK m. 112 vd. hükümlerine göre talep edilebilir¹¹¹⁷.

Sonuçtan bağımsız olarak görülen işlerde özen borcu çok daha ön plana çıksa da bu elbette ki sonuç taahhüdü içeren sözleşmelerde özenin bütünüyle göz ardı edilmesine neden olmaz. Nitekim yüklenicinin borçlarını düzenleyen TBK m. 471/1 hükmünde yüklenicinin üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etme borcu altında olduğu belirtilmektedir¹¹¹⁸. Ancak kanun sisteminde bu şekilde bir tercih yapılması Kıta Avrupası hukukunun genel bir özelliği değildir. Diğer hukuk sistemlerinde sonuç sorumluluğunun, özene dayanan sorumluluğu gereksiz kıldığı ve yüklenicinin işinde göstermesi gereken özen için sözleşmesel sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin yeterli olduğu düşüncesi benimsenebilmekte iken İsviçre ve Türk hukuklarında sonuç sorumluluğuna ilişkin hükümlerin karşılayamadığı ihtimallerin de bulunduğu düşüncesi hakimdir¹¹¹⁹. Bu düşüncenin bir sonucu olarak yüklenicinin eserin ayıplı olmasından sorumluluğu yanında sadakat ve özene aykırılığından sorumluluğuna ilişkin hükümler de kanunda yer almaktadır¹¹²⁰. Ancak, eserin ayıbından doğan zararlar için, daha özel mahiyetteki ayıba karşı tekeffül hükümleri özen sorumluluğunu da içerir¹¹²¹ ve bu ayıp bir özensizlikten ileri gelse dahi ayıp sorumluluğunun şartları olan inceleme ve bildirim külfetleri yerine getirildiği takdirde ayıp hükümlerine dayanılarak tazminat istenebilir¹¹²². Yüklenicinin ayıbı takip

¹¹¹⁶ BAŞPINAR, s. 159.

¹¹¹⁷ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 60-61.

¹¹¹⁸ Eser sözleşmesinde yüklenicinin, eserin imalinde gerekli olan ön şartların mevcut olup olmadığı, iş sahibi tarafından hazırlatılan projenin uygulanabilir olup olmadığı, iş sahibinin tercih ettiği malzemenin gerekli nitelikleri taşımadığı gibi hususlarda iş sahibini uyarma gerekliliği özen borcunun içinde değerlendirilmektedir, bkz. ÖZ, Eser, s. 279 vd.; BÜYÜKAY, s. 148; TAŞATAN, s. 360; DUMAN, s. 164.

¹¹¹⁹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 51.

¹¹²⁰ TAŞATAN, s. 358-359; DUMAN, s. 162.

¹¹²¹ Diğer deyişle özen yükünün ihlalden doğan sorumluluk, özel nitelikteki ayıptan doğan sorumluluk tarafından absorbe edilerek onun bünyesine dahil olur, bkz. GRIEDER, s. 963; ARAL/AYRANCI, s. 383-384.

¹¹²² TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 53; TAŞATAN, s. 359; DUMAN, s. 162; AVCI, Ali, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBBD, Y. 2015 (119), ss. 367- 394, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1499>, (Erişim T. 11.11.2022), s. 375.

eden zarardan sorumluluğu kusura dayandığı için ayıplı ifadaki özensizlik de burada kusurun varlığına işaret edecektir¹¹²³.

Sonuçtan bağımsız olarak görülecek işlerde ise özen kavramı daha giriftir. Vekalet sözleşmesinde eser sözleşmesinden farklı olarak vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil bu sonuca erişmek için yaptığı faaliyetin özenle görülmemesinden sorumludur¹¹²⁴. Burada özen borcunun konusunu, hedef tutulan sonucun gerçekleşmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışın göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunmak ve vekaletten beklenen amacın gerçekleşmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmak oluşturur¹¹²⁵.

Vekalet sözleşmesinde özen, TBK m. 506/2 hükmünde vekilin, üstlendiği iş ve hizmetleri görürken vekalet verenin haklı menfaatlerini gözetmek, sadakat ve özen göstermek borcu altında olduğu şeklinde belirtilmiştir. Bundan başka kanun koyucunun, TTK m. 18/2’de tacirler için zikredilmiş olan “basiretli iş adamı” ölçütünü TBK’de vekil ve yüklenici için de benimsediğini görmekteyiz. TBK m. 506/3 hükmünde vekilin sorumluluğunun, benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışa göre belirleneceği düzenlenmiştir. Bu iki hüküm vasıtasıyla özen kavramının, hem sözleşme ihlalini hem de kusuru belirlemede ölçüt olma işlevlerine sahip kılındığı belirtilmektedir¹¹²⁶.

Vekilin özen borcu ile vekilin kusurunun ölçüsünün belirlenmesinde geçişkenlikler bulunmaktadır ve nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre vekil, iş görme ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan akışına göre gerekli girişimleri ve davranışları yapmalı, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınmalıdır. Bu kapsamda subjektif değil objektif bir ölçü uygulanacak ve benzeri bir işi gören basiretli bir vekilin davranışı esas alınacak ve vekilin davranışı bundan saptığında özen borcuna aykırı hareket ettiği söylenecektir¹¹²⁷. Diğer bir görüşe göre ise vekilin özen borcunun ölçüsü, yani kendisinden sapıldığında özen borcunun

¹¹²³ ARAL/AYRANCI, s. 384.

¹¹²⁴ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 409.

¹¹²⁵ ARAL/AYRANCI, s. 448, YÜKSEL, s. 221; ÖZKAYA, Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 486.

¹¹²⁶ GÜMÜŞ, BHÖH, s. 152. Krş. EREN, BHÖH, s. 731; ARAL/AYRANCI, s. 449.

¹¹²⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 663; KILIÇOĞLU, BHÖH, s. 559; EREN, BHÖH, s. 731; ARAL/AYRANCI, s. 449.

ihlal edildiğinin söylenebileceği kıstas, TBK m. 506/3'te belirtilen basiretli vekil ölçüsünden daha aşkın, ideal bir vekilden beklenebilecek en yüksek derecedeki özenli davranışa karşılık gelir¹¹²⁸. Özellikle bir mesleğin veya uzmanlık alanının genel kabul görmüş kural ve bilgi düzeylerinden yararlanılarak belirlenecek olan en yüksek düzeydeki özenin gösterilmemesi, TBK m. 506/2 hükmünde belirtilen özen borcuna ayrılık sayılır ve sözleşmenin ihlal edilmiş olduğunu gösterir¹¹²⁹. Basiretli bir vekilin göstereceği özeni göstermemek, sözleşmenin ihlal edildiği yargısında değil kusur yargısında işleve sahiptir¹¹³⁰. Örneğin bir avukatın¹¹³¹ zamanaşımı süresi dolmadan önce aldığı bir davayı süre dolduktan sonra açması halinde, davanın süresinde açılmamış olması olgusu özen yükümü ihlal edildiğinden bir sözleşme ihlali teşkil eder. Ancak söz konusu avukat süresinde davayı açmaya hazırlanırken kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceği bir olay neticesinde -trafik kazası neticesinde uzun bir süre bilincinin kapalı olması gibi- davayı açamayacak hale gelir ve süreyi kaçırırsa sözleşme ihlali yine bulunmakla birlikte kusur yoktur. Diğer deyişle sözleşme ihlali anlamında

¹¹²⁸ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22 Sayı: 3, ss. 1221-1240, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/334220>, (Kıs. GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı), (Erişim T. 11.01.2024), s. 1235. Demirsatan, vakıf yönetim organını oluşturan kişilerin vakfa karşı hukuki sorumluluğunu incelediği eserinde, özen borcunun kapsamının tespitinde ilk olarak objektif olarak mümkün olan en üst düzeyde özenli davranışa vurgu yapmaktadır. Ancak açıklamalarının devamında özen borcunun ölçütünün somutlaştırılmasında TBK m. 506/3 hükmüne atıf yapmakta ve basiretli bir tüzel kişinin yöneticisinin özeninin ölçütü oluşturacağına değinmektedir. Bu bakımdan adı geçen yazarın da TBK m. 506/3 hükmünün kusur değil özen borcunun tespitinde rol oynadığını benimsediği anlaşılmaktadır. Bkz. DEMİRSATAN, Barış, Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu, *İMİHFD*, C. 9, S. 1, 2024, s. 109-133, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3789385>, (Erişim T. 12.07.2024), (Kıs. DEMİRSATAN, Vakıf), s. 115.

¹¹²⁹ GÜMÜŞ, BHÖH, s. 152.

¹¹³⁰ GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı, s. 1235; TAŞTEKİN, s. 88.

¹¹³¹ Avukat tarafından gösterilmesi gereken özen, hukuk bilim ve uygulamasının ve içtihatlarının gereklerini bilmek ve uygulamaya koymak, olayları mantıki şekilde değerlendirerek bütün öngörülmesi gerekli hususları dikkate almaktır, bkz. İNAL, s. 773; TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 414. **Yarg. 13. HD.**, E. 2016/18808, K. 2017/9222, T. 05.10.2017: “*Bilindiği gibi vekalet ilişkisinde vekil ağırlaştırılmış özen borcu altında olup hafif kusurundan dahi sorumludur. Başka bir mahkemede duruşması olan avukat, mazeretine ilişkin duruşma zaptı, tensip zaptı vs gibi belgeleri, yeni duruşma gününün tebliğine ilişkin masrafları ile birlikte mazeretini bildirir dilekçeye eklemek zorundadır. Davacı avukat bu yükümlülüğünü yerine getirmeyerek davanın uzamasına sebep olduğu gibi ilamı icraya koyarken faiz hesabında da özenli davranmamış, müvekkilinin zarara uğramasına sebep olmuştur. Davacı avukat özen borcuna aykırı davranarak davalı müvekkilin güvenini sarmış, özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır.*”, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 15.08.2024).

özensizlik mevcutken kusur anlamında ihmalin içeriğini dolduran özensizlik bulunmamaktadır¹¹³².

Özen borcuna aykırı davranışın sonucu, vekilin sorumlu olduğu bir edime aykırılık olarak ortaya çıkıyorsa özen borcu, vekilin taahhüt ettiği edimin içinde erimiştir. Burada vekil sonuçtan sorumlu olur; müvekkil vekilden edimin ifasını istemiş ise artık özen borcuna aykırılığa dayanamaz¹¹³³. Vekaletin yöneldiği sonuç, vekilin ifasıyla tamamen elde edilirse ifanın, gereği gibi ve tam olarak gerçekleştiği kabul edilir; vekilin özen borcunu yerin getirip getirmediğini ayrıca araştırmaya gerek kalmaz. Başarılı sonuç, özen eksikliğini götürür¹¹³⁴. Fakat özen borcuna aykırılık asli edimin ifasından ayrı ve bağımsız bir sonuç olarak ortaya çıkmışsa özen borcuna aykırılığa dayanarak tazminat talep etmek mümkündür. Örneğin hekim¹¹³⁵ hastayı başarılı bir şekilde ameliyat etmesine rağmen hasta, hijyen şartlarına dikkat edilmemesi nedeniyle enfeksiyon kapmış ise tazminat talebi, asli edimden bağımsız olarak özen borcuna aykırı davranışa dayanır¹¹³⁶. Beklenen sonuç elde edilemediği takdirde eğer hastayı iyileştirmek yolunda gerekli özeni göstermiş ve bilimin ulaştığı en ileri tekniği ve bilgiyi gereği gibi uygulamış ise hekim borcunu tam ve gereği gibi ifa etmiştir¹¹³⁷. Vekilin gerekli özeni göstermemesi ve vekaletin yöneldiği sonucun başarılı bir şekilde elde edilememesi

¹¹³² Örnek için bkz. GÜMÜŞ, BHÖH, s. 153.

¹¹³³ BAŞPINAR, s. 159.

¹¹³⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 680.

¹¹³⁵ Hekim veya diğer sağlık çalışanlarının tedaviyi özenle yapması gerekir. Tedavinin özenle yapılması, genel olarak kabul edilen ve tıp biliminin uygulanması artık olağan usul halini almış olan ilkeleri bilmek ve meslek kurallarına göre doğru teşhis koyup bu teşhise uygun bir tedaviyi gerekli her türlü tedbiri alarak uygulamayı içerir, bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 416. Yarg. 13. HD., E. 2015/20772, K. 2016/15689, T. 28.06.2016: “Dava, davalı doktorun yaptığı tedavi sırasında gerekli beceri, özen ve dikkati göstermemesi ve olumsuz sonucun doğmasına engel olacak şekilde önlemleri almaması nedeniyle istenilen maddi manevi tazminata ilişkindir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.”, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 15.08.2024).

¹¹³⁶ BAŞPINAR, s. 159.

¹¹³⁷ İNAL, s. 811-812. Krş. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 680. Yargıtay’ın 2014 tarihinde vermiş olduğu bir karardan da şu sonuçlar çıkarılmaktadır: hekim hastanın zarar görmemesi için hem mesleki hem genel hayat tecrübelerine göre gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekim en küçük şüpheli bir durumda bile bu şüpheyi ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve tedbirler almakla yükümlüdür. Hekim tedavi yöntemini seçerken, hastanın ve hastalığın özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altın sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir. Hekimine güvenen hasta hekiminden titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir dikkat ve özeni göstermeyen hekim vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Bkz. NARTER, s. 146-147.

halinde yeniden gereği gibi ifade bulunulması mümkün olsa bile vekil artık bununla yükümlü olmaz, onun borcu bir tazminat borcuna dönüşür¹¹³⁸.

2. Kusur Perspektifinden Gerekli Özenin Ölçüsü ve İşçinin Sorumluluğu Arasındaki İlişki

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu, m. 321e hükmünde işçinin sorumluluğu başlığıyla meseleyi düzenlemiş ve ikinci fıkrada işçinin sorumlu olduğu özen derecesinin, işin tehlikeliliği, işin görülmesi için gerekli olan eğitim veya uzmanlık bilgisi ve ayrıca işverenin bildiği veya bilmesi gereken işçinin yetenek ve nitelikleri dikkate alınarak, bireysel iş ilişkisine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Von Tuhr/Escher, ihmalin tanımında hizmet sözleşmesinde işçinin özenin ölçüsünü düzenleyen OR m. 321e/2 hükmünü temel almaktadır ve bütün akdi kusur durumları için buradaki tanımın uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir¹¹³⁹. Buna göre özenin ihlali, kusur alanına dahil olan sübjektif bir isnad kriteridir¹¹⁴⁰.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun m. 321 hükmü ihtimam mecburiyeti kenar başlığıyla, işçinin, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecbur olduğunu; işçinin kast, ihmal veya dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesul olduğunu düzenlemekteydi. Hükmün devamında işçiye terettüp eden ihtimamın derecesinin, akde göre tayin olunacağı ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icabeden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafının gözetileceğini belirtmekteydi.

Borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi hakkında hizmet sözleşmesi ile ilgili eBK m. 321 hükmünün, sözleşmesel kusurla ilgili bütün hallere uygulanması gerektiği Türk hukukunda da savunulmuştur¹¹⁴¹. Esasında bu düşüncenin oluşması, kanunda yer alan pozitif düzenlemelere dayanmaktaydı. Şöyle ki değinildiği üzere hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu bakımından mülga eBK döneminde m. 321'de işçinin özen borcu ile kusur sorumluluğu iç içe düzenlenmişti ve özenin belirlenmesinde sübjektif ölçü ön plana çıkmıştı. Hükmüne göre, işçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya

¹¹³⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 680.

¹¹³⁹ von TUHR/ESCHER, s. 115.

¹¹⁴⁰ İsviçre'de hakim görüşün bu yönde olduğu hususunda bkz. GIGER, s. 590.

¹¹⁴¹ ARAL, s. 177; TUNÇOMAĞ, s. 456.

mecburdur. İşçi, kast veya ihmal ile iş sahibine verdiği zarardan sorumludur. İşçiye düşen özenin derecesi sözleşmeye göre belirlenir ve işçinin o iş gereken ve işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken işçinin bilgi düzeyi, mesleki donanımı, yetenek ve nitelikleri gözetilebilir. Bu ölçü hizmet sözleşmesinin niteliğine uygun düşmektedir. Çünkü işçinin kendi bilgi ve yetenekleri gözetilmeden işveren tarafından verilen talimatları yerine getirme konusunda kendisini daha ağır bir mecburiyet içinde görmesi olağandır¹¹⁴². Yine eBK döneminde eser sözleşmesinde mütaahhidin mesuliyetinin genel olarak işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabi olduğu kanunun m. 356 hükmünde ifade edilmişti. Benzer şekilde eBK m. 390 hükmü de vekilin sorumluluğunun genel olarak işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi olduğunu düzenlemekteydi. Vekalet sözleşmesinin, iş görme sözleşmelerinde müstesna bir yer tutmasını sağlayan hüküm ise kanunun, diğer sözleşmeler hakkındaki hükümlere tabi olmayan işgörmelerde dahi vekalet hükümlerinin cari olacağını düzenleyen BK m. 386/2 hükmüydü. Bu hüküm, vekalet sözleşmesine dayanılarak hüküm bulunmayan hallerde iş görme sözleşmeleri hakkında genelleme yapmaya olanak sağlamaktaydı. Nitekim vekilin sorumluluğunun hizmet sözleşmesine atıfla sübjektif olarak belirlenmesi öğretide, tüm akdi kusur halleri için bir çıkış noktası yapılarak sözleşmesel sorumlulukta sübjektif ihmal görüşünün savunulmasını sağlamıştır¹¹⁴³.

Ancak geçmiş yıllardaki öğretide kanun koyucunun işçinin sorumluluğuna atıf yapmasının eleştirildiği ve eBK m. 321/2'nin özen ölçüsünün yeterli bulunmayarak gerek vekilden gerek yükleniciden işçiye nazaran daha fazla özen beklendiği de belirtilmiştir¹¹⁴⁴. İş sahibinin yüklenicinin yeterli kapasiteye sahip bulunmadığını

¹¹⁴² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 662-663.

¹¹⁴³ GÜMÜŞ, s. 61, dn. 261. Bugün de TBK m. 400/2 hükmündeki kıstasların objektif kusur teorisini, sübjektif kusur teorisi lehine biraz yumuşattığı ve kanunda veya tarafların anlaşmasında aksine hüküm bulunmadıkça hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu için öngörülen ölçünün sözleşmeden doğan sorumlulukta genel bir kural olarak uygulanabileceği belirtilmektedir, bkz. EREN, s. 1090. Biz, aşağıda detaylandıracağımız üzere, işçinin sorumluluğuna ilişkin ölçütlerin kusurun sübjektifleştirilmesi lehine yeni bir durum yaratmadığı, sadece tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gereken kriterlere sosyal açıdan korunması gerektiği için işçinin sorumluluğu özelinde yeniden ve daha açık olarak hakimnin dikkatini çekme işlevine sahip olduğu kanaatindeyiz.

¹¹⁴⁴ GÜMÜŞ, BHÖH, s. 155; ARAL/AYRANCI, s. 380; ÖZKAYA, s. 486; TAŞTEKİN, s. 93. Nitekim yüklenicinin iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması ve yüklenicinin işçiye göre iş sahibinden talimat almak hususunda daha bağımsız bulunması onun sorumluluğunu işçinin sorumluluğundan daha ağır takdir edilmesini gerektirmektedir, bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 54.

bilmesi gereken bir durumda bile, onun kusurlu bulunup bulunmadığının yine de bu iş için gereken uzmanlığa sahip kişinin davranışlarına göre saptanması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁴⁵. Yüklenici kural olarak işinde, mesleğinde uzman bir kişidir, onun vasıfsız bir işçi ile aynı kefeye konulması beklenemez, aynı durum vekil bakımından da geçerlidir¹¹⁴⁶. Bunun arka planında güven unsuru yatmaktadır¹¹⁴⁷. Örneğin vekilin vekalet veren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri, hesaba katılacak olsa da vekaletteki güven unsuru, özellikle resmi bir sınav sonucu alınan belgelere dayanılarak icra edilen ve uzmanlığı gerektiren işlerin görülmesinde bu sübjektif kıstasa dayanma imkânı olmamalıydı; doktor, avukat, mimar gibi meslek sahiplerinin bilgi ve yeteneklerindeki eksiklikleri ileri sürerek sorumluluktan kurtulmalarına fırsat verilemezdi¹¹⁴⁸. Diğer taraftan bu kişilerin haksız fiil sorumluluklarında objektifleştirilmiş kusur kavramına dayanılırken sözleşmesel sorumluluklarında sübjektif ölçüye dayanılması çelişkiye sebep olurdu¹¹⁴⁹. Dolayısıyla eBK m. 321/2'nin sübjektif özen ölçüsünün dışlanarak; vekilin ihmalinin belirlenmesinde mesleğe özgü ortalama vekilin ortalama davranışına dayalı olarak objektifleştirilmiş özen ölçüsü savunulmuş ve bu durum uygulamada da karşılık bulmuştur¹¹⁵⁰. Nitekim Yargıtay'ın o dönemde verdiği kararlarda da vekilin kusurunun objektifleştirilmiş özen ölçüsüne göre belirlendiği belirtilmektedir¹¹⁵¹.

Kanun koyucu TBK'de ise eser sözleşmesinde yüklenicinin (m. 471/2), vekalet sözleşmesinde vekilin (m. 506/3) sorumluluğunun belirlenmesinde hizmet

¹¹⁴⁵ **ÖZ**, Eser, s. 277; **DUMAN**, s. 161.

¹¹⁴⁶ **GÖKYAYLA**, **Emre**, "Eser ve Vekalet Sözleşmeleri", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 287-295, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, (Kıs. **GÖKYAYLA**, Sempozyum), s. 288, 294.

¹¹⁴⁷ **ŞENOCAK**, Hekim, s. 86. Edim fiilinin bir süre devam ettiği sözleşmelerde taraflar arasındaki bağın yoğun ve sıkı olması sebebiyle güven unsurunun ön plana çıkması son derece normaldir. Güvenin sarsıldığı durumlarda tarafların ilişkiyi sona erdirebilmesinin kolaylaştırılması da buna dayanmaktadır. Bu bağlamda vekalet sözleşmesi, sona erme bakımından en gevşek sözleşme olarak nitelendirilmektedir, bkz. **GÖKYAYLA**, Avukatlık, s. 23.

¹¹⁴⁸ **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 411-412; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 662.

¹¹⁴⁹ **ŞENOCAK**, Hekim, s. 86.

¹¹⁵⁰ **GÜMÜŞ**, **BHÖH**, s. 156. Aynı şekilde yüklenicinin özen derecesinin tayininde de tecrübeli ve uzman bir kişinin teknik ve sanat kurallarına uygun hareket tarzının ölçü olacağı savunulmuş ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin m. 13/3 hükmü, bu görüşe dayanak olarak gösterilmiştir. Bkz. **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 55. Yüklenici yönünden ayrıca bkz. **DUMAN**, s. 160.

¹¹⁵¹ **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 413-415; **GÜMÜŞ**, Basiretli İş Adamı, s. 1235 vd.; **ŞENOCAK**, Hekim, s. 87.

sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna atıf yapmamıştır. Bilinçli olarak¹¹⁵² yüklenici ve vekilin sorumluluğunun belirlenmesinde objektif bir kritere yer verilmiştir. Böylece TBK'nin yürürlüğünden önce mevcut olan düzenlemelere yönelik öğretideki eleştirilerin kanun koyucu nezdinde karşılık bulduğu, objektifleştirilmiş kusur teorisine göre önerilen özen ölçütünün benimsendiği ve bunun önceden beri hukukumuzda yeri olan “basiretli iş adamı” formülünün uyarlanması suretiyle kanun metnine yerleştirildiği söylenebilir¹¹⁵³. Bu formüle uygun olarak, her mesleğe göre farklılaşabilir olmakla birlikte ortalama akıl, fiziksel ve manevi yeteneklere sahip ve ayrıca kaçınılabilirliği mümkün olan hiçbir kaçınılabilir hatayı işlemeyen insan modelinin esas alındığı tespit edilebilir¹¹⁵⁴. Bunun bir sonucu olarak vekil, fiziksel ya da manevi olarak yetersiz olduğunu, bilgi ve deneyim bakımından eksik olduğunu, mesleki alandaki yenilikleri takip edemediğini, işlerinin yoğunluğunu vs. ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır¹¹⁵⁵. Benzer şekilde yüklenici, tecrübeli ve uzman bir kimsenin gözeceği teknik ve san’at kurallarına uygun hareket etmediği, gerekli uzmanlığa sahip olmadığı halde işi üstlendiği ve işin ifasında uzmanlara da danışmadığı durumlarda sorumlu olacaktır¹¹⁵⁶.

TBK m. 400 hükmüne göre işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur. Madde metninde belirtilmese de özenin derecesinin belirlenmesinde öncelikle taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinin hükümlerine bakılacaktır. Daha sonra sözleşme konusu işin gerektirdiği işin tehlikeli

¹¹⁵² Örneğin TBK m. 506 gerekçe metninin son paragrafındaki “*Maddenin üçüncü fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununun 390’uncı maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Fıkarda, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, objektif bir ölçüte yer verilmiştir. Buna göre, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır.*” şeklindeki açıklama bunun açık bir göstergesidir.

¹¹⁵³ GÜMÜŞ, BHÖH, s. 156; TAŞATAN, s. 362. Krş. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 553, 663; EREN, BHÖH, s. 731; GÖKYAYLA, Sempozyum, s. 288.

¹¹⁵⁴ ARAL/AYRANCI, s. 449; TAŞTEKİN, s. 93; YÜKSEL, s. 224; ÖZKAYA, s. 487.

¹¹⁵⁵ ARAL/AYRANCI, s. 449; TAŞTEKİN, s. 94; YÜKSEL, s. 224.

¹¹⁵⁶ Bu örnekte yüklenicinin özen borcunu ihlal ettiği değerlendirilmesi yapılmaktadır, bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 553; YÜKSEL, s. 225; DUMAN, s. 164. Ayrıca bkz. “Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna ayırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur.” değerlendirmesinde bulunan Yarg. HGK, E. 1991/15-373, K. 1991/533, T. 30.10.1991. Halbuki kanaatimizce bu örnek, özen borcunun ihlali değil, üstlenme kusurunun bulunması bağlamında ele alınmalıdır.

olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi göz önünde tutulacaktır ki bu hususlar özen ölçüsünün belirlenmesinde objektif kriter olarak anılır¹¹⁵⁷. Buna karşın işçinin sahip olduğu kabiliyet ve niteliklerine ise sübjektif kriter denilmektedir¹¹⁵⁸. İşverenin bildiği veya bilmesi gereken işçinin yetenek ve nitelikleri, yani sübjektif kriter de özen ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹¹⁵⁹. Burada objektif kriterde önemli olan nokta “yapılacak işin gerektirdiği” nitelik ve yetenekler olurken; sübjektif kriterde “işçide mevcut olan nitelik ve yetenekler” hareket noktasını oluşturmaktadır¹¹⁶⁰. Aşağıda bu kriterler detaylandırılacaktır.

TBK m. 400 hükmünün gerekçesinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 321e maddesinin göz önünde tutulduğu açıkça belirtilmiştir. Mülga eBK m. 321 hükmünün, TBK m. 400 ve İBK m. 321e hükümlerinden ayrılan yönü, işverenin bildiği veya bilmesi gereken hususlar arasında işçinin yetenek ve niteliklerinin yanı sıra işçinin eğitim derecesi ve uzmanlık bilgisini de saymış olmasıydı. Böylece söz konusu hüküm, sübjektif ölçütlere daha fazla ağırlık veren bir görünüme sahipti¹¹⁶¹.

Mevcut TBK m. 400’e göre şekillenen işçinin sorumluluğunun Türk hukukunda değerlendirilmesini, mehzaz İBK m. 321a ve 321e hükümlerine¹¹⁶² göre şekillenen İsviçre öğretisiyle birlikte incelemek yerinde olacaktır.

¹¹⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 494; EREN, s. 1090.

¹¹⁵⁸ EREN, s. 1090; ARSLAN ERTÜRK, s. 268.

¹¹⁵⁹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 411; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 494; ŞENOCAK, Hekim, s. 85.

¹¹⁶⁰ MAKAS, s. 155. Krş. EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta İstanbul 2016, s. 116; BAŞPINAR, s. 161.

¹¹⁶¹ Mehaz kanun hükmünden böyle bir farklılaşmanın yanlış çeviriden kaynaklandığı ve eBK m. 321 hükmünün mehaza uygun olarak okunup yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre “iş verenin bildiği veya bilmesi gereken” ifadesinin sadece işçinin yetenek ve nitelikleri bakımından aranması, bunun dışında işçinin öğrenim derecesi ve uzmanlık bilgisi bakımından aranmaması gerekir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 295; BAŞPINAR, s. 161. Ancak öğretilde genellikle madde metnine bağlı kalındığı ve işverenin bilgisi dahilinde olan veya olması gereken sübjektif faktörlerin alanının mehazdan daha geniş çizildiği anlaşılmaktadır. Bkz. EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt I Ferdî İş Hukuku, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984, s. 123-124.

İlginçtir ki eski Borçlar Kanunu döneminde m. 321 hükmünü mehaza göre yorumlayan GÜMÜŞ dahi İsviçre öğretisinde sübjektif özen yerine, yüklenme kusuru, birlikte kusurun bir görünüm şekli gibi görüşler bulunmasına rağmen işçinin ihmal sorumluluğu bağlamında özen ölçüsünün kural olarak sübjektif olduğunu belirtmiştir, bkz. GÜMÜŞ, dn. 1225, 1244.

¹¹⁶² Eski BK’nin mehazı olan eski İsviçre BK m. 328 hükmü 1971 tarihinde değişikliğe uğramış ve 1 Ocak 1972 tarihinde yürürlüğe girmek üzere m. 321a ve m. 321e hükümlerinde işçinin özeni hakkında içeriğe yer verilmiştir. Mehaz kanunda olduğu gibi Borçlar Kanunumuzun hizmet akdi maddelerinin tamamının revizyona tabi tutulması gerektiği; bu faaliyette 1971 yılında mehaz İsviçre Borçlar Kanununun hizmet akdine ilişkin 10. babında yapılan değişikliklerin temel alınması önerisinde bulunulmuştur. Bu hususta bkz. ANTALYA, O. Gökhan, Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları Ve Hukuki

İBK m. 321e hükmünde özen borcunun derecesiyle ilgili sayılan ölçütlerden somut işin tehlikelilik derecesi ve ifa için gerekli eğitim ve uzmanlık düzeyi, işle ilgili ve dolayısıyla objektif nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın işçinin işverence bilinen ya da bilinmesi gereken yeterlilik düzeyi ve nitelikleri, işçiyle ilgili ve bu nedenle sübjektif olduğu kabul edilmektedir. Kanunda bu hususların işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde indirim gerekçesi olarak öngörülmesi, işçinin yeterliliğiyle ilgili halin yanlış işçi seçimi olarak işverenin kendi kusuru bağlamında ve işin niteliğiyle ilgili şartların da işletme rizikosu uyarınca işverenin katlanması gereken hususlar olması fikriyle gerekçelendirilmektedir. Buna göre İBK m. 321e hükmüne özen borcunun ölçüsüyle ilgili yer verilen hususların tamamı, işverenin hakimiyet ve sorumluluk alanını ilgilendirmektedir¹¹⁶³.

TBK m. 400 hükmünün ilk fıkrasında kanun koyucu her ne kadar işçinin kusuruyla verdiği her zarardan sorumlu olduğunu belirtmiş ise de ikinci fıkrada sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin esaslar yer almaktadır. Bu noktada İsviçre öğretisi ise Türk hukukunun bireysel iş hukuku alanında gelişen öğretisinin ayrıştığı anlaşılmaktadır. İsviçre öğretisinde özen ve özen ölçütü, genellikle işçinin sorumluluğu bağlamında incelenmektedir. Türk iş hukukunda ise baskın görüş TBK m. 400 hükmü sistematik olarak işçinin kusur sorumluluğuna ilişkin olsa da madde hükmündeki ölçütleri iş görme borcunun ifa şekli, ifa içeriği ve ifa sırasıyla ilgili dikkate alınması gereken ölçütler olarak değerlendirmektedir¹¹⁶⁴. Mehaz İBK m. 321e hükmünü esas alarak TBK m. 400/2'yi düzenleyen kanun koyucunun, kusur sorumluluğuna ilişkin TBK m. 114

Niteliği, YD., C. 13, Ocak — Nisan 1987, S. 1-2, ss. 123-141, s. 127 vd. Halihazırda yürürlükte bulunan TBK m. 396 hükmünün İBK m. 321a'ya; TBK m. 400 hükmünün ve özellikle ikinci fıkrasının İBK m. 321e'ye karşılık geldiği görülmektedir. Nitekim madde gerekçelerinde de İBK m. 321a ve 321e'nin göz önüne alındığı belirtilmektedir.

Türk iş hukuku öğretisinde, TBK m. 400 hükmünün eski BK düzenlemesi ile büyük ölçüde uygunluk gösterdiği, bu sebeple daha önce öğretilde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan esasların geçerliliğini sürdürdüğü belirtilmektedir, bkz. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 297, dn. 539. Bireysel iş hukukunda ana akımı oluşturan ve yerleşmiş bulunan kurumların devamına hizmet eden bu ön kabule biz şüpheyile yaklaşıyoruz. Kanaatimizce TBK m. 400 hükmüyle işçinin sorumluluğu bağlamında mehaz İsviçre hukukundaki revizyona uyum sağlanmış ve bu hükmün işlevi, objektif veya sübjektif değerlendirme kriteri olarak dahi kabul edilmesi gerekmeyen, sadece m. 114 hükmünün işçinin sorumluluğu bakımından bir somutlaştırılmasından ibarettir.

¹¹⁶³ KABAĞCI, Mahmut, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 52.

¹¹⁶⁴ KABAĞCI, s. 54. Yazar Türk hukukunun, İsviçre hukukundan farklı olarak salt işçinin sorumluluğu değil de iş görme borcunun ifası bağlamında meselenin incelenmesini isabetli; TBK m. 400/2'nin sorumluluğun belirlenmesi yönündeki ifadesini hatalı bulmaktadır, bkz. s. 59-60.

hükümündeki genel esasın dışında iş sözleşmesiyle ilgili bu özel düzenlemeye yer vermesinin arkasında, özen borcunun derecesinin somut iş ilişkisinde işe ve işçiye göre değişmesinin yattığı ifade edilmektedir. Böylece TBK m. 400/2'deki ölçütlerin özen borcunun derecesiyle ilgili ölçütler olduğu savunulmaktadır¹¹⁶⁵. Buna göre iş görme borcu yerine getirilirken gösterilmesi gereken özen, her işçinin durumuna göre belirlenir. Örneğin işveren, bir kalfadan deneyimli bir mühendisin; bir sağlık elemanından bir hekimin; vasıfsız bir işçiden vasıflı bir işçinin yapabileceği bir işi ve gösterebileceği özeni bekleyemez¹¹⁶⁶. İşçinin göstermek zorunda olduğu özenin derecesi objektif bir ölçüte bağlanmış değildir, özen derecesiyle ilgili somut bir kararlaştırmanın olmadığı ihtimalde somut iş için beklenebilecek normal özenin gösterilmesi ve ayrıca işçinin yeterliliğinin de bu değerlendirmeye dahil edilmesi gerekir. Çünkü bir işçinin iş görebilme olanağı, onun nitelikleri ile sınırlıdır¹¹⁶⁷. İşçinin sübjektif niteliklerinin de dikkate alınacağını vurgulaması ile iş görme borcu her iş ilişkisinde işçinin kişiliğine uyarlanmış olmaktadır¹¹⁶⁸. Bu da işçinin sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesinin altyapısını oluşturmaktadır¹¹⁶⁹.

Türk hukukunda azınlıkta kalan ve işçinin sorumluluğunu objektif temelde değerlendiren görüşler de bulunmaktadır. İZVEREN, işçiye yüklenen özen borcunun bir garanti yükümlülüğüne dönüştüğünü belirtmektedir. Buna göre; iş görme taahhüdü altına giren işçi, sözleşme gereğince görmeyi taahhüt ettiği işin görülmesi için lâzım ve zarurî kabiliyet, bilgi ve maharete sahip olduğunu iş görme taahhüdü ile birlikte garanti etmektedir¹¹⁷⁰. Dolayısıyla özen borcunun derecesiyle ilgili asıl olan işin niteliği ile ilgili şartlar olup işçinin kişisel yeterlilik düzeyinin belirleyiciliği olmamaktadır. Başka bir deyişle işçinin kendisini, işin niteliğinden belirlenen ifa koşullarına uyarlaması

¹¹⁶⁵ KABAKCI, s. 57. Krş. ARSLAN ERTÜRK, s. 266-269.

¹¹⁶⁶ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 13. Baskı, Beta İstanbul 2017, s. 373; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 117. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT: "...mesleğinde yıllarını geçirmiş tecrübeli bir eleman ile işe yeni alınmış bir elemandan aynı özeni beklemek mümkün değildir", s. 293. Krş. EKONOMİ, s. 124.

¹¹⁶⁷ EKONOMİ, s. 123-124. Krş. ARSLAN ERTÜRK, s. 269.

¹¹⁶⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 116; CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 1994, s. 138.

¹¹⁶⁹ Yargıtay, eBK'de vekilin sorumluluğunun, daha hafif olan işçinin sorumluluğuna kıyasen belirlenirken TBK'de benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin sorumluluğunun esas alınmasıyla ağırlaştırılmış olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 1. HD., E. 2016/15387, K. 2020/411, T. 23.01.2020, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 15.08.2024).

¹¹⁷⁰ İZVEREN, İhtimam, s. 1313-1314; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 525.

gerekmektedir¹¹⁷¹. MOLLAMAHMUTOĞLU ise özen borcunun kapsamının her somut olaya göre değişiklik gösterdiğini ancak bu borcun nisbî olmasının, kapsamının sübjektif kriterlere bağlandığı anlamına gelmediğini ve eBK m. 321/2 (TBK m. 400/2) hükmünde belirtilen kriterlerin objektif olduğu kanaatindedir. Yazara göre özenin objektif bir kritere dayandırılması “aynı durumda bulunan dikkatli bir işçinin alacağı önlemlerin gözönünde tutulması” demektir. Şu halde işçiden tedbirli bir meslektaşından beklenen özen ne ise o beklenerek kusurun takdirine gidilecektir. Tabiatıyla “tedbirli meslektaş” objektif bir model olarak “bonus pater familias”tır¹¹⁷².

Öğretide TBK m. 400 hükmünde öngörülen işçinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin aslında m. 112 hükmünün hizmet sözleşmesi uygulamasında kullanılmak üzere düzenlenen bir uzantısı olduğu da belirtilmektedir¹¹⁷³. Buna göre TBK m. 400 hükmü, TBK m. 112 vd.’nda düzenlenen sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin genel kurala uygun olarak sözleşmenin veya durumun gerektirdiği ve haklı kıldığı derecede özen göstermeyen işçi açısından onun özen borcuna aykırılığının sonuçlarını düzenlemektedir¹¹⁷⁴. Buna göre işçi, kusurlu davranışı ile işverene verdiği zarardan borca aykırılıktan dolayı sorumlu tutulacaktır¹¹⁷⁵.

a. İşin Tehlikeli Olup Olmaması (Mesleki Riziko)

Tehlikeli veya zarara yatkın işlerde işçinin hafif kusurundan sorumlu tutulmaması yolunda karşılaştırmalı hukukta rastladığımız ilke önceki Borçlar Kanunumuzda yer almamaktaydı. TBK m. 400/2 hükmünde ise işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmaması bir ölçüt olarak sayılmıştır¹¹⁷⁶. İşin tehlikeli olup olmaması Türk iş hukuku öğretisinde kaynak İBK doğrultusunda işin mesleki risk oluşturmaması,

¹¹⁷¹ KABAKCI, s. 59.

¹¹⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 116, 117, 119.

¹¹⁷³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 495; İNAL, s. 798.

¹¹⁷⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 495.

¹¹⁷⁵ Hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinden biri olan TBK m. 400 hükmünün ilk fıkrasına işçinin sorumluluğu bakımından bir sınırlamaya yer verilmemiş ve işçinin, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme nazaran özel bir düzenleme teşkil eden evde hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m. 464/son hükmünde işçinin sorumlunun sınırlandırıldığı görülmektedir. Eğer malzeme ve iş araçları işveren tarafından sağlanıyorsa işçi bunları gereken özeni göstererek kullanmakla yükümlüdür. İşçi, kendisine teslim edilen malzeme veya iş araçlarını kendi kusuruyla kullanılamaz hale getirirse işverene karşı, onun kullanılamaz hale geldiği gündeki rayiç bedeli kadar sorumludur (TBK m. 464/son).

¹¹⁷⁶ DOĞAN YENİSEY, s. 306.

zarara yatkın olması şeklinde yorumlanmaktadır. Bu düzenlemeden Alman hukukunda çıkarılan sonuca uygun olarak hukukumuzda da zarara yatkın işlerde işçinin hafif ihmaliyle neden olduğu zararın işletme riski sayılarak işçinin sorumlu tutulmaması gerektiği sonucuna varılmaktadır¹¹⁷⁷.

Bize göre Gümüş'ün belirttiği üzere işin tehlikeliliği, işçinin sorumluluğu bakımından kusurun varlığının belirlenmesi aşamasına dahil bir unsur değildir. Kusurun hafif veya ağır olarak belirlenmesinden sonraki aşamada işin tehlikeli ve zarara yatkın yapısı kapsamında sorumluluğun kapsamına ve ortadan kalkıp kalkmadığına yönelik değerlendirmede kullanılan bir kriterdir¹¹⁷⁸. İşin tehlikeli olup olmaması kriteri esasında iş hukukuna ve işçinin sorumluluğuna özgü bir kriter de değildir. TBK m. 114/1 hükmünde borçlunun sorumluluğunun kapsamının işin özel niteliğine göre belirleneceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce TBK m. 400 hükmünde ifade edilen işin tehlikeliliği ölçütü, m. 114/1'deki işin özel niteliği ifadesinin somutlaştırılmış ve işçinin sorumluluğu özelinde yeniden ifade edilmiş versiyonudur. Buna göre işin tehlikeli olması ölçütü, işçinin kusurunun belirlenmesinde değil ama kusurunun tespitinden sonra işçinin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde rol oynayacaktır.

b. İşin Uzmanlığı ve Eğitimi Gerektirip Gerektirmemesi

Önceki BK m. 321/2 hükmünde işçinin, o iş için gerekli olan bilgi düzeyi ve mesleki uzmanlığının işverenin de bilgisi dahilinde olması veya olmasının gerekmesi halinde işçiye düşen özenin belirlenmesinde dikkate alınacağı düzenlenmişti. Yürürlükteki TBK ise kanaatimizce bilinçli olarak bu kriterde değişikliğe gitmiştir. Şöyle ki her şeyden önce uzmanlık ve eğitim konusunda işverenin bilgisinin olması veya olmasının gerekmesi istenmemiştir. Esasen önceki BK döneminde de m. 321 hükmünü mehaza göre okuyanlar işverenin bu konuda bilgisinin olup olmasının önemsiz olduğunu belirtmekteydi. Bu sebeple TBK m. 400 hükmünde esaslı bir değişikliğin olmadığı ileri sürülebilir. Ancak TBK m. 400 hükmü, ayrıca işçinin sahip olduğu bilgi düzeyi ve mesleki uzmanlığa değil işin uzmanlık veya eğitimi gerektirip gerektirmemesine vurgu

¹¹⁷⁷ SÜZEK, s. 374; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 297.

EBK döneminde ise işin zarara yatkınlığının özen borcunun belirlenmesinde dikkate alınmamış olmasının, işçinin hafif kusuruyla dahi olsa ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmasına ve iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olduğu belirtilmiştir, bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 306.

¹¹⁷⁸ GÜMÜŞ, s. 308.

yapmakta ve bu yönüyle de bir yenilik içermektedir. Önceki BK döneminde işçiden kişiliği ile ilgili olduğu için kimi yazarlarca sübjektif bir kriter olduğu savunulan bu ölçütün kanaatimizce artık sübjektif olarak algılanması mümkün değildir. Bundan da öte, işin uzmanlık ve eğitimi gerektirmesi, işçinin ihmalinin belirlenmesinde objektif veya sübjektif bir kriter olmayıp uzmanlığı ve eğitimi gerektiren bir işte gerekli donanımına sahip olmayan işçiyi çalıştıran işverenin birlikte kusurunun dikkate alınması ve bu oranda işçinin sorumluluğunun azaltılması gerekliliğine işaret etmektedir. Burada işverenin (zarar görenin) kusuru teknik anlamda kusur sayılmaz. Zira teknik anlamda kusur, bir kişinin başka bir kişiye zarar veren davranışının bir niteliğidir. Oysa zarar görenin kusurunda zarar başka bir şahsa değil, zarar görenin kendisine verilmektedir¹¹⁷⁹. Bu bakımdan işveren işe alırken işçinin nitelikleri hakkında araştırma yapması, gerekirse işçiyi deneme süresine tabi tutması uygun olur. İşverenin yeterince denetim yapmaması, eksik talimat vermesi, nitelikli bir işçinin yapabileceği işi vasıfsız işçiye yaptırması, işçiye kapasitesinin üzerinde iş yüklenmesi, gerekli ve uygun talimatları zamanında vermemesi, geç vermesi, yapılan işin gerektirdiği koruyucu malzeme, araç ve gereci temin etmemesi, iş organizasyonunu eksik, hatalı yapması gibi haller sebebiyle zararın meydana gelmesi veya artması durumunda işverenin birlikte kusuru söz konusu olur ve işçinin sorumluluğu kısmen veya tamamen ortadan kalkar¹¹⁸⁰.

Eğer işçi işe alımı sırasında gerekli uzmanlık ve eğitime sahip olduğu konusunda işvereni yanıltacak şekilde hareket etmişse böyle bir durumun aldatmaya dayalı irade sakatlığı sebebiyle işverene, sözleşmeyi geçersiz kılma hakkı vereceği belirtilmiştir¹¹⁸¹.

c. İşçinin İşveren Tarafından Bilinen Veya Bilinmesi Gereken Yetenek ve Nitelikleri

¹¹⁷⁹ MAKAS, s. 170; NARTER, s. 430.

¹¹⁸⁰ İZVEREN İhtimam, s. 1320-1321; MAKAS, s. 171. Krş. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 116-117.

¹¹⁸¹ İZVEREN İhtimam, s. 1315. İşverenin nitelikleri konusunda işvereni yanıltmasının İş Kanunu m. 25/2, a hükmü uyarınca işverene iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı vereceği yönünde bkz. SÜZEK, s. 373. İşverenin uğradığı zararlar bakımından işçinin culpa in contrahendo veya garanti sorumluluğunun doğabileceği ifade edilmiştir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 300; MAKAS, s. 154; İZVEREN, s. 1314: işçi hizmet akdi ile, iş görme taahhüdüne girerken göreceği iş için gerekli bedenî ve fikrî evsafa sahip olup olmadığını düşünerek kabiliyetlerini ölçmek ve kontrol etmekle mükelleftir. Eğer işçi, hizmet için lüzumlu bedenî ve fikrî evsafı haiz olmadığı halde kendisini söz konusu iş için muvafık göstererek işe başlamış ise, hizmet esnasında ehliyetsizlik sebebiyle meydana gelen bütün zararlardan mesul tutulması icap eder ve bu mesuliyetin hukukî mesnedi garanti mükellefiyetinin ihlalidir.

İşçinin, işverence bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri, işçinin göstermek zorunda olduğu özenin sübjektif değerlendirme kriteri olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸². Yetenek, belirli bir iş veya mesleğin icrası için lüzumlu olan bedenî ve fikrî kuvvetlerin genel durumudur. Bu itibarla; işçinin yeteneği ifadesiyle, işçinin belirli bir andaki fizik (bedenî) ve fikrî kuvvetleri nitelendirilir. İşçinin nitelikleri tabiriyle, yetenek ile birlikte karakter, yani çalışkanlık, irade ve işe bağlılık gibi kişisel özellikler ifade edilir. Bundan dolayı kanunun kullandığı her iki tabirle işçinin geniş manada; bedenî, fikrî ve ruhî nitelikleri anlatılmış olur ve bu unsurlar topluca işçinin iş kudretinin kalitesini tâyin ederler¹¹⁸³.

Yukarıda yeri geldikçe belirttiğimiz üzere eBK yürürlüğü döneminde vekilin sorumluluğu için hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğunu düzenleyen hükme atıf yapılmış olmasından hareket etmiş olan ve haksız fiil sorumluluğu söz konusu olduğunda objektifleştirilmiş kusur kavramına başvurulurken, sözleşmesel sorumluluk halinde sübjektif ölçütlere başvurma mümkün olduğu, işçinin sorumluluğu özelinde yer verilen borçlunun yetenek ve niteliklerinin de bunun bir örneğini teşkil ettiği yönünde bir düşünce bulunmaktadır¹¹⁸⁴. Ancak yine daha önce değindiğimiz üzere kanun koyucunun yaptığı bu atıf, öğretide eleştiriye uğramıştır. Buna göre iş görme sözleşmelerindeki sorumluluk hallerinin tamamının hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna tabi tutulması mümkün değildir. Çünkü vekalet sözleşmesinde vekil ile müvekkil arasındaki ilişki, işçi ile işveren arasındaki ilişkiden son derece farklı esaslara bağlanmıştır¹¹⁸⁵. Özellikle avukatlık, mimarlık, hekimlik gibi diploma ile icra edilen mesleklerde sübjektif ölçüye dayanma imkanının hemen hemen ortadan kalktığı ve vekilin yükseltilmiş özeni göstermesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 411; SAVAŞ, s. 577; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 527.

¹¹⁸³ İZVEREN İhtimam, s. 1313.

¹¹⁸⁴ TANDOĞAN, s. 417-418; İNAL, s. 793; ARAL, s. 178; OĞUZ, s. 212-213; KARAN, s. 738.

Bu düşüncenin fikri dayanağı şu şekilde izah edilmektedir: “bir başkasıyla sözleşme ilişkisine giren kişi, bunu önceden düşünerek ve isteyerek ve ayrıca sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisini haiz olarak yapmaktadır. Dolayısıyla o, gerekli yetenek ve niteliğe sahip olmayan kişiye, işini tevdi etmekten kaçınabilir. Buna karşın, eğer işini herhangi bir saikle, gerekli vasıfları taşımadığını bildiği veya bilmesi gereken bir kişiye yaptırmışsa bundan doğacak sonuçlara da katlanmalıdır”, bkz. TANDOĞAN, s. 418; ARAL, s. 178; OĞUZ, s. 213-214.

¹¹⁸⁵ BAŞPINAR, s. 160. Eser sözleşmesi yönünden krş. TAŞATAN, s. 362.

¹¹⁸⁶ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 411; İNAL, s. 792-797; BAŞPINAR, s. 161; ŞENOC AK, Hekim, s. 86; TAŞTEKİN, s. 92. Özellikle bankaların uygulamada saldırgan bir reklam kampanyasıyla muazzam uzmanlıklarını ve ehliyetlerini vurguladıkları; hakkaniyet gereği yarattıkları bu güvenin ve taahhütlerinin

İsviçre öğretisine baktığımızda orada da, haksız fiiller alanında kolektif adalet, sözleşmeler alanında bireysel adalet anlayışına uygun olarak OR m. 41 uygulamasında sübjektif kriterlere yer olmadığı, doktrin ve uygulamada da bunların kabul edilmediği; ancak OR 97 ve 321e uygulamasında sübjektif kriterlerin uygulama bulabileceği, sözleşme tarafının bireysel yetenek ve niteliklerinin dikkate alınacağı, ancak bunun sınırının karşı tarafın “bilmesinin gerekeceği” ile yani makullük ile çizileceği belirtilmiştir¹¹⁸⁷. Ancak diğer bir görüşe göre işçinin sorumluluğu belirlenirken işçinin yetenek ve niteliklerinin dikkate alınması, özen ölçüsünün yeniden sübjektifleştirilmesi anlamına gelmez. Daha ziyade Medeni Kanunda yer alan ve durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı hükmünden hareketle, borçlar hukuku kapsamındaki ilişkilerde kişinin kendi aleyhine olabilecek bildiği veya bilmesi gerektiği hususlara karşı çıkmasının çok anlaşılır ve açık bir gereklilik olduğunu vurgular¹¹⁸⁸.

Rehbinder’i referans alan Gümüş de, işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve niteliklerinin sübjektif bir özen ölçütü olmadığını, sadece eBK m. 44/1 (TBK m. 52)’e göre tazminattan indirim sebebi olarak yer alan zarar görenin birlikte kusurunun bir görünümünden, onun bir somutlaştırılmasından ibaret kabul etmektedir. Hükümde yer verilen bu ölçüt, ceza hukukunda cari olan sübjektif ihmal kavramını iş sözleşmesine ithal etmiş görünür ancak bu görünüştedir. Hiçbir zaman ceza hukukuna ait düşüncelerin özel hukuku istilasına anlamına gelmez. Aksine bu ölçü zarar görenin birlikte kusurunun iş hukukundaki doğal görünümünden ibarettir¹¹⁸⁹.

3. Özen Borcuna Aykırılık İle İhmal Bakımından Özensizlik Arasındaki Sınır Konusunda Öğretide İleri Sürülen Görüşler

doğal bir sonucu olarak kendilerinden yüksek ölçüde özen göstermelerinin beklendiği, aksi halde sorumlu olacakları belirtilmiştir, bkz. **ALTOP**, s. 98, dn. 232. Bu hususta Yargıtay’ın çeşitli kararları için bkz. **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 431 vd.

¹¹⁸⁷ Bkz. **GİGER**, s. 587-589 ve özellikle 588, 589, 593. sayfalarda yer alan tablolar. Krş. **VON TUHR/ESCHER**, s. 115.

¹¹⁸⁸ **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, OR AT II, pn. 2987.

¹¹⁸⁹ **GÜMÜŞ**, s. 302. **EKONOMİ** de işverenin yükümlülüğünün, işçiyi bildiği veya bilmesi gerektiği mesleki yetiştirilmesi, ehliyet ve kabiliyetlerine uygun bir işte çalıştırmak olduğunu, aksi halde işçinin işin görülmesindeki başarısızlıktan tam olarak sorumlu tutulamayacağını, işverenin müterafik kusuru dolayısıyla zarara katlanacağını belirtmektedir, bkz. **EKONOMİ**, s. 124. Benzer şekilde bu hükmün sadece işçinin değil bütün sözleşme borçlularının özen borcuna uygulanacak şekilde formüle edildiği belirtilmektedir, bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 526, dn. 35.

Öğretide hakim olan ve tarafımızca da benimsenen son yıllardaki yaklaşım, kusuru objektifleştirmektedir. Borçlunun göstermekle yükümlü olduğu özen kural olarak sözleşme dışı sorumlulukta olduğu gibi objektif ölçülere göre belirlenir. Borçludan aynı şartlar altında, makul, dikkatli her borçlunun göstereceği ölçüde bir özen beklenir. Bu konuda borçluyla aynı mesleki ve sosyal durum içinde olan kimselerin normal olarak göstereceği özen göz önünde tutulur¹¹⁹⁰.

Eğer özen objektif kriterlere göre ölçülürse bunun sonucu, özellikle edim fiilinin borçlanıldığı iş görme amaçlı sözleşmeler söz konusu olduğunda, geleneksel olarak ayrı tutulan iki sorumluluk şartının büyük ölçüde örtüşmesidir¹¹⁹¹. Davranışın kalitesi, borçlu olunan özene bağlıdır. Bu nedenle, özensiz davranışlar kötü ifa, yani sözleşmenin ihlali anlamına gelir¹¹⁹². Özen, yalnızca sözleşmeye aykırılık durumunda değil, kusurluluk bakımından da objektif olarak belirlenirse sözleşmesel sorumluluğun iki farklı unsuru aynı kavramla -özen- ölçülmüş olur¹¹⁹³.

Sözleşmenin ihlali ve ihmal aynı ölçüyle ölçülecek olursa dogmatik bir karışıklık kaçınılmazdır, özellikle ispat yükü açısından güçlükler kendini gösterir. Alacaklı sözleşme ihlali ispat etmekle yükümlü iken, borçlu kusurlu olmadığını ispatlamak zorundadır¹¹⁹⁴. Aynı kriter için ispat yükü, biri olumlu (sözleşmenin ihlali) diğeri olumsuz (kusursuzluk) olmak üzere her iki tarafa da yüklenir. Bu, ispatın ya her iki seferde de başarılı olması ya da her ikisinde de başarısız olması durumunda bir ikileme

¹¹⁹⁰ ARAL, s. 178; SAVAŞ, s. 574-575.

¹¹⁹¹ Örneğin vekilin özen borcunu yerine getirmediğinin ispat külfeti başlığı altında yapılan bir açıklamada, özen borcunun yerine getirilmediğinin ispatının vekil edene düşeceği belirtilmekte ve devamında aynen şu ifadeler kullanılmaktadır: “*vekil eden yukarıda değinildiği gibi vekilin mesleki bilgi ve tecrübelerine hayatın olağan akışına uygun basiretli bir vekil gibi hareket etmediğini, kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir*”, bkz. ÖZKAYA, s. 487.

¹¹⁹² GRIEDER, s. 959.

¹¹⁹³ Özenin bu çifte işlevi için “Januskopf” alegorisi kullanılmaktadır, bkz. GRIEDER, s. 959.

¹¹⁹⁴ Yargıtay vekalet sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin bir kararında ispat yükü bakımından şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “... İş sadakatla ve özenle görülmüşse yönelinen sonuca erişilmemiş olsa bile gereği gibi ifa vardır. Vekilin gerekli özeni göstermesine rağmen sonucun elde edilmemesinin rizikosu vekile yüklenemez. Bu riziko müvekkilin üzerinde kalır. Burada özen borcunun yerine getirilmediğini ispat külfeti müvekkile aittir. Müvekkil özen ve sadakat borcunun yerine getirilmemesinden dolayı amaçlanan sonucun ortaya çıkmadığını ispat edecek vekil de; borcun yerine getirilmemesinde bir kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir.”, Yarg. 13. HD., E. 2012/6667, K. 2012/13924, T. 30.05.2012, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 15.08.2024).

BGH’nin bir kararında değerlendirmesi ise şu şekildedir: “*Bir doktora karşı sorumluluk davasında, teknik kurallara uyulmadığının (Kunstfehler) tespiti, bunun yanı sıra zararın varlığı ve ikisi arsında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunmasının ispatı zarar göre düşer. Bu koşullar yerine getirildiğinde, doktor ancak teknik kuralları bilmemesinin davanın koşullarında bir kusur teşkil etmediğini kanıtlaması durumunda sorumluluktan kurtulabilir*”, BGE 105 II 284, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 28.08.2024).

yol açar. Öğretide bu meseleye ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte ikisi arasında net bir ayırım ortaya konulamamaktadır¹¹⁹⁵.

Kusur objektifleştirilince kusur ve sözleşmeye aykırılık ayırımının hala başarılı bir şekilde yapılabilmesi için bir görüş, sözleşmeye aykırılık ölçüsünü keskinleştirmeye yönelmektedir¹¹⁹⁶. Buna göre sözleşmenin ihlaline neden olan özensizliğin ölçüsü, objektifleştirilmiş değil objektif bir özensizliktir. Aynı sosyal çevreden gelen ortalama bir kişinin değil; en makul, en yetenekli bir kimsenin göstereceği dikkat ve özenin altında kalan özensiz davranış sözleşmeye aykırı bir davranıştır¹¹⁹⁷. Sözleşme ihlalinin gerçekleştiği bu şekilde tespit edildikten sonra kusurun bulunup bulunmadığı yani ihmal için, yalnızca azami seviyenin altında bir özen seviyesi düşünülebilir. Belirleyici faktör objektifleştirmiş bir ölçü, diğer deyişle akıllı, makul, ortalama bir insanın işlerde göstermesi gereken özen düzeyidir¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ BAŞALP, s. 218, dn. 136.

¹¹⁹⁶ GÜMÜŞ, s. 77. Krş. HONSELL, § 6, pn. 22.

Bu şekilde daha katı ve belirgin bir sorumluluk ölçüsüne doğru bir geçişin yaşandığı bir konuya yeri gelmişken değinmek istiyoruz: Uygulamanın ihtiyaçlarına göre farklı şekillerde ortaya çıkan akreditif hakkında ortaya çıkabilecek farklılıkları önlemek amacıyla Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından uzun süre önce Yeknesak Kurallar dizini oluşturulmuş ve bu kurallar bugün de ihtiyaçlara göre revize edilerek kullanılmaktadır. Günümüzde yürürlükte olan ve “Vesikalı Krediler İçin Yeknesak Teamüller ve Uygulamalar” başlığını taşıyan 600 sayılı broşür (UCP 600), 2007 yılında yürürlüğe girmesiyle 1993’ten beri oldukça uzun bir süre yürürlükte olan 500 sayılı broşürü (UCP 500) yürürlükten kaldırmıştır, bkz. **KRING, F. Banu**, “Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kurallar 600 (UCP 600) Ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler”, *DEÜHFD*, Y. 2009, C. 11., Özel Sayı, ss. 1219-1237, s. 1223.

UCP 500 m. 4’te, akreditif ilişkisi içerisindeki tarafların belgeler üzerinden işlem yapacakları belirtilmekle birlikte gerek UCP 500 gerek daha önceki UCP metinlerinde, bankaların belgelerle bağlı olması kuralına ilişkin standartlar ele alınmamış; sadece UCP 500 m. 13(a)’da olduğu gibi, bankaların belgeleri şeklen, dış görünüşleri itibari ile (on their face) inceleyecekleri ve bu incelemede “makul özen” (reasonable care) gösterecekleri ve makul özenin belirlenmesine yönelik olarak uluslararası standart bankacılık uygulamasının göz önüne alınacağı belirtilmişti. Bu durum ise, sonuç olarak söz konusu standartların yorumunun ulusal mahkemelere kalmasına ve bu yorumların da uluslararası bankacılık standartlarından ziyade yorum faaliyetinde bulunan hâkimin içinde bulunduğu hukuk kültürünün yaklaşımını yansıtmaya neden olmaktaydı. Bu nedenle bankaların belgelerle bağlı olması kuralına yüklenen anlam üzerinde birlik sağlanamamaktaydı. UCP 600 m. 14(a)’da ise, UCP 500 m. 13(a)’dan farklı olarak, “makul özen ile” (“with reasonable care”) ifadesi yer almamaktadır. Bu değişikliğin, belgeleri incelerken bankalara sınırları daha katı ve belirgin bir sorumluluk yüklenmesi için özellikle yapıldığı savunulmuştur. Nitekim Taslak Grubu’nun söz konusu değişiklik ile ilgili olarak “*Hükümde, ‘makul özen’in gösterilmesi istemi kaldırılmış ve yerini daha kapsamlı ve kesin istemler almıştır*” yorumu da bu görüşü desteklemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **DALGIÇ ATABAŞ, Nuşen Pelin**, “UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı”, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1746>, (Erişim T. 06.03.2024), s. 506.

¹¹⁹⁷ GÜMÜŞ, s. 77.

¹¹⁹⁸ Sözleşme ihlali ile ihmal arasında ayırımın bu iki farklı ölçüye göre yapılmasının Alman hukukunda hakim olduğu ve İsviçre hukukunda birçok destekçi bulunduğu belirtilmektedir, bkz. **GRIEDER**, s. 961.

Öğretide borçlunun özensizliğinin objektifleştirilmiş kusur ölçütü ile değerlendirildiğinde, sözleşmeye aykırılığın ispatı halinde borçlunun kusursuz sayılabilmesinin neredeyse imkansız olduğu da savunulmaktadır. Alacaklı edim sonucu içeren borçlarda sonucun gerçekleşmediğini, vasıta borçlarında ise gereken özenin gösterilmediğini ispatlamakla aslında borçlunun kusurlu olduğunu da ispatlamış olmaktadır. Kusursuzluğunu ispat etmek isteyen borçlu kişisel özelliklerini veya iradesine ilişkin sebepleri ileri süremeyecektir. Örneğin hasta, hekimin yanlış bir müdahalesinin bulunduğunu ispatlarsa hekim, yorgunluk veya dalgınlığını gerekçe göstererek kusursuzluğunu ispatlayamaz. Borçlu sadece kendi etki alanının dışında, özellikle alacaklının etki alanında kalan olgulara dayanabilir. Tüm bunlar dikkate alındığında sözleşmesel sorumlulukta kusurun, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden farklı bir şey olmayacağı sonucuna varılmaktadır¹¹⁹⁹. Ancak sübjektif olgular dikkate alınmadığında kusursuzluğun ispatı zorlaşacak olsa da bunun yine de mümkün olduğu ve Türk ifa engelleri sisteminin garanti sorumluluğuna yabancı olduğu belirtilmektedir¹²⁰⁰.

Gauch/Schluep/Emmenegger, normal durum ve koşullar ile olağanüstü koşullar arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre, “normal durumda”, sözleşmesel yükümlülük olarak özen ve kusur unsuru olarak özen ölçütlerinin farklı olmadığı doğrudur; bu durumlarda, sorumluluk için kusur şartı, ilaveten ayırt etme gücüne bağlıdır. Bu ek gereklilik, uygulamada küçük bir rol oynayabilir; ancak kusurun, sorumluluk için bağımsız bir koşul olduğunun altını çizer. “Olağanüstü durumlarda” ise, kusur unsuru olarak özen, sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak özenden farklıdır: doktor, hastanedeki kişisel bir zor durum (örn. bir salgın) nedeniyle fazla mesai yaparsa ve kaçınılabılır olan yanlış bir tanı koyarsa, mesleği için geçerli olan özen kurallarını ihlal etmiş olur. Hatası, sözleşme ihlali olarak çalıştığı hastaneye yüklenir. Ancak, diğer meslektaşları da aynı koşullar altında bu hatayı yapacak idiyse, o doktor (veya hastane) özensizlik nedeniyle kusurlu bulunamaz¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ **BAYSAL**, s. 288, dn. 1005. Bu yönde bir değerlendirmeyi Bucher’da görmekteyiz. Yazara göre eğer özen, ifa yükümlülüğünün bir parçasıysa, ifa etmemenin ispatlanması, özen gösterilmediğinin kanıtını da içerir. Böylece özensizliğin ispatı pratikte kusurun kanıtına eşdeğerdir, bkz. **BUCHER, Eugen**, Obligationenrecht Besonderer Teil, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988, s. 231.

¹²⁰⁰ **BAYSAL**, s. 291.

¹²⁰¹ **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, OR AT II, pn. 3003a.

GIGER, insan davranışı hakkında olumsuz bir yargıya varmayla ilişkin olan kusurluluğun aksine; özenin, bir şeyle özel bir şekilde ilgilenme, bir şeye özel olarak dikkat etme gibi anlama geldiğini belirtmektedir. Genel olarak, kişiye bir özen yükümlülüğü yüklenir ve yükümün ihlali onu sorumlu kılar. Özen yükümü, sebep sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk denilen alanlarda da bir yükümlülük olarak öngörülebildiği için sadece bu analiz bile özen ve kusurun özdeş olmadığını ortaya koyar. Gösterilmesi gereken özen ifadesi, amaca atıfta bulunur, yani sözleşmeden doğan hedefe ulaşmak için icap eden özen derecesini belirtir. Kanun veya sözleşme hükmü belirli bir özen yükümlülüğüne uyulmasını öngörüyorsa buna uyulmaması, normun veya sözleşmenin ihlali, yani hukuka aykırılık anlamına gelir. Ancak tazminat talebi için, ihlalin “kasıtlı veya ihmal ile” olması da gerekir. Dolayısıyla kusur vazgeçilmez bir ek koşul haline gelmektedir. OR 321’deki özen derecesinin tanımı, özen yükümlülüğünün ihlalinin kusur karakterini de belirleyen unsurları içerir. Bu hüküm aynı zamanda OR 97’nin lex specialis’ini oluşturmaktadır. Aynı davranış iki açıdan, yani önce normun ihlali açısından, sonra da kınanabilirlik açısından değerlendirilir. Objektif ortalama ölçütten sapma, hukuka aykırılık ve sübjektif kınanabilirlik durumunda kusur teşkil eder. Sorumluluğun hem ağırlaştırılması hem de hafifletilmesi anlamında taraflar değerlendirme ölçütünü irade özerkliğine dayanarak ortalama bir vatandaşın ortalama davranışının altı veya mesleğe özgü ortalama davranışın üstü olacak şekilde belirleyebilir. Bu belirleme çoğu zaman makullüğü sağlayan “bilmesi gerekme” sınırı içinde zımni uyuşma yoluyla gerçekleşir¹²⁰².

WEBER, özenin çifte doğasından hareket etmektedir. Taraflar bir sözleşme akdetmekle aralarında konusu o anlaşmayla belirlenmiş özel bir bağ kurulur. Yine kanun da taraflara özel bir anlaşma olmaksızın özenli hareket etme gibi belirli yükümler yükler. Sözleşmeyle belirlenen veya kanunen yüklenen özene aykırılık sadece bir kusur teşkil etmez, aynı zamanda özel anlamda kurulan bağa, genel anlamda hukuka aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın tespitinden sonra kusur incelenir. İhmal türünden kusur bakımından özen tekrar değerlendirmeye alınır. Bu kapsamda özen yükümü, özensizliğin bir davranış normuna aykırılık ve aynı zamanda kınanabilir bir davranış oluşturmaları

¹²⁰² GIGER, s. 591-592.

sebebiyle çifte doğaya sahiptir. Kusur alanında derecelendirme olanaklıdır, ancak hukuka ayrılık bakımından özensizliğin evet ya da hayır şeklinde tespiti yeterlidir¹²⁰³.

HONSELL, haksız fiil hukukunda sübjektif-somut kusurun rol oynamadığını, kusurun objektifleştirildiğini, buna göre baş ağrısı, migren, işverenle veya eşle yaşanan tartışma, sağlık bakımından kötü bir durumda olma gibi mazeretlerin mahkeme önünde değer görmeyeceğini, ortalama bir özen ölçüsünün geçerli olduğunu belirttikten sonra bütün bu hususlar için bir istisnanın, sözleşme hukuku bağlamında ispat külfeti için geçerli olduğunu belirtmektedir¹²⁰⁴. Burada kusursuzluğun ispatına ilişkin normlar, çoğu zaman objektif kusura değil, sübjektif kusura atıfta bulunmaktadır. Aksi takdirde, objektif yüküm ihlali (sözleşmeye aykırılık veya hukuka aykırılık) de, kusurla birlikte otomatikmiş gibi kabul edilecek olurdu; örneğin, hasta iyileşmezse, doktor onu doğru tedavi ettiğini kanıtlama külfeti altında olurdu. Ancak gerçekte, hasta sadece haksız fiil hukukunda değil, aynı zamanda sözleşme hukukunda da tıbbi bir hatanın (sözleşme ihlali) varlığını kanıtlamalıdır. Haksız fiil değil ama sözleşme hukukunda, sübjektif kusur ithamıyla ilgili olarak kendini temize çıkarmak doktorun sorumluluğundadır¹²⁰⁵. Kusurun objektifleştirilmesi, özen ihlali ile hukuka aykırılığın özdeş olmasını beraberinde getirir. Hukuka aykırılıkta her zaman işlerde geçerli olan yükümlülüklerin ihlali anlamında bir yüküm ihlali söz konusudur. Bu yüküm ihlali, normalde yalnızca kusurda uygulanan özene aykırılık ile aynıdır. Teorik ve sistematik olarak aynı yüküm ihlalinin bir kere hukuka aykırılıkta bir kere de kusurda olmak üzere iki kere incelenmesi mantıklı değildir. Bu nedenle objektifleştirilmiş kusur, hukuka aykırılığa alınmalı ve kusur kavramı ayırt etme gücü anlamında sübjektif unsurla sınırlı olmalıdır¹²⁰⁶.

TANDOĞAN, vekalet sözleşmesi özelinde özen borcunun yerine getirilmediğini ispat külfetinin müvekkil üzerinde olduğunu, özen borcunun yerine getirilmemesi yüzünden istenilen sonucun ortaya çıkmadığını müvekkilin ispat etmesi halinde vekilin, özen borcunu yerine getirmemede kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan

¹²⁰³ WEBER, Rolf H, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?, ZSR, 1988 I, s. 39–59; (naklen: GÜMÜŞ, s. 92-93).

¹²⁰⁴ HONSELL, pn. 18-19.

¹²⁰⁵ HONSELL, pn. 19.

¹²⁰⁶ HONSELL, pn. 21.

kurtulabileceğini belirtmektedir. Buna örnek olarak doktorun, kusuru olmaksızın ani bir baygınlık geçirmesini, standart bir iğnenin malzeme bozukluğundan kırılmasını, belli bir ilacın hemen tedarikinin imkansız olmasını göstermektedir¹²⁰⁷.

GÜMÜŞ’e göre, sözleşmeler hukuku alanında özen kavramı çifte işleve sahiptir¹²⁰⁸. Özellikle hizmet edimli borçlarda, maddi edimli borçlardan farklı olarak, sözleşmeye aykırılık edim programına özensiz riayet olarak belirlenirken, kusur ise davranıştaki eksik özen olarak varlığını korur. Burada sözleşme ihlali ve kusuru birbirinden ayırmada özenin ölçüsü esas alınmalıdır. Sözleşme ihlali normatif, kusur ise psikolojik bir kavramdır ve farklı düzlemlerde ayrı ayrı incelenmelidir. Hukuka aykırılığa benzer şekilde sözleşme ihlali, en yüksek ölçüde objektif dış ve iç özene göre tespit edilen yüküm ihlali olarak belirir. Kusurun tespiti aşamasında aranılan özen, kusur bakış açısı altında standart, objektifleştirilmiş ölçüye indirilir. Varsayımsal ve soyut en yüksek derecedeki özenli davranış, sözleşme hukuku bakımından hukuki bir davranış normunu teşkil ederken; “mesleğe/alana özgü ortalama borçlunun ortalama davranışına” dayalı “objektifleştirilmiş” özen, kınanabilirlik değerlendirmesine ve böylece kusurun belirlenmesine esas oluşturan bir davranış maksimi olarak belirir¹²⁰⁹. Kusur düzleminde, sözleşmenin ihlalinin farklı olarak derecelendirmeli bir bakış açısı mevcuttur. Buna karşılık özen aykırılığı, sözleşme ihlaline bağlandığı ölçüde, hizmet edimine bağlı sözleşme ihlalinin varlığı için en yüksek ölçüde iç özenle görülen uygun davranıştan sapmanın varlığına ilişkin sadece evet ya da hayır şeklindeki bir değer hükmü yeterlidir. Sözleşme ihlali ve kusur, belirli bir davranıştan sapmayı konu aldıklarından aralarında yakınlık mevcuttur. Ancak sözleşme ihlalinin farklı olarak kusur, sözleşmede özel ve soyut olarak emredilen davranışla ölçülmez; bilakis üçüncü bir kişinin somut durumdaki varsayımsal davranışı ile karşılaştırılarak tespit edilir¹²¹⁰. Sözleşme ihlali için aranan (objektif) özen ölçüsü, her zaman için kusurun tespiti için aranan (objektifleştirilmiş) özen ölçüsünden daha yüksektir¹²¹¹.

¹²⁰⁷ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 432.

¹²⁰⁸ GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı, s. 1224.

¹²⁰⁹ GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı, s. 1224.

¹²¹⁰ GÜMÜŞ, s. 102-103.

¹²¹¹ Yazar, İsviçre ve Türk hukuklarında günümüzde geline noktanın kusurun, meslek ve işlem alanına göre ortalama fiziki ve psikolojik yetenek ve niteliklere sahip makul bir borçlunun ortalama davranışı ile kıyaslanarak belirlenmesi görüşünün hâkim olması karşısında artık TTK m. 18/II hükmüne ihtiyaç

GRIEDER, biri azami, diğeri ise ortalama standarda dayanan iki objektifleştirilmiş özen ölçüsü yaratan teoriyi eleştirmektedir. Azami olarak ifade edilen teorik azami edim yükümlülüğü, insan performansının ortalama düzeyini dikkate almaz. Güven ilkesinden kaynaklanan sözleşme içeriğine de karşılık gelmez. Daha hafif olanın sonuç itibarıyla ölçü olması durumunda, iki ayrı gerekliliği niceliksel olarak farklı şekilde tartmanın pek mantıklı değildir. Şöyle ki sorumluluğun kabul edilebilmesi için sadece ihmalin incelenmesi ve onaylanması gerekecektir. Sadece “alttaki çitanın kırılması” belirleyici ise, farklı yüksekliklerde iki çita kullanarak sorumluluğu ölçmek gereksizdir¹²¹². Kusur, sözleşmeye aykırı davranışın kınanabilirliği ile ilgilidir ancak bu nitelendirme, sözleşmeye aykırı davranışa dayanmamaktadır. Sözleşmenin ihlalinin nedeni borçlunun davranışlarında yatıyor olabilir. Kusur suçlaması, bu davranışın onaylanmayan nitelendirilmesinde yatmaktadır¹²¹³. Hizmet yükümlülüklerinin kötü ifasında, sözleşmenin ihlali ve ihmalin değerlendirilmesine ilişkin ölçüler içerik bakımından temelde aynıdır. Aynı davranış ölçüsü hem kusur suçlamasının hem de sözleşmenin ihlalinin temelini oluşturur. İhmal, sözleşmeden doğan yükümlülükler göre ölçülür. Bunun nedeni, ihmal ile bağlantılı olarak borçlunun, kendi davranışlarında, sözleşmeden doğan yükümlülük temelinde kendisi için belirleyici olması gereken ilkeler tarafından yönlendirilmesi gerektiğidir. Kusur, sözleşmeye aykırı davranışa yol açan sebepleri ifade eder (nedensellik teorisi). Bu sebepler, borçlunun belirli bir davranış ile ifade edilebilir. Bu davranış aynı zamanda sözleşmeye aykırı olarak nitelendirilebiliyorsa, sözleşmeye aykırılık mazur görülemez. Borcun konusuna uygun olmayan ifa, borçlunun doğrudan zarara yol açmaya elverişli olan sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunmasını ifade eder. Buna karşılık ihmal, uygun olmayan ifayı meydana getirmeye elverişli olan sözleşmeye aykırı önceki bir davranışta oluşur. İhmal suçlaması yapılan davranış, henüz alacaklıya doğrudan zarar verebilir değildir. Örneğin doktor arızalı bir röntgen cihazı ile hastasını yüksek radyoaktif radyasyona maruz bırakırsa (uygun olmayan ifa), doktor cihazın bakımını yönetmeliklere uygun olarak yaptırmamışsa (ihmal) bu yanlış tedavi mazur görülemez. Cihazın bakımsız bırakılmış

bulunmadığını belirtmektedir. Çünkü ihmalin ölçüsünde meslek ve iş alanının esas alınması genel olarak kabul edildikten sonra tacirler özelinde onların da iştigal ettikleri meslek ve faaliyet alanına göre göstermeleri gereken özen belirlenir. TTK m. 18/II bu durum karşısında açıklayıcı bir işlev taşımak dışında aşka bir öneme sahip değildir, bkz. GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı, s. 1226-1228.

¹²¹² GRIEDER, s. 962.

¹²¹³ GRIEDER, s. 964.

olması, kusur suçlamasının konusudur ve bu, hastanın doğrudan zarar görmesine neden olmaz¹²¹⁴. Buna karşın borçlu, uygunsuz ifaya rağmen gereken tüm özeni gösterdiğini kanıtlayarak kendisini mazur gösterebilir. Doktor, röntgen makinesini yönetmeliklere uygun olarak bakımdan geçirmesine rağmen arızayı fark edememiş ve röntgen çekerken hastasını yüksek radyoaktif radyasyona maruz bırakmışsa doktor bu davranışından dolayı kınanamaz. Böyle bir ispat ise her zaman kolay olmayabilir çünkü borçlu kusurlu bir sebep anlamında çok çeşitli şekillerde özensiz davranabilir. Sonuç olarak sözleşmenin ihlali ve ihmal, borçlunun bir davranış dizisi oluşturan iki farklı davranış durumuna dayanmaktadır. Ancak, nitelendirmenin konusu aynı değildir. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık ve ihmal birbiriyle örtüşmez. Her iki davranış durumu da sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebiliyorsa, uygun şekilde ifa edilmeme mazur görülemez¹²¹⁵.

TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, kusuru hukuk düzeni tarafından dayatılan ödevleri yerine getirme iradesindeki eksiklik olarak tanımlamak suretiyle¹²¹⁶ subjektif kusur teorisini benimsedikleri izlenimini uyandırmakla birlikte adı geçen yazarlar da özen borcuna aykırılık ile kusurun çakışacağını belirtmektedir. Buna göre sözleşmelerde genellikle sonuç taahhüdü içeren borçlar bulunur. Bu ilişkilerde alacaklının borca aykırılığı ispat etmesi yeterlidir. Böylece sonucun elde edilmemesi borçlunun kendisinden haklı olarak beklenen davranışı gerçekleştirmediği kabulüne yol açar ve borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatlamalıdır. Sonuç taahhüdü içermeyen borçlarda ise sözleşmeye aykırılık aynı zamanda özen borcuna aykırılıktır ve özen borcu ihlal edilmişse bu kaçınılmaz olarak borçlunun kusurlu olduğunu da gösterir. Özen borcuna aykırılığı ispatlayan alacaklı, kusurun varlığını da ispatlamış olur¹²¹⁷.

Özenin dış özen ve iç özen olarak iki türü olduğunu kabul eden bir görüş, özen borcunun ihlali ile kusurun ayrıştırılmasında bu iki türden yararlanmaktadır. Buna göre dışardan bakıldığında gösterilmesi gerekli davranışa uygun hareket dış özeni, bu davranışın bilincinde olup kişinin kendi davranışını içsel olarak buna ayarlaması iç

¹²¹⁴ GRIEDER, s. 965.

¹²¹⁵ GRIEDER, s. 966.

¹²¹⁶ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1317.

¹²¹⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1282, 1318.

özeni ifade eder. Kusurun belirlenmesinde bu iç özen dikkate alınmalıdır ve böylece borca aykırılık ile kusur unsurlarının aynı ölçütle tespit edilmiş olmasından kaçınılmış olunur¹²¹⁸. Ancak kanaatimizce iç özenin esas alınması esasen ihmalin objektifleştirilmesiyle çelişmektedir. İhmal ve genel olarak kusur subjektif algılanıyor ve tasarlanıyorsa zaten burada üzerinde durduğumuz kusurun sözleşmeye aykırılıktan ayırtılmasında yaşanan güçlük doğmaz. Mesele, kusurun objektifleştirilmesi durumunda bu ayırımın hala başarılı olarak yapılabilip yapılamayacağıdır.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Bize göre özen borcu, soyut ve önceden tek tek ifade edilemeyecek birçok hareket tarzını, bir norm veya yükümlülük olarak üretmek üzere borç ilişkisine dürüstlük kuralı aracılığı ile dahil olan bir norm jeneratörüdür. Bundan somut olarak hangi borçların çıkacağı taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin niteliği, tarafların bu sözleşme ile ulaşmaya çalıştığı amaç ve her zaman dürüstlük kuralı aracılığı ile tespit edilir. Söz gelimi eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu her zaman aynı içerikte olamaz; meydana getirilecek eserin türü, kullanılacak malzemeler, işin yürütüleceği süre, üretim sürecinin arz ettiği tehlike, olası riskler her bir sözleşmede özen borcuna dayanan ancak farklı şekilde somutlaşan borçları doğurabilir. Esasen bu borçların tespiti taraflar arasında bir zararın ortaya çıkıp bunun uyuşmazlığa dönüştüğü evreden sonra yapılacak değerlendirmeye tespit edilir. Bununla birlikte TBK’de özen borcunun somutlaşmış olduğu çeşitli yükümlülükler ifade edilmiştir.

Bu şekilde geriye doğru bakılarak sözleşmenin özen borcuna aykırılığa dayanan ihlali tespit edildikten sonra bu ihlalin kusurlu olarak gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilmelidir. Dolayısıyla borcun varlığı ve kusurun varlığı birbirine yaklaşmış olsa da ayrı ayrı ele alınmalıdır. Özen borcunu ihlal eden davranışın kasten gerçekleşmesi halinde bu ayırımı fark etmek daha kolaydır, çünkü borçlu bilerek ve isteyerek özensiz davranışlar göstermiş ve zarara yol açmıştır. Borçlunun özen borcunu ihlali ile ihmalin objektifleştirilmesi nedeniyle kusur formu olarak ihmal, aynı iki kavrammış gibi anlaşılmaya müsaittir. Fakat bize göre bu kavramlar yine de özdeş değildir. Kanununda TBK’de yüklenicinin borcunu düzenleyen m. 471/1’de ifade ettiği sadakat ve özen

¹²¹⁸ Görüşü benimseyen yazarlar için bkz. BAŞALP, s. 217-218.

borcu, izahına çalıştığımız soyut ve önceden sayılamayan ancak her sözleşme ilişkisine göre somutlaştırılması gereken özen borcudur. Aynı hükmün ikinci fıkrasında belirtilen özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışının ölçü alınacağı esası ise bu özen borcunun ihmal cinsinden kusurlu olarak ihlal edilmesine ilişkindir. Diğer deyişle ihmalin objektifleştirilmesi yapılmakta ve yüklenicinin özen borcunu ihlalinin sonucu olarak sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmesini zorlaştırmaktadır. Zira objektifleştirilmiş kusura göre yüklenici kendisiyle ilgili kişisel sebepleri ileri sürerek kusursuzluğunu ispatlayamaz; ancak objektifleştirilmiş kusurun ölçüsü olan referans davranıştan sapmadığını ispat ederek kusursuzluğunu ortaya koyabilir. Nitekim TBK m. 471/2 hükmünde özen borcunun nasıl belirleneceği değil bu borcun ihlalinden doğan sorumluluğun nasıl belirleneceği ifade edilmiştir. Sorumluluğun belirlenmesi, borca aykırılığın tespitinden sonra esas olarak kusurun ilgi alanıdır. Biz Kanunun bu maddesinin lafzi ve ruhi yorumunun, özen borcunun ihlalinin tespitine değil bu borca aykırılıkta kusurun belirlenmesine hizmet ettiği kanaatindeyiz.

Aynı izah vekilin özen borcu ve bu borca aykırılıkta sorumluluğun belirlenmesinde de geçerlidir. TBK m. 506 ikinci ve son fıkra hükümleri aynı esasları düzenlemektedir. Örneğin hekimin sorumluluğunda hekimin sorumlu tutulamayacağı olgular olarak sıklıkla şunlardan bahsedilir¹²¹⁹: a) hekimin müdahalesiyle verdiği zarar, onun bilgisizliğinden, beceriksizliğinden ileri gelmeyip bu müdahalenin yapıldığı sırada bilimin ulaştığı düzeye göre daha fazlasının yapılamayacağı bir müdahaleden kaynaklanıyorsa hekim sorumlu olmaz. b) hekimin küçük bir kasabada olup en modern, karmaşık ve masraflı araçları gerektiren bir tedavi için bu imkanlara sahip olmamasından veya mesleğine yeni başlayan bir hekimin uzun yılların deneyimine sahip bir hekimin gerçekleştirebileceği bir müdahaleyi gerçekleştirememesinden kaynaklanan zararlardan sorumlu tutulamaz. Kanaatimizce a) ile belirtilen ilk örnekte hekimin sorumlu tutulamaması, kusur perspektifinden değil borç perspektifinden bakılmayı gerektirmekte ve hekimin özen borcuna aykırı bir davranışı olmadığının tespitine dayandırılmalıdır. b) ile belirtilen örnekler ise hekimin davranışına kusur

¹²¹⁹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 421.

perspektifinden bakılmasını gerektirmekte ve kendisiyle aynı koşullar içinde bulunan dikkatli ve tedbirli ortalama bir hekimden beklenen davranışı göstermiş olması halinde hekimin kusursuz olduğu sonucuna varılmalıdır. İlk durumda hekimin sorumluluk unsurlarından borca aykırılığı gerçekleştirmediği için; ikinci ihtimalde ise özen borcuna aykırılık değil kusur gerçekleşmemiş olduğundan hekim, hastanın uğradığı zarardan sorumlu olmayacaktır.

Ancak bir iş görme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesinde iş gören işçi için özen borcu işçiye yüklenmekle birlikte bu borca aykırılıkta sorumluluğun belirlenmesinde objektifleştirilmiş bir kusur ölçüsünden açıkça bahsedilmemiştir. Diğer deyişle benzer işi üstlenen, basiretli bir işçinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygunluk gibi ağır bir ölçü getirilmemiştir. Aksine işçinin sorumluluğunun onun yetenek ve niteliklerine göre belirleneceği TBK m. 400 hükmünde belirtilmiştir. Bu niteliklerin her halde işveren tarafından bilinen veya bilinebilir olması gerekir. Tamamen kişinin iç dünyasında kalan ve dışarıya yansımaya arzuların sonucuna kişinin kendisinin katlanması hukuk tekniğine ve adalet ilkesi ve hakkaniyet duygusuna daha uygundur. İşçinin kusuru bakımından dahi bize göre kanunun subjektif teori lehine yorumlanmasına yer yoktur. İşçinin yetenek ve niteliklerinin önem taşıması işveren tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması halinde mümkün olabilir ki bunun altlanacağı bahis, teknik olarak işverenin birlikte kusurudur. İşçinin dış dünyaya yansımaya subjektif niteliklerinin önem taşıması, işçinin kusurunun belirlenmesinde subjektif-somut kriterin uygulanmasına engeldir. Bize göre işçinin kusurunu tespit ederken de objektifleştirilmiş teoriden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur. Öğretide genellikle subjektif kriter olarak belirtilen yetenek ve nitelikler, işverenin bunları en azından bilmesi gerekmesi şartına bağlı olduğu için işçinin sorumlu olduğu bir zararda, işverenin birlikte kusuru bağlamında tazminatta bir indirim sebebi teşkil etmelidir ve böylece işçinin sorumluluğu hafifletilmelidir. Yoksa işçinin kusurunun belirlenmesinde bir subjektifleştirme gerekçesi olarak kullanılmamalıdır. Örneğin, çok az sürüş deneyimi olan ve bir sürücü olarak çalışan işçi, ortalama deneyime sahip bir sürücünün başına gelmeyecek bir sürüş hatası yaparsa bu, işverene karşı genellikle onun sorumsuzluğunu sağlamaz. Ancak işverenin işçinin sürüş deneyimi eksikliğini bilmesi ve sürüş hatasının tam olarak sürüş deneyimi eksikliğinden

kaynaklanması durumunda işverenin kendi ağır kusuru işçinin durumunu rahatlatacaktır¹²²⁰.

Bütün bu değerlendirmeler sonucunda sözleşmesel sorumluluk alanında da haksız fiil alanında olduğu gibi objektifleştirilmiş kusur teorisinin hakim olduğu ve yeniden sübjektif teoriye dönüş için yeterli veri ve gerekçenin bulunmadığı kanaatindeyiz.

¹²²⁰ KOLLER, § 48, pn. 21.

Üçüncü Bölüm:

AĞIR KUSURUN İŞLEVLERİ VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN UYGULAMA ALANLARI

I. AĞIR KUSURUN SORUMLULUĞUN KURULMASINDAKİ UYGULAMA ALANI VE AĞIR KUSUR HALİNDE SORUMLULUĞUN SINIRLANAMAMASI

Sorumluluk hukukunun ilkelerinden biri olan kusurun ağırlığından bağımsız olarak sorumluluk, diğer deyişle en hafif kusurun bile sorumluluğa sebep olması prensibinin istisnaları vardır. Bu istisnalar bir kimsenin ancak ağır kusurunun bulunması halinde sorumlu tutulmasında ve davranışta bulunana normalde sahip olduğundan daha fazla özgür hareket alanı verilmesinde görülür. Davranışta bulunan kişi, ağır ihmal sınırına kadar sorumluluktan kurtulmuşsa veya sorumluluğu miktar olarak sınırlandırılmışsa, ilgili düzenleme hukuki-teknik açıdan nasıl tasarlanırsa tasarlansın, sorumluluk sınırlaması ile avantaj sahibi olur¹²²¹. Ağır kusura bağlı olarak sorumlu tutulma, diğer taraftan bir bakış açısına göre, hafif kusurun olduğu durumlarda sorumluluğun dışlanması, sınırlanması olarak ifade edilebilir. Ağır kusur sınırına kadar olan sorumluluk muafiyetleri, farklı amaçlara dayandığından homojen bir grup oluşturmamaktadır. Ancak aşılması halinde davranışta bulunanı sorumlu tutmanın zorunlu görüldüğü bir sınır belirlemek, tüm bu hallerin ortak noktası olarak belirlenebilir. Çalışmanın bu başlığı altında biz de kişinin ağır kusurlu olması halinde sorumlu tutulduğu; hafif kusurlu olması halinde ise sorumluluğunun sınırlandığı durumları, bunların çeşitli ortak özelliklerini dikkate alarak gruplandırmak suretiyle ele almayı tercih ediyoruz.

A. AĞIR KUSURUN KARŞILIK GÖZETMEYEN FAALİYETLERDE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ

1. Bağışlayanın Sorumluluğu

Karşılık gözetmeyen bir faaliyet olarak bağışlama sözleşmesinden de diğer sözleşmelerde olduğu gibi bir aynen ifa talebi doğar. Bağışlayan bağışlama konusu şeyi

¹²²¹ KÖNIG, s. 25, 26.

bağışlanana vermemişse diğer deyişle bağışlama vaadinden doğan borç yerine getirilmemişse bağışlayana karşı bağışlanan, bağışlamanın aynen ifa edilmesini dava edebilir¹²²². Aynen ifa mümkün olduğu sürece, bağışlananın bunu talep etmekten başka seçeneği yoktur. Bağışlama sinallagmatik bir sözleşme olmadığından sonraki ifadan vazgeçerek tazminat talep etme yolu açık değildir¹²²³. Bağışlamaya ilişkin özel hükümlerin bulunmaması karşısında bağışlayan, TBK m. 114 hükmü gereği sorumluluğu daha hafif takdir edilecek olmakla birlikte, ifanın gecikmesi ya da sonradan ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle ifa etmeme durumunda olağan yaptırımlar olan geç ifa sebebiyle uğranılan zararın veya imkansızlık nedeniyle uğranılan zararın sorumluluğunu taşır. Bununla birlikte, bağışlamanın özel koşulları birçok durumda sözleşmeye dayalı bir sorumluluk reddi koşulunun üstlenilmesine yol açmalıdır. Şöyle ki güven ilkesine göre, bir bağışlama vaadini kabul ederken bağışlanan, genellikle bağışlayanın ifada gecikmesi durumunda veya hafif ihmal halinde sorumluluğu taşımayı istediği beklentisine sahip olamaz. İstisnalar düşünülebilir olsa da bağışlananın talepleri bu nedenle kural olarak aynen ifayla ve imkansızlığa ağır kusurla neden olunması durumunda tazminat ile sınırlıdır¹²²⁴. Nitekim TBK m. 294/1 hükmü bu mülahazayı açık bir şekilde belirtmektedir. Böylece yalnızca bağışlayan tarafa borç yükleyen bağışlama işleminde bağışlayanın sorumluluğu, iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerdeki borçlunun durumuna kıyasla hafifletilmiştir.

Bağışlayanın sorumluluğunun hafifletilmesi, karşılık gözetmeyen faaliyetlerde borçlu lehine sorumluluğun hafifletilmesinde akla gelebilecek olan seçeneklerden biri olan “kusurun modifiyesine” dayanmaktadır¹²²⁵. Diğer deyişle borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğu prensibi (TBK m. 114/1, c.1), bağışlama sözleşmesi özelinde, bağışlayanın sadece ağır kusurlu olması olgusuna bağlı kılınmıştır.

Bağışlayanın sorumluluğunun ağır kusura bağlanmak suretiyle hafiflemesinin, ifa imkansızlığı, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme hallerinin de dahil olduğu tüm borca

¹²²² **BUCHER**, s. 156; **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 374; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 177; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 105.

¹²²³ **BUCHER**, s. 156; **EREN**, BHÖH, s. 294.

¹²²⁴ **BUCHER**, s. 156.

¹²²⁵ Bir sonraki başlıkta, karşılık gözetmeyen faaliyetlerde borçlu lehine sorumluluğun hafifletilmesine akla gelebilecek olan diğer seçenekler daha yakından görülecektir.

aykırılık halleri için geçerli olduğu belirtilmektedir¹²²⁶. İfanın imkansız hale gelmesinden veya gereği gibi ifa etmemeden doğan zararlardan bağışlayanının sorumlu olabilmesi eBK döneminde, hile veya ağır dikkatsizliğinin bulunduğu hallere münhasır kılınmıştı. EBK m. 243 hükmünü karşılayan TBK m. 294/1 hükmünde daha genel bir terim olarak ağır kusur ifadesi tercih edilmiştir. Buna göre bağışlayan, bağışlamadan doğan zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça bağışlanana karşı sorumlu değildir. Örneğin bağışlanan malın ifadan önce, ifanın gerçekleşmemesi amacıyla bilerek ve istenerek tüketilmesi veya başka bir şekilde yok edilmesi, başkasına devredilmesi, açığa bırakılarak çalınmasına sebep olunması böyledir¹²²⁷. Buna karşılık hiç ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemenin hafif kusura dayanması halinde, bağışlayanın ne sözleşmesel ne haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur¹²²⁸.

TBK m. 294 hükmünün ikinci fıkrasında bağışlayanın bağışlanan şey veya alacak hakkında ayrıca garanti sözü vermişse, bununla sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin uygulama alanı, bağışlayanın ayıp ve zapttan sorumluluğudur¹²²⁹. Satış sözleşmesinin aksine bağışlama sözleşmesinde ayıptan sorumluluk, bir sözleşme ile üstlenilmedikçe yoktur. Ancak diğer yandan genel kural, ağır kusur durumlarında, bağışlayanın zarardan sorumlu olmasıdır¹²³⁰. Eğer bağışlayan, bağışlanandaki ayıbı bağışlanana aldatarak gizlemişse ayrıca ayıptan sorumluluğu düzenleyen bir garanti sözleşmesi yapılmamış olsa bile ağır kusur gerçekleştiği için bağışlayan bundan doğan zarardan sorumludur.

Bağışlayanın her türlü kusurundan değil de sadece ağır kusurundan sorumlu tutularak sorumluluğunun sınırlandırılması, TBK m. 112 hükmünde yer alan ispat yükünden kurtulması anlamına gelmez. Bağışlayan, ağır kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurutulabilir. Sorumluluktan kurtulmak için ayrıca hafif kusurunun bulunmadığını ise ispatlamasına gerek yoktur, çünkü kanun kendisini hafif ihmalinden zaten sorumlu tutmamaktadır¹²³¹.

¹²²⁶ **VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah**, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 378.

¹²²⁷ **EREN, BHÖH**, s. 294.

¹²²⁸ **EREN, BHÖH**, s. 294; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 381.

¹²²⁹ **EREN, BHÖH**, s. 295; **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 379.

¹²³⁰ **BUCHER**, s. 156.

¹²³¹ **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 382; **KILIÇOĞLU, BHÖH**, s. 206.

Öğretide bağışlayanın ağır kusuruyla sebep olduğu zararlara örnek olarak şu vakıalar gösterilmektedir: bir gıda firmasının son kullanma tarihi geçmiş olan gıda ürünlerini, bu durumu gizleyerek bağışlaması ve bunların tüketimi neticesinde zararın ortaya çıkması. Bu olayda bağışlayanın bağışlama konusu hakkında önemli bir hususu gizlemesi suretiyle bağışlananı aldatması, sözleşmenin kötü ifasında bağışlayanın ağır kusurunu teşkil etmektedir; dolayısıyla bağışlayan, kötü ifadan doğan tüm zararları tazmin etmek zorundadır¹²³². Yine bulaşıcı hastalığa yakalanmış çocuğun temizlenmemiş giysilerinin; kuduz bir köpeğin; içinde patlayıcı madde olan bir oyuncağın bağışlanması da bu kapsamda değerlendirilmektedir¹²³³.

2. Borçlunun Yararının Bulunmadığı Diğer Hallerin Değerlendirilmesi

Karşılık gözetmeyen, diğer deyişle borçlunun yararının bulunmadığı faaliyetlerde borçlunun sorumluluğunun nasıl belirleneceği sorununa ilişkin olarak, yukarıda yer verdiğimiz bağışlama sözleşmesinde bulunan özel bir hukuki düzenleme, her zaman bulunmayabilir. Bu takdirde “sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı” kenar başlığına sahip olan TBK m. 114 hükmü, genel bir hüküm olarak uygulama bulur. Bu hükmün ilk fıkrasının birinci cümlesi, borçlunun genel olarak her türlü kusurdan sorumlu olduğunu; ikinci cümlesi borçlunun sorumluluğun kapsamının hukuki işlemin özel niteliğine göre belirleneceğini, üçüncü cümlesi ise işin özellikle borçlu için bir yarar sağlamaması durumunda sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceğini belirtmektedir.

TBK m. 114/1 c. 3 hükmüne göre borçlu için bir yarar sağlamayan işlerde borçlunun sorumluluğunun hafifletilmesine ilişkin üç yorum karşımıza çıkmaktadır¹²³⁴. Bunlardan biri, özen ölçüsü için aranan gerekliliklerin düşürülmesinden yanadır. Bir diğeri bağışlama sözleşmesinde olduğu gibi kusur modifikasyonuna göre yani yararı olmayan borçlunun sadece kast veya ağır ihmalinden sorumlu tutulmasıdır. Üçüncü bir yaklaşım ise ilgili işte yararı bulunmayan borçlunun sorumluluğunun tazminat miktarının azaltılması suretiyle gerçekleştirilmesidir. Birinci ve ikinci yorum, sorumluluğun tesisi

¹²³² **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 105. Örneğin çalıntı olduğu bilinen bir ürünün bağışlanması ve bağışlananın bu sebeple dava masrafları yapmak zorunda kalması, bkz. **BUCHER**, s. 156. Diğer örnekler için bkz. **VARDAR HAMAMCIOĞLU**, s. 383, 384, 394, 403.

¹²³³ **TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1**, s. 374.

¹²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUCH**, pn. 260 vd.; **WEBER/EMMENEGGER**, kn. 9.

aşamasında bir etkiye sahip iken son yorum ise sorumluluk koşullarına dokunmayıp sadece sorumluluğun sonuçları üzerinde etki gösterir¹²³⁵.

Borçlu günlük yaşam ilişkilerinde çoğu zaman bir karşı edim beklentisiyle borç altına girmekte ve böylece edimler arası değişim ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Borçlunun borca aykırı davranışının yaptırımını değerlendirilirken “yarar/fayda” sözü bu şekilde anlam kazanacaktır¹²³⁶. Bu kuralın uygulanmasında, kanunun lafzından hareket edilerek işin borçlu için hiçbir yarar sağlamaması değil, borçlunun elde ettiği yararın borcuna oranla çok az olması aranmalıdır¹²³⁷. Buna göre öğretide, ücretsiz iş gören vekil¹²³⁸, kullanım

¹²³⁵ WEBER/EMMENEGGER, kn. 9.

¹²³⁶ BELEN, s. 268. Bir görüşe göre borçlunun sorumluluğunun hafif takdir edilmesinin sebebi, borç altına girmenin borçluya bir yarar getirmemesidir. Borçlunun elde edeceği yararın borcun kaynağı olan sözleşmeye bağlı olarak gerçekleşmesi zorunlu değildir. İster sözleşmeye ister sözleşme dışı bir olguya bağlı olarak gerçekleşsin borçlu için bir yararın bulunması yeterlidir, bkz. ÖZEN, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 125.

¹²³⁷ SAVAŞ, s. 575.

¹²³⁸ Burada ücretsiz olan vekâlette, vekilin göstermesi gereken özen derecesinin ücretli olan vekâlete göre daha az olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması ya da düşük bir ücret üzerinden belirlenmesinin vekil tarafından gösterilecek özenin derecesine değil ancak tazminatın miktarının belirlenmesine etki etmesi yönündeki görüşe biz de katılıyoruz. Bu hususta bkz. GAUCH, pn. 268; ÖZKAYA, s. 487; TAŞTEKİN, s. 91; DEMİRSATAN, Vakıf, s. 116 ve dn. 24. Bununla birlikte ücretin özen derecesini azaltmayacak olsa da arttırabileceği, zira ödenen ücret ne kadar yüksekse karşı edimin kalitesi konusunda o kadar talepkâr olunabileceği savunulmaktadır, bkz. GAUCH, pn. 268.

Yarg. HGK, E. 1984/10250, K. 1986/205, T. 07.03.1986, “...vekil, vekaleti ifada; özen ve sadakat yükümlüne aykırı davranışta kusuru pek hafif olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacak ve bu yükümlüne aykırı davranışları halinde uğranılan zararı tazmin etmek zorunda olacaktır. Yeri gelmişken belirtmelidir ki, Borçlar Kanunu’nun 386. maddesinin son fıkrası gereğince vekalet sözleşmesinde ücret, sözleşmenin zorunlu unsurlarından değildir, ancak taraflar vekalet görevini kabullenen kişinin bunun karşılığında bir ücret alacağını kararlaştırabilir. Bu aşamada uyuşmazlığın çözümünde mülga 818 sayılı BK’nun 98 ve 43. maddelerinin de irdelenmesinde yarar bulunmaktadır. Bilindiği üzere, mülga BK’nun genel hükümlerinden olan 98. maddesi uyarınca borçlu genel olarak her kusurundan sorumludur. Ne var ki, sorumluluğun kapsamı işin özel niteliğine göre çok veya az olabilir. Özellikle iş borçlu için bir faydayı mucip olmadığı takdirde sorumluluk daha az şiddetle takdir olunur ve haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin kurallar, örneğin anılan Kanunun 42, 43, 44, 46/2, 47, 48 ve 54. maddeleri kıyaslama yoluyla sözleşmeye aykırı davranışlara da uygulanır. BK’nun 43/1. maddesinde; “Hâkim, olayların özelliklerine ve durumun gereğine göre zararın miktarını tesbit eder” hükmü yer almaktadır. Madde kapsamındaki özel haller arasında; zararın meydana gelmesine veya artmasına kısmi veya ortak sebep olarak umulmayan hallerin katkıda bulunması; zarar verici olaydan failin de zarar görmesi veya böyle bir olayın, failin zarar gören yararına bir davranışta bulunduğu sırada meydana gelmesi gibi haller gösterilebilir. Zararın oluşum veya artmasına katkıda bulunan bu tür olaylar da zarar gören aleyhine tazminattan indirim sebebi olarak gözönünde tutulur (Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt:1, 1998, 6. Bası, sy:763). Gerçekten zarar, zarar verenin zarar gören yararına yaptığı bir fiil, bir iş sonunda meydana gelmişse, hâkim, bu durumu da gözönünde tutarak, tazminattan indirim yapabilir. Hâkim, olayın özelliğini gözönünde tutarak ya tazminatı tamamen reddeder ya da tazminattan indirim yapar. Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut uyuşmazlığın değerlendirilmesinde; davacılar tarafından aralarındaki akrabalık ilişkisinin doğurduğu güven ile amcaları olan davalıya tarafların müşterek hisseli taşınmazın satış hususunda vekaletname verdikleri, 190.000 TL olan satış bedelinin davalıya ait otomobilin bagajında muhafaza edilirken çalındığı, taşınmazın satış bedelini yanında değil, otomobilin bagajında bırakan vekilin özen borcunu gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle davacılar karşı

ödüncü veya faizsiz tüketim ödüncü veren¹²³⁹, ücretsiz vedia alan ve alacaklının temerrüdü sebebiyle borçlanılan şeyi muhafaza eden borçlunun¹²⁴⁰ sorumluluğunun daha hafif takdir edilmesi gerektiği; ancak bu kuralın yalnızca hafif ihmal halinde uygulanabileceği belirtilmiştir¹²⁴¹. Bu görüş, esasında kanunun kusurun ağırlığı hakkında özel bir düzenleme getirmediği bu gibi durumlarda bağışlayanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 294 hükmündeki çözüme paralel bir sonuca varmaktadır¹²⁴². Çünkü karşılık almakla almamak arasındaki en önemli fark, bağışlamada bağışlayanın malvarlığının kalıcı olarak azalmasına karşılık satıcının malvarlığının satılan ürün için bir bedel almasında; kiralamada kiracının, kiralananın kullanım imkanının kaybını karşılarken ödünç verenin ödünç verilen ögenin kullanım imkanının kaybı için bir karşılığa sahip olmamasında açık olarak görülür¹²⁴³. Sözleşmedeki yarar açığının, kusurun modifiyesi yoluyla dengelenmesi fikri öne çıkar¹²⁴⁴. Diğer deyişle borçlu için yarar sağlamayan işlerde borçlu, her kusurundan

sorumlu olduğuna ilişkin kabulde isabetsizlik bulunmamaktadır. Ne var ki, mahkemece tazminat miktarı belirlenirken; vekilin, davacıların yararına olan taşınmaz satışını gerçekleştirmeye yönelik işi ücret almadan, menfaat sağlamadan kabul etmesi, kendisinin de bu eylemden zarar görmüş bulunması gibi hususları gözetilerek özen yükümünün hafifletilmesine ilişkin BK'nun 98. maddesinin yollaması ile 43. maddesi değerlendirilmek suretiyle uygun bir tazminata hükmetmesi gerekir.”, <https://www.legalonline.com.tr/>, (Erişim T. 15.08.2024).

Öğretideki çoğunluk görüşü vekilin sorumluluğunun ücretsiz vekâlette daha az olması gerektiği yönündedir. Görüşler ve aksi görüş için bkz. **SAVAŞ**, s. 576.

¹²³⁹ Tüketim ödüncü sözleşmesinde ödünç verenin, ödünç konusunu oluşturan misli eşyanın ayıp ve zaptından satış sözleşmesinin zapt ve ayıp hükümlerine göre sorumlu tutulacağı belirtilmektedir, bkz. **KURT, Ekrem**, Tüketim Ödüncü Sözleşmesi (Karz Akdi), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, (Kıs. KURT, E.), s. 238-239. Faizsiz tüketim ödüncünde ödünç verenin bir yararı bulunduğundan söz edilemeyeceğinden ödünç verenin sorumluluğunun bu işi kar elde etmek için yapanın sorumluluğundan hafif olması hakkaniyet ilkesinin gereğidir, bkz. **KURT, E.**, s. 239, 266.

¹²⁴⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1156.

¹²⁴¹ **TANDOĞAN**, s. 419; **TUNÇOMAĞ**, s. 457; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 872; **OĞUZ**, s. 215.

¹²⁴² Örneğin ödünç veren her türlü kusurundan değil, bağışlamaya ilişkin TBK m. 294'ün kıyasen uygulanmasıyla sadece ağır kusuruyla sebep olduğu zarardan sorumlu olacaktır. Diğer bir deyişle ödünç veren sadece bilerek gizlediği ayıplardan veya ödünç konusu şeyi tehlike taşıyan niteliklerine dikkat çekmemesi sebebiyle ödünç alanın uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır. Bkz. **EREN**, BHÖH, s. 490; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 40-41. Krş. **FEYZİOĞLU**, s. 152.

¹²⁴³ **ZELLER**, s. 74.

¹²⁴⁴ **GAUCH**, pn. 269.

Nitekim BGB § 300/1 hükmünde, alacaklının temerrüdü sırasında borçlunun yalnızca kast ve ağır ihmalden sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Hükmün dayandığı fikir, ifa konusunu veya ifaya hazır olma halini fiilen gerekenden daha uzun bir süre sürdürmek zorunda olan kişinin daha az sorumlu olması gerektiğidir. Borçlunun hafif ihmali durumunda alacaklı, kendi tazminat taleplerinin ortadan kaldırılması yönündeki bir sınırlamayı kabul etmelidir, bkz. **ZELLER**, s. 58-59, 64. Yine BGB § 521 hükmünde bağışlayanın, BGB § 599 hükmünde ödünç verenin yalnızca kast ve ağır ihmalden sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bu örneklerde yalnızca ağır kusura sonuç bağlanması suretiyle sorumluluğun daraltılmasının gerekçesi şu şekilde izah edilmektedir: sorumluluk, “ile sorumluluk” anlamında

değil ancak ağır kusurdan sorumlu olacaktır¹²⁴⁵. Şeydeki bir ayıbı, kullanım ödünç veren bilerek gizlemiş ve bu ayıp yüzünden ödünç alan zarara uğramışsa artık burada ödünç verenin sorumlu olmasını gerektiren bir durum vardır¹²⁴⁶. Öğretide kullanım ödünç ile bağışlama arasında büyük bir farklılığın bulunmadığı, kullanım ödünç verenin örneğin ödünç konusu atın huysuz veya şarap fıçısının delik olduğunu söylememesi ya da bunun gibi tehlike yaratabilecek hususlar hakkında ödünç alanın dikkatini çekmemesi halinde sorumlu olacağı ancak sözleşmenin yapıldığı sırada ödünç alanın bildiği eksiklik veya bozukluklardan dolayı ödünç verenin sorumlu olmayacağı belirtilmektedir¹²⁴⁷.

TBK m. 114/1, c. 3 hükmünü, işten yarar sağlamayan borçlunun sorumluluğunu kusurunun ağır olması halinde mümkün olduğu şeklinde anlayan görüşü destekleyici argümanlar, mehz OR m. 99 hükmünün tarihi temellerinde bulunabilmektedir. 1875 tarihli taslak, sorumluluğun açıkça kasıt ve ağır ihmal ile sınırlandırılmasını öngörmekteydi¹²⁴⁸. 1879 tarihli taslak ise yeni bir formülasyon seçmiştir. OR m. 99'un temelini oluşturan 1879 taslağının 121. maddesinde, bugün hala hukuki tartışmalara yol açan bir değişiklik yapılmıştır. Artık 1875, 1877 versiyonlarındaki gibi kasıt ve ağır ihmal için sorumluluktan açıkça bahsedilmemiş; sorumluluğun, işlemin özel niteliğinin dikkate alınarak geniş veya dar takdiri ile işlemin özellikle borçluya yarar sağlamaması durumunda sorumluluğun daha hafif takdir edilmesinden söz edilmiştir¹²⁴⁹. 1879 tarihli taslaktaki ifadeler, bugüne kadar devam eden bir tartışmanın kaynağını oluşturmaktadır: işlemin niteliğinin ve özellikle de menfaatin bulunmaması hangi anlam düzeyine

malvarlığını hedef alır. Karşılıksız sözleşmelerde de zaten kalıcı olarak azaltılmış olan tam da bu malvarlığıdır. Malvarlığında gerçekleşen somut azalma, sorumluluğun azalmasını talep etmeye yönelik soyut ihtimali (zira bu ihtimal, yalnızca zarar meydana geldiğinde somut hale gelir) karşılar, bkz. ZELLER, s. 74-75.

Kanun maddeleri için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, (Erişim T. 18.09.2024).

¹²⁴⁵ GAUCH, pn. 269.

¹²⁴⁶ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 377; EREN, BHÖH, s. 490; KIRKBEŞOĞLU, s. 40. Aynı yönde bkz. BUCHER, s. 193.

¹²⁴⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 395; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 377. Krş. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1393. Krş. GAUCH, pn. 276.

¹²⁴⁸ Fick'in 1875 tarihli aOR taslağının 139. maddesinin 2. Fıkrası, "Bununla birlikte, borçlu işlemden herhangi bir menfaat elde etme niyetinde değilse ve alacaklının temsilcisi olarak herhangi bir iş üstlenmemişse, yalnızca hukuka aykırı kasıt veya ağır ihmalden sorumludur." şeklindeydi. Bu düzenleme 1877 tarihli taslakta da aynı kalmıştır. Bkz. GAUCH, pn. 278; WEBER/EMMENEGGER, kn. 13-14.

¹²⁴⁹ "Genel olarak, borçlu her türlü ihmalden sorumludur. Bu sorumluluk, işlemin özel niteliğine bağlı olarak daha geniş veya daha dar bir anlamda değerlendirilebilir. Özellikle, işlem borçluya herhangi bir şekilde fayda sağlamayı amaçlamıyorsa, daha hafif bir şekilde değerlendirilir.", bkz. GAUCH, pn. 279; WEBER/EMMENEGGER, kn. 15-16.

yerleştirilmelidir? 1871'den 1877'ye kadar olan taslaklarda bu, önce (1871) gerekli özen düzeyi, daha sonra (1875, 1877) ise kusur düzeyi olmak üzere açık bir şekilde sorumluluğun tesisi aşamasına ilişkindi. Ancak 1879 tarihli taslakta “daha hafif bir sorumluluktan” bahsedilmesi, sorumluluk tesisi düzeyinden bir sapma olarak görülmüş ve bundan sonra işlemin niteliğinin ve özellikle de menfaatin olmamasının tazminatın değerlendirilmesi düzeyinde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır¹²⁵⁰. Buna karşılık 1879 taslağının özen ölçüsü açısından “işlemin niteliğine” odaklandığı ve mevcut OR tarafından benimsenen “sorumluluğun daha hafif” değerlendirilmesinin, tarihi açıdan bakıldığında gerekli özen seviyesinde bir azalma olarak anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır¹²⁵¹.

Bu mesele hakkında biz ise Türk hukukunda temsilcisi olduğunu açık olarak gördüğümüz Aral'ın ve aynı şekilde İsviçre hukukunda ise Gauch'un yaklaşımına katılmaktayız. Şöyle ki, TBK m. 114/1 c. 3, işin borçluya bir yarar sağlamaması halinde borçlunun hafif kusurundan dolayı sorumlu olmayacağı anlamını taşımamaktadır¹²⁵². Bu hükmün amacı, işin kendisi için bir fayda sağlamaması halinde, borçlunun göstereceği özenin derecesini sınırlamak veya sorumluluğu sadece ağır kusura münhasır kılmak değildir; burada, borçlunun sorumluluğunun, yani hükmedilecek tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin bir düzenleme söz konusudur¹²⁵³. Dolayısıyla tazminatın hesaplanmasında bir kriter olarak kullanılması gereken fayda ölçütü, kusur bahsinde değerlendirilmemelidir. Bu görüşü destekleyen bir örnek TBK m. 294 hükmünün TBK m. 114 hükmü karşısındaki yeri konusunda getirilmiştir. Söylendiği üzere, bağışlayanın sorumluluğunu tesis eden TBK m. 294 hükmü ile sorumluluğun azaltılmasının dayanağı olan TBK m. 114 hükmü aynı olayda uygulama bulabilir. Bir koleksiyonun eksik parçasının maliki olan yoksul bir kimsenin bu parçayı koleksiyona dahil edilmek üzere bağışlaması, ancak teslim gününden önce ağır kusuru yüzünden eşyanın kırılmasına sebep olması varsayımında bağışlayanın, koleksiyonun maliki olan bağışlanana karşı

¹²⁵⁰ Bkz. WEBER/EMMENEGGER, kn. 17, dn. 13.

¹²⁵¹ WEBER/EMMENEGGER, kn. 20. Krş. FURRER/WEY, kn. 27. Özen konusunda, özel hukuk ilişkilerine kıyasla işletmesel ilişkilerde ve ortalama bir kişiye kıyasla uzmanların söz konusu olduğu durumlarda daha katı gereklilikler getirileceği yönünde bkz. FURRER/WEY, kn. 26; GIGER, Art. 99 OR, pn. 11.

¹²⁵² Aynı yönde VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 387.

¹²⁵³ GAUCH, pn. 314 vd.; ARAL, s. 179-180; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 387. Benzer yönde bkz. FURRER/WEY, kn. 3-4.

sorumluluğunu TBK m. 294 tesis edecektir. Ancak TBK m. 114 hükmü, bağışlayanın sorumluluğunun daha hafif takdirini sağlayacaktır¹²⁵⁴.

Kanaatimizce fayda ilkesinin kusurla birlikte değerlendirilmesi ve borçlunun kendisi için faydası olmayan bir işte sorumluluğunun ağır kusura dayandırılmak istenmesi, Roma hukukunda “utilitas” olarak bilinen ölçütün buna benzer olarak uygulanmış olmasından kaynaklanmaktadır. Iustinianus döneminde utilitas ölçütünün yeri bakımından örnek olarak ücretsiz saklama sözleşmesi ile kullanım ödücü gösterilebilir. Saklayanın sorumluluğu kasta dayandırılmıştır, zira onun bu işte bir yararı bulunmamaktadır. Ödünç alanın ise sorumluluğu omnis culpa’ya dayandırılmıştır, çünkü ödünç işlemi çoğu kez sadece ödünç alanın yararınadır¹²⁵⁵. Glossatorlar zamanında, utilitas prensibine dayanılarak ortak hukukta yaygın olan sorumluluğa yol açan üçlü kusur ayrımı gelişmiştir: sözleşme yalnızca alacaklıya fayda sağlıyorsa, borçlu yalnızca kasıt ve ağır ihmalden (dolus ve culpa lata) sorumluydu. Sözleşme her iki tarafa da fayda sağlıyorsa, borçlu hafif ihmalden (culpa levis) de sorumluydu. Sözleşme yalnızca borçluya yarar sağlıyorsa, borçlu en hafif ihmalden de (culpa levissima) sorumluydu. Pandek ilmi döneminde bu üçlü ayrım önemini yitirmiş; genellikle sadece culpa lata ve levis arasında bir ayrım yapılmıştır¹²⁵⁶.

Kanaatimizce sorumluluk hukukunun modern hukuklardaki gibi henüz sistematik hale getirilmediği bu dönemlerde, kişinin sorumlu tutulması gereken kusur türünün işten fayda sağlamasına göre belirlenmesi düşüncesine ulaşılmış olması takdire değerdir. Ancak modern hukuklarda ve hukukumuzda kusur ile tazminatın belirlenmesi faaliyetine hizmet eden diğer kriterlerin (ve bu arada fayda ilkesinin) ayrıştırılması gerekir. Nitekim İsviçre’deki kanunlaştırma sürecine baktığımızda bu durum daha açık görülmektedir. İsviçre’de vekaletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin OR 420 hükmü ile OR 99 hükmünün gelişimi aynı döneme rastlamaktadır. OR Madde 420/1 temel olarak her türlü kusur için sorumluluk öngörmektedir; OR Madde 420/2, iş görenin iş sahibine yönelik bir zarar tehlikesini önlemek için hareket etmesi halinde sorumluluğun hafifletilmesini düzenlemektedir. 1877 taslağına kadar iş görenin yalnızca “kasıt ve ağır ihmalden” sorumlu olması geçerliydi. OR Madde 99/2’de olduğu gibi, 1879 tarihli

¹²⁵⁴ VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 388.

¹²⁵⁵ OĞUZ, s. 68-69.

¹²⁵⁶ WEBER/EMMENEGGER, kn. 13, dn. 8.

taslakta da “kasıt ve ağır ihmal sorumluluğu”ndan, “sorumluluğun daha hafif değerlendirilmesi”ne geçiş yapılmıştır¹²⁵⁷. Haklı olarak belirtildiği gibi “kasıt ve ağır ihmalden sorumluluğunun”, “daha hafif bir sorumluluk değerlendirmesi”ne dönüştürülmesinin aynı zamana (1879) denk gelerek OR'un hem genel kısmında (işte yararı olmayan borçlunun sorumluluğu) hem de vekaletsiz iş görmede gerçekleşmiş olması, kanun koyucunun bilinçli olarak kusur modifikasyonundan uzaklaştığının bir göstergesi olarak görülebilir. Belki de bu değişiklikler ile tazminatı değerlendirirken, sözleşmenin doğasını ve somut olayın koşullarını, çeşitli kusur derecelerinin (nispeten katı) korsesine kıyasla daha iyi dikkate alabilmeyi umuyorlardı¹²⁵⁸.

Pratik nedenler de daha esnek bir yaklaşım adına, borçlunun işlemde faydasının olmamasını, kusurla değil tazminatın belirlenmesiyle ilişkilendirilmesini haklı gösterebilir. Zira ihmalin bulunmaması, hafif ihmalin bulunması, orta ihmalin bulunması gibi ayrımlarda sınırlar muğlaktır ve hakim kusur bağlamında karşılıksızlığı dikkate alırsa sadece iki seçeneği vardır: işlemde yarar sağlamayan borçlu ya sorumludur (kasıt veya ağır ihmal durumunda) ya da sorumlu değildir (yalnızca hafif ihmal durumunda). Bununla birlikte, eğer hakim borçlunun yarar sağlamadığını tazminatı belirlerken dikkate alırsa, daha incelikli ayrımlara izin veren bir yargı yetkisine sahip olacak, ihmalsizlik ile hafif ihmal arasında veya hafif ve orta derecede ihmal arasında kalan uyuşmazlıklarda esnekliğe sahip olabilecektir.

TBK m. 114/1, c. 3 hükmünü, borçlunun söz konusu işte bir yararının bulunmamasını tazminatın belirlenmesinde bir indirim sebebi saymak suretiyle sorumluluğu hafifletmek olarak yorumlayan ve bizim de katıldığımız bu görüşe basit ancak çok anlaşılır bir temel de sunulabilir: eğer alacaklı, borçlunun edimi için bir ücret ödüyorsa uğrayacağı zararlar için tam tazminatta ısrarcı olabilmesi makuldür. Buna karşın hiç ücret ödemeyen veya cüzi bir miktar ödeyen alacaklının tam tazminatta ısrarcı olamaması gerekir. TBK m. 114'ün, TBK m. 51/1 ile bağlantısı kolaylıkla kurulabilir. Hiç yarar sağlamama veya çok az bir yarar sağlama olgusu, TBK m. 51/1 uyarınca “durumun gereği” olarak tazminat miktarının azaltılmasına yol açacaktır¹²⁵⁹.

¹²⁵⁷ GAUCH, pn. 282.

¹²⁵⁸ GAUCH, pn. 282.

¹²⁵⁹ GAUCH, pn. 302.

Buna göre tartışmalı olduğunu belirttiğimiz ücretsiz vekalette vekilin göstermesi gereken özen bakımından biz bir hafifletme yapılmasına yer olmadığı kanaatindeyiz¹²⁶⁰. Diğer deyişle ağır bir özensizlik göstermediği sürece kusurunun bulunmadığından hareketle sorumluluğu taşımadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Yapılması gereken borçlunun göstereceği özenin derecesini sınırlamak değil; hafif bir özensizlikte dahi kusurun varlığından hareketle sorumlu olduğunu belirlemektir¹²⁶¹. Ancak bu sorumlulukta hükmedilecek tazminatın kapsamının belirlenmesinde fayda prensibi gereği ücretsiz olma olgusu, indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır¹²⁶².

B. KİŞİNİN KENDİ İŞLERİNDE GÖSTERDİĞİ ÇABA VE ÖZEN (DILIGENTIA QUAM IN SUIS) ÖLÇÜTÜNÜN UYGULANDIĞI HALLERDE AĞIR KUSURUN SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ

Bazı hukuki ilişkilerde ihmalin değerlendirilmesinde borçlunun kendi özel işlerinde göstermekte olduğu özen ölçüsü esas alınmaktadır¹²⁶³. Örneğin TBK m. 628 hükmünde

¹²⁶⁰ Benzer şekilde vekaletin ücretli olması ve özellikle yüksek ücretli olması, vekilin göstereceği özen derecesinin artırılması bağlamında değerlendirilmemelidir. Kanun gereğince objektif bir temele oturtulmuş özen ölçüsü vekaletin yüksek ücretli olması sebebiyle bir derece daha artmaz. Ancak özene aykırılık sebebiyle sorumlu olunacak tazminatın belirlenmesinde vekaletin yüksek ücretli olması tazminatın en üst sınırdan hükmedilmesi için bir gerekçe olarak işlev görmelidir. TBK'nin yürürlüğünden önce ise vekilin sorumluluğu, işçinin sorumluluğuna yapılan atıf gereği subjektif algılandığından vekaletin ücretli olması özen derecesinin belirlenmesinde objektif bir etken olarak düşünülmüştür. Bu hususta bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 411.**

¹²⁶¹ Spor ve sanat gösterilerini ücretsiz izleyen seyircilerin gösteri sırasında bir zarar uğramaları durumunda düzenleyenleri sözleşme temelinde sorumlu tutmak için bu sözleşme ilişkisinin nitelendirilmesi önem taşımaktadır. Ücret ödeme ediminin eser sözleşmesinin asli unsurlarından olması bu sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmeye imkân bırakmaz. Vekalet sözleşmesinde ise ücret, asli edim değildir. Dolayısıyla seyirciler ile düzenleyenler arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmek ve ücretsiz bir şekilde gösteri izlerken zarar gören seyircilere karşı düzenleyenleri hafif kusurundan dahi sorumlu tutmak öğretide savunulan bir görüştür. Bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 10.** Vekilin işi bir karşılık almaksızın görmesinin, onu müvekkiline karşı hafif kusuruyla sebep olduğu zararların sorumluluğundan kurtarmayacağı ve ancak bu durumun sorumlu olacağı tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayacağını belirtmek suretiyle bu görüşe biz de katılmaktayız.

¹²⁶² **GÜMÜŞ, BHÖH, s. 158 ve dn. 862'de belirtilen yazarlar; ARAL/AYRANCI, s. 450; SAVAŞ, s. 576; TAŞTEKİN, s. 91.**

¹²⁶³ Yargıtay bir kararında, kiracının kiralanana özenle kullanma borcunun ölçüsünde “kendi malı imiş gibi kullanması”ndan bahsetmektedir: “...kiracı kiralanana kira müddeti boyunca tam bir özen içerisinde kullanmak zorundadır. Buradaki özen borcundan amaç, kiracının kendi malı imiş gibi özen gösterme, örneğin tahrip etmeme, şeklini değiştirmeme gibi hususları içerir. Kiracının komşuluk ilişkilerine uymaması, rahatsız edici hareketlerde bulunması da sözleşmeye aykırılık olarak kabul edilebilir.”, **Yarg. HGK, E. 2002/6-582, K. 2002/608, T. 10.07.2002, www.hukukturk.com, (Erişim T. 27.08.2024).** Ancak Yargıtay'ın bu değerlendirmesi, kiracıyı malının kıymetini bilen bir kişi gibi özenli davranmaya sevk etmemek yoksa öğretide de belirtildiği üzere kiracı yönünden özen ölçüsünü onun kişiliğine uyarlamak değildir. Kendi malını hor kullanan birinin subjektif durumu özen derecesinde ölçü alınamaz, bkz. **ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, s. 331, pn. 17.**

adi ortaklıkta¹²⁶⁴ özen borcunda, her ortağın ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir¹²⁶⁵. Bu hüküm bir ortağın, ortaklık işlerini görürken diğer ortaklara verdiği zarardan doğan sözleşmesel sorumluluğunu düzenlemektedir¹²⁶⁶. Sorumluluğun kapsamına asli edim yükümlerinin yanı sıra yan yükümler de girer. Adi ortaklık ilişkisinde ortaklar yönünden genel kusur ölçütü olan soyut-objektifleştirilmiş ölçütün yerine somut-sübjektif ölçütün esas alınmasının altında yatan fikir, zarara uğrayan diğer ortakların kendilerine zarar veren böyle bir ortakla kurmuş oldukları yakın ilişki -ve hukuki anlamda bu ortaklık ilişkisi-nedeniyle ondan gelebilecek riskleri kabul ettikleri düşüncesidir¹²⁶⁷. Bu düşünce ortaklık işlerini bir ücret karşılığında profesyonel olarak yapan ortak için geçerli değildir. Nitekim TBK m. 628/son hükmünde ortaklık işlerini ücret karşılığı yürüten ortağın vekalet hükümlerine göre sorumlu olduğu açık olarak belirtilmiştir. Vekalet sözleşmesinde vekil, basiretli bir vekil olarak yani objektifleştirilmiş ölçüye göre sorumlu olduğundan aynı ölçü, ücret karşılığında ortaklık işlerini yürüten ortak için de geçerlidir.

Diligentia quam in suis ölçütünün uygulandığı durumlarda genellikle hafif ihmalin daha da hafifletilmiş olan bir derecesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir¹²⁶⁸. Bu ölçü çoğu zaman borçlunun objektif olarak kusurlu sayılacak iken sübjektif bir değerlendirme zemininde kusurlu sayılmamasına yol açmaktadır¹²⁶⁹. Öğretide¹²⁷⁰ kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünün diğer deyişle sübjektif ve somut kriterlerin, ancak ağır kusurunun bulunmadığı durumlarda dikkate alınabileceği kabul

¹²⁶⁴ Adi ortaklık, emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükümlenen kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğu olarak tanımlanmaktadır, bkz. **BARLAS, Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, pn. 39. Öğretide yer alan diğer tanımlamalar için bkz. **BARLAS**, s. 14-18.

¹²⁶⁵ Bu hüküm, diligentia quam in suis vakıalarında borçlu ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkilerin özellikle yakın olduğu ve dolayısıyla her ikisinin de diğerinin bireysel özelliklerini baştan kabul ettiği düşüncesinin güzel bir örneğidir. Öğretide, bu hükümden esinlenerek bütün borç ihlallerinde, borç ilişkisi kurulurken alacaklının bilmesi gereken borçlunun sübjektif özellikleri dikkate alınarak kusurun bulunup bulunmadığına karar verilmesi önerilmektedir. Bu hususta bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1340, dn 166. Biz, çalışmamızın bir önceki bölümünde açıkladığımız üzere, spesifik durumlar için öngörülen bu ölçütün bu şekilde genellemeyeceğini, tam aksine TBK sisteminin genel olarak soyut ve objektifleştirilmiş bir kusur anlayışına sahip olduğunu düşünmekteyiz.

¹²⁶⁶ **EREN, BHÖH**, s. 855.

¹²⁶⁷ **EREN, BHÖH**, s. 856.

¹²⁶⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 877; **OĞUZ**, s. 214.

¹²⁶⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1340; **KARAN**, s. 738.

¹²⁷⁰ **BOKELMANN**, s. 52-53; **GAUCH**, pn. 275; **OĞUZ**, s. 214; **TANDOĞAN**, s. 419.

edilmektedir. Yani kişi kendi işlerinde de çok özensiz çok dikkatsiz vurdumduymaz birisi olduğunu ileri sürerek kendi işlerinde gösterdiği özenin ölçü kabul edildiği bir olayda sorumluluktan kurtulamaz. Bizim de benimsediğimiz bu görüşün sonucu, diligentia quam in suis vakıalarında ağır ihmalin sorumluluğu kurma işlevine sahip olmasıdır. Diğer deyişle hafif ihmalinin bulunduğu durumlarda borçlu, kendi işlerinde de özensiz olduğunu ispat ederek diligentia quam in suis ölçütünün geçerli olduğu vakılarda sorumluluktan kurtulabilecek iken ağır ihmalinin varlığı halinde kendi işlerinde de çok özensiz ve lakayt olduğunu gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

C. AĞIR KUSURUN HAYVAN SATIŞINDA AYIP SORUMLULUĞU İSTİSNASINI ETKİSİZ KILMAK SURETİYLE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ

Satıcı, satış sözleşmesini yaparken alıcının göz önünde tuttuğu tahsis ve kullanma yönü bakımından onun değerini ve elverişliliğini kaldıran veya azaltan bir eksikliğin bulunmamasını sağlama borcu altındadır. Satıcının bu borcunun söz konusu olabilmesi için satılarda bu türden eksikliklerin var olduğunu bilmesi gerekmediği gibi satılarda bulunması gereken nitelikleri ayrıca bildirmiş olmasına da gerek yoktur¹²⁷¹.

Hayvan satımında ayıp sorumluluğu, bu konuda yargı mercilerini fazla meşgul etmemek, kısa zamanda durumu açıklığa kavuşturmak gibi düşüncelerle bazı özel düzenlemelere tabi tutulmuştur¹²⁷². TBK, ayıplı bir hayvanın¹²⁷³ satışında satıcının prensip olarak sorumlu olmayacağını m. 220 hükmünde düzenlemiştir. Ayıplı hayvan satışında satıcının ayıp sorumluluğunda bir sınırlandırmayı içeren bu hüküm, bu

¹²⁷¹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 75; **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 163; **ATAMER, Yeşim M.**, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 187-221, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 199.

¹²⁷² **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 182.

¹²⁷³ TBK m. 220 kapsamına giren hayvanların neler olduğu açıkça belirtilmemiştir. Madde gerekçesinde, İsviçre Borçlar Kanununda yapıldığı gibi hangi cins hayvanların madde kapsamına girdiğinin sayılmasının doğru görülmediği, bu hususun maddenin amacı, ülkedeki hayvan cinsleri ve özellikleri göz önünde tutularak öğreti ve uygulama tarafından belirlenmesinin tercih edildiği belirtilmektedir. Buna rağmen öğretide İBK m. 198 hükmünde “vieh” kavramının kullanıldığı, bunun dört ayaklı evcil hayvanları ifade ettiği, bu sebeple ev hayvanları ile vahşi hayvanların bu kapsamda olmadığı TBK m. 220 hükmünü de bu şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir, bkz. **GÜNDÜZ, Ş. Deren**, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Alıcıya Yüklenen Kanuni Külfet ve Borçlar”, *BÜHFD*, C. 11, S. 145-146, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss. 973-1019, (Kıs. GÜNDÜZ, Satış), s. 985, dn. 42.

istisnanın ne zaman işlevsiz kalacağını da düzenlemiştir ki bu hallerden ilki satıcının yazılı olarak üstlenmesi; ikincisi ise satıcının ağır kusurlu olmasıdır. EBK döneminde satıcının ağır kusurlu olması değil alıcıyı iğfal etmiş olması esas alınmıştı. Satıcının örneğin satım konusu atın bakar kör olduğunu gizleyerek ayıbın bulunmadığı konusunda alıcıyı aldatması, iğfalin bulunduğunu gösterir¹²⁷⁴. TBK m. 220 hükmünde ise madde gerekçesinde belirtildiği gibi iğfal unsuru yerine, aldatma dışında ağır ihmali de kapsayan ağır kusur unsuru tercih edilmiş ve böylece hayvan satıcısının sorumlu olacağı davranışların kapsamı genişletilmiştir¹²⁷⁵.

Ağır kusur, hayvan satışında satıcının ayıp sorumluluğu için var olan muafiyetini ortadan kaldıran bir işlev görmekte ve ayıp sorumluluğunu yeniden tesis etmektedir.

D. AĞIR KUSURUN SÖZLEŞMEYE DAYANAN SORUMLULUK SINIRLAMALARINI ETKİSİZ KILMAK SURETİYLE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ

1. Sorumsuzluk Anlaşmaları

Tarafların sözleşmeyle borca aykırılık nedeniyle sorumluluğu farklı esaslardan hareketle sınırlandırmaları ve hatta kaldırmaları mümkündür. Borçlunun borca aykırı davranışından doğan sorumluluğunu sınırlandıran veya tamamen kaldıran anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması denir¹²⁷⁶. Sorumsuzluk anlaşmalarının genel amacı, borçlunun borcunu ifa etmemesi nedeniyle alacaklının esas borç ilişkisine dayanarak ileri sürebileceği taleplerin borçlu lehine azaltılması veya ortadan kaldırılmasıdır¹²⁷⁷. Sorumsuzluk anlaşması ile örneğin gelecekteki olası tazminat talepleri henüz doğmadan kısmen ya da tamamen bertaraf edildiğinden bu tür anlaşmalar alacaklı açısından tasarruf işlemi borçlu açısından kazandırıcı işlem olarak görülmektedir¹²⁷⁸. Sorumsuzluk anlaşmaları, asıl sözleşme yapılırken konulacak bir kayıt ile yapılabileceği

¹²⁷⁴ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 183.

¹²⁷⁵ ATAMER, s. 199.

¹²⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1349; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1400. Öğretideki diğer tanımlamalar için bkz. AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 6 vd.

¹²⁷⁷ MERAL, s. 1141; BAŞALP, s. 6, 17.

¹²⁷⁸ AKMAN, s. 13; ERTEN, Ali, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977, s. 90; BAŞALP, s. 38.

gibi asıl sözleşmeden ayrı olarak da yapılabilir¹²⁷⁹. Ancak bu sözleşme, ibra veya sulh sözleşmesinden sorumluluğun doğma anından önce yapılması bakımından ayrılır. Sorumluluk doğduktan sonra tazminat borcunu azaltmak veya ortadan kaldırmak için yapılacak anlaşma sorumsuzluk anlaşması değil; bir sulh veya ibra niteliğinde olur¹²⁸⁰.

a. Ağır Kusurdan Sorumsuzluk Hakkındaki Genel Düzenlemeler

Borçlunun sorumsuzluğunu düzenleyen anlaşmaların geçerliliğine ilişkin genel ve emredici sınırlamalar, bu anlaşmaların borçlunun kendi davranışlarını konu alması ile borçlunun ifa yardımcılarının davranışlarını konu alması bakımından ayrı ayrı incelenebilir.

aa. Borçlunun Kendi Davranışları Bakımından

TBK m. 115/1 hükmünde borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olduğunu düzenlemekle, sözleşmeye dayanan sorumluluk sınırlamalarının genel prensibini ortaya koymuştur. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 99/1 hükmünde¹²⁸¹ “hile veya ağır kusur” ibaresi yer almakta iken, ağır kusurun kast ve ağır ihmali kapsadığı göz önünde tutularak hile ibaresinin kullanılması gereksiz görülmüş ve TBK m. 115 hükmüne alınmamıştır.

Borçlunun ağır kusurundan ve özellikle kastından her zaman sorumlu olması, sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayan emredici bir kural olarak Roma hukukunda da mevcuttu¹²⁸². Ortak hukukun etkili olduğu dönemlerde ve sonrasında 19. yüzyıl kanunlaştırma hareketlerinde bu esas korunarak ulusal kanun metinlerine girmiştir¹²⁸³. Iustinianus döneminde culpa latanın (ağır ihmali) dolus hükümlerine tabi tutulmuş olması da hatırlandığında TBK m. 115/1 hükmü vasıtasıyla bu anlayışın Türk

¹²⁷⁹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1349; MERAL, s. 1151; BAŞALP, s. 46-47; AKMAN, s. 7, 43.

¹²⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 880; AKMAN, s. 43-44; TANDOĞAN, s. 454; OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1349; BAŞALP, s. 47.

¹²⁸¹ “Hile veya ağır kusur halinde dışarı olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraetini tazammun edecek her şart, batıldır”.

¹²⁸² ZİLELİOĞLU, s. 259; OĞUZ, s. 63; AKMAN, s. 50; BERK ERİŞİR, s. 6. Bir kimsenin kastından sorumlu olmayacağına yönelik anlaşmalar ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu münasebetle aksi kararlaştırılmaz ve emredicidir, bkz. TOPUZ, s. 313-314, dn. 146.

¹²⁸³ BAŞALP, s. 75.

hukukunda da aynen korunduğu görülmektedir¹²⁸⁴. Nitekim “kast veya ağır ihmal” ifadelerine yer veren kaynak OR m. 100/1 hükmü de benzer bir içeriğe sahiptir¹²⁸⁵.

Sorumsuzluk anlaşmalarının kanunen sınırlandırılmasının altında yatan düşünceler, borçlunun edimini kast ya da ağır ihmal ile tehlikeye atmasının önlenmesi; doğacak tazminat alacağından daha işin en başında vazgeçen alacaklının korunması; güç dengesizliklerinin varlığının gözetilmesi olarak belirtilebilir¹²⁸⁶. Bir hukuk süjesine hukuken münasebette bulunduğu kişilere keyfi ve iradi olarak ya da ağır ihmal ile zarar verme ve bundan dolayı hesap vermeme olanağının bahşedilmesi, alacaklının borcun yerine getirilip getirilmeyeceği konusunda devamlı tereddütte kalmasına; sözleşmelerin borçlular için gerçek anlamlarını, kuvvet ve kudretlerini kaybetmesine sebep olurdu¹²⁸⁷. Sözleşmenin karşı tarafına göre zayıf konumda olmadıkça hiçbir alacaklı, borçlunun kendisine empoze etmek istediği bu gibi sorumsuzluk kayıtlarına boyun eğmez¹²⁸⁸. Kanun koyucu bir yandan kusur prensibine bağlı kalarak diğer taraftan zayıf güçlüye karşı korumak yönündeki etik ilkeye bağlı kalarak sorumsuzluk anlaşmalarına sınır getirmektedir. Bundan başka borçlunun bir yandan borç altına girerken diğer yandan bilerek ve isteyerek borcuna aykırı davranma imkânı kazanması bir çelişki oluşturmaktadır¹²⁸⁹. Bu çelişkiye göz yumulacak olursa borcun ifa edilip edilmemesi tamamen borçlunun iradesine bırakılmış ve sözleşme ile bağlılık (ahde vefa) ilkesinin içi boşaltılmış olur¹²⁹⁰. Örneğin, kira konusu taşınmazda kullanım sebebiyle meydana

¹²⁸⁴ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1365; **AKMAN**, s. 51; **TOPUZ**, s. 314, dn. 146; **BERK ERİŞİR**, s. 36.

¹²⁸⁵ 19. yüzyıl ortalarında demiryollarını işleten özel şirketler taşınan eşyanın geç teslim edilmesi ya da hasara uğraması halinde sorumluluklarını sınırlandıran sorumsuzluk klotlarına taşıma şartnamelerinde yer vermişlerdir. Böylece yolculara karşı tamamen demiryolu şirketlerinin yararına hizmet eden sorumsuzluk anlaşmaları ortaya çıkmıştır. Menfaatler dengesine aykırı olan bu adaletsiz durum hem Almanya'da hem de İsviçre'de yoğun olarak tartışılmıştır. Bu süreçte önceleri taşıma hukuku için farklı bir düzenleme öngörme ihtiyacı kabul edilmiş, daha sonraları ise sadece taşıma hukuku için değil, sorumsuzluk anlaşmalarının genel hükümler yoluyla sınırlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. OR m. 100 ve BGB § 276/3 gibi hükümler bu tarihsel gelişimin sonucudur. Bu hususta bkz. **AKMAN**, s. 51-52; **BAŞALP**, s. 75 ve özellikle s. 82 vd.

¹²⁸⁶ **YAVUZ, Cevdet**, “Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, *İMÜHFD*, Y. 2019, C. 6, S. 2, ss. 107-136, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/54308/736979>, (Erişim T. 20.02.2024), (Kıs. YAVUZ, M. Satıcı), s. 118-120; **BAŞALP**, s. 192.

¹²⁸⁷ **AKMAN**, s. 53.

¹²⁸⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §42, kn. 40.

¹²⁸⁹ **ÖNAY, Işık/KARAŞAHİN, Yasin Alperen**, “Borcun Kapsamına Ve Riskin Paylaşılmasına Dair Anlaşmaların Sorumsuzluk Anlaşmalarından Ayırt Edilmesi Sorunu”, *BATİDER*, Y. 2019, C. 35, S. 4, ss. 31-88, s. 41.

¹²⁹⁰ **ÖNAY/KARAŞAHİN**, s. 42; **BAŞALP**, s. 192.

gelen değer azalmalarından kiracının sorumlu olmayacağı yönündeki sorumsuzluk anlaşması, kasten verilen zararlar bakımından geçersiz kabul edilecektir¹²⁹¹. Ağır ihmal için de aynı durum geçerlidir; borçlu ile alacaklı arasındaki güven ilişkisinin korunması ve alacaklının haklı beklentilerinin karşılanması için herkesten göstermesi beklenen en temel, en asgari dikkat ve özendenden borçlu muaf olamamalıdır. Borçlunun herkesin göstereceği özeni göstermesi kolaydır, o nedenle bu özeni göstermediği için ağır ihmalinden sorumlu olması ve bunu sorumsuzluk anlaşması ile sınırlayamaması hakkaniyete de uygundur¹²⁹². Ayrıca borçlunun borca aykırı bir davranışının kasta mı, ağır ihmale mi dayandığının tespiti için birçok durumda zor olduğu da hatırdan tutulmalıdır¹²⁹³.

TBK m. 115 hükmünün karşıt kavram yorumu (mefhumu muhalifi) yoluyla ulaşılan sonuç, kusurun ağır niteliğe ulaşmadığı borca aykırılıklardan sorumluluğun taraflar arasında önceden¹²⁹⁴ yapılacak bir anlaşmayla sınırlandırılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Böylece kanun koyucunun ağır kusur bakımından her açıdan tasarruf edilemez bir alan yarattığı ve hafif kusur için de belirli koşulların varlığı halinde aynı alanı genişlettiği söylenebilir¹²⁹⁵. Çalışmamızın ikinci bölümünde detaylandırdığımız üzere TBK, kusuru ağır ve hafif kusur olarak tasarlamıştır. Öğretide

¹²⁹¹ **BAŞALP**, s. 224. Yargıtay yakın tarihli bir kararında kast yerine hile terimini kullanarak hüküm kurmuştur. Karar bu yönüyle eleştirilebilir olsa da taşıdığı önem sebebiyle ilgili satırları buraya aktarmayı uygun görüyoruz: “Yol bakım ve imalatı imalat kavramına dahil olup, ticari bir iştir. Bu nedenle işin uzmanı olan yüklenici basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorundadır. Bu yükümlülük çerçevesinde yüklenici, işin ifası sırasında her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Esasen özen borcunun gereği olarak bu sorumluluğun varlığı da açıktır. Bu sebeple tarafların kusur oranlarının bu açıklamalar ışığında değerlendirilip belirlenmesi gerekmektedir. Öte yandan, anılan sözleşmenin “Kaza Olması” başlıklı 33.2 maddesinde “Taahhüdün yerine getirilmesi süresince vuku bulacak kazalardan ve bu kazaların sebep olacağı zararlardan, can ve mal kaybından ve üçüncü şahıslara karşı yapılacak her türlü zararlardan müteahhit doğrudan doğruya sorumludur” hükmü yer almakta olup, bu hüküm TBK’nın 115. maddesinde düzenlenen bir “sorumsuzluk sözleşmesi”dir. Ne var ki; sorumsuzluk sözleşmesi uyarınca iş sahibinin sorumlu tutulmaması için, tazminata konu olayın iş sahibinin ağır kusuru veya hilesinden meydana gelmemiş olması gerekir. Şayet, kaza, iş sahibinin ağır kusuru ya da hilesiyle meydana gelmişse sözleşmede yer alan sorumsuzluk sözleşmesine ilişkin hükümler batıldır. Oysa ki, mahkemece bu yönlerde herhangi bir bilirkişi incelemesi yapılmaksızın, sözleşmenin 33.2 maddesinde yer alan sorumsuzluk sözleşmesi hükmü uyarınca davanın olduğu gibi kabulüne karar verilmiştir.”, **Yarg. 6. HD.**, E. 2021/707, K. 2021/353, T. 23.09.2021, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 12.07.2024).

¹²⁹² **BAŞALP**, s. 236.

¹²⁹³ **ÖNAY/KARAŞAHİN**, s. 43; **BAŞALP**, s. 240.

¹²⁹⁴ Tarafların zararın doğmasından sonra borçlunun sorumluluğunu daraltan ve hatta tamamen kaldıran anlaşmalar yapması ise borçlunun kusuru yönünden bir sınırlamaya tabi değildir. Alacaklının, borçlunun ağır kusurundan ileri gelen zararlarına yönelik olarak borçlunun sorumluluğunun daha sonra yapılacak anlaşmayla daraltılması veya tamamen kaldırılması mümkündür. Ancak bu tür bir anlaşmaya, alacaklının irade sakatlığının bulunup bulunmadığı şüphesiyle yaklaşılmalıdır. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 464.

¹²⁹⁵ **BAŞALP**, s. 58.

ikisinin arasında bir yerde kalan orta derecede kusurun da bulunabileceği belirtilmektedir. Böyle bir ara kademe kabul edilecek bile olsa kanaatimizce pratik yönden bir farklılık oluşmayacak; bu durum ağır kusur teşkil etmediği sürece kendisine bağlanacak hukuki sonuç, hafif kusurun hukuki sonuçları olacaktır. Bu bakımdan TBK m. 115 hükmünün anlamı, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kural olarak geçerli olmasıdır¹²⁹⁶.

Kanunda sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğinin kusur dereceleri ile sınırlanması, kusur prensibi, pacta sunt servanda ile güven prensibi gibi temel borçlar hukuku ilkelerinin taraf iradesi ile dolanılmasının önüne geçilmesi amacını taşır. Bir yönüyle kamu düzeninin korunmasına da hizmet ettiği için kusurun ağırlığına göre sorumsuzluk anlaşmasına imkan tanınması veya tanınmaması, yerinde bir hukuk politikası tercihi olarak görülmektedir¹²⁹⁷.

Borçlunun hafif kusurundan sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmaları prensip itibarıyla geçerli olsa da bunun sınırı TBK m. 115/2-3 hükmü ile belirlenmiştir¹²⁹⁸. Bu sınırlamalar tarafların müzakere gücünde tipik bir dengesizlik olan ilişkilerde zayıfın korunması düşüncesine dayanmaktadır¹²⁹⁹. TBK m. 115/2 hükmüne göre, borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükmün lafzından, alacaklının borçluya karşı zayıflığının sorumsuzluk anlaşmasının yapıldığı sırada ona hizmet sözleşmesiyle bağımlı olması, esasında açıkça anlaşılmamaktadır. Halbuki eBK m. 99/2 hükmünde alacaklının borçlunun hizmetinde olmasından bahsedilmekteydi¹³⁰⁰. Bu ifade, hizmet ilişkisinin devamı sırasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının madde kapsamında olduğunu

¹²⁹⁶ AKMAN, s. 55; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 85. Krş. ARAL, s. 180.

¹²⁹⁷ BAŞALP, s. 220.

¹²⁹⁸ Prensip olarak geçerli olan hafif ihmalden sorumsuzluğu öngören anlaşmalara getirilen sınırlamalar (TBK m. 115/2, 3) emredici hükümler olup buna uyulmamasının yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Halbuki eBK döneminde hâkime, bu türden sınırlamalara uyulmadan yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını batıl addetme yetkisi tanınmıştı (eBK m. 99/2). Burada geçersizlik, somut olayın tüm verilerini dikkate alarak hakimnin takdir etmesine bırakılmış olduğundan “takdiri butlan”dan bahsedilmekteydi. Bkz. AKMAN, s. 70 vd.

¹²⁹⁹ ÖNAY/KARAŞAHİN, s. 44.

¹³⁰⁰ İsviçre hukukunda -ve eBK döneminde Türk hukukunda- borçluya bağımlı pozisyonda olan alacaklının, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağını kabul etmesine cevaz verilmemiştir, bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1366.

anlamaya müsaitti. Ancak öğretide¹³⁰¹ alacaklının, borçlunun hizmetinde olması yani hizmet ilişkisinin devamı sırasında yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının yanı sıra burada sosyal amaca uygun olarak genişletici yorum yapılması ve borçlunun hizmetinde çalışabilmek için asıl sözleşmeden önce veya asıl sözleşmenin yapıldığı sırada sorumsuzluk kaydını kabul eden alacaklı için de hafif ihmale ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmaması gerektiği savunulmuştur. Çünkü işe kabul edilmiş bir işçiye nazaran iş arayışında olan ve ekonomik olarak daha zor durumda olan bir işçi adayını alacaklının, işe kabul edilmek için sorumsuzluk anlaşmasına serbest iradesi olmaksızın rıza göstermek zorunda kalacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce TBK m. 115/2 hükmünün lafzı, öğretide dile getirilen bu endişeyi gidermeye elverişlidir ve madde bu yönüyle, önerilen çözüm önerisine de gerek bırakmayacak şekilde kaleme alınmıştır.

İşçinin işverene bağlılığı dikkate alındığında işverenin hafif kusurundan sorumlu olmayacağını öngören bir anlaşmayı işçiye dikte etmesinin pek muhtemel olduğu ve bu tür anlaşmanın geçersiz sayılmasının gerekliliği açıktır. Zira işçiyi korumayı amaçlayan düzenlemeler ve özellikle işçinin kişiliğinin korunmasını düzenleyen TBK m. 417 hükmü emredici niteliktedir. İşverenin işçiye kabul ettirdiği bir sorumsuzluk anlaşmasıyla, işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamına giren yükümlülüklerinden ve bu yükümlülüklerle aykırılıktan doğan sorumluluktan sıyrılması tehlikesine göz yumulamaz. İşverenin özellikle sağlık bakımından tehlike arz eden işletmesinde hakim olduğu konumunu kötüye kullanması önlenmelidir¹³⁰².

TBK m. 115/2 hükmünün lafzına bağlı kalındığında işverenin değil tam aksine işçinin, bir şekilde işverene kabul ettirmiş olduğu sorumsuzluk anlaşmasının da geçersiz olacağı sonucuna ulaşılabilir ki bu sonuç kabul edilmemekte ve hüküm bu yönüyle eleştirilmektedir¹³⁰³. Yapılması gereken hükmün amacına uygun, daraltıcı bir yorumla uygulanmasıdır¹³⁰⁴. Bu hüküm ile güdülen amaç işçinin korunmasıdır. İşçinin

¹³⁰¹ AKMAN, s. 59, dn. 39.

¹³⁰² AKMAN, s. 60.

¹³⁰³ BUZ, Vedat, “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 91-111, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 101.

¹³⁰⁴ BAŞALP, s. 189. Öğretide TBK m. 115/2 hükmünde örtülü bir boşluk bulunduğu belirtilmektedir. TBK m. 115/2 hükmünün, sadece işçi aleyhine olan hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması buna karşın işveren aleyhine olanların geçerli tutulabilmesi yönünde anlamlandırılması gerektiği görüşü için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1354; YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 143.

korunmasını hedef alan bir hükmün, tersine etki göstererek işçi yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz kılması düşünülemez¹³⁰⁵.

Yine TBK m. 115/2 hükmü borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan borçlarına vurgu yapmakta ve böylelikle hem işçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşmelerin hem de genel olarak borçlu ve alacaklı arasında sosyal ve ekonomik tabiyet yaratan diğer ilişkilerin bu hüküm kapsamında dikkate alınabilirliği noktasında şüpheyi yol açmaktadır¹³⁰⁶. Zira işveren ile işçi arasında yapılan her türlü sözleşme ilişkisi bünyesinde hizmet sözleşmesine hakim bulunan sosyal ve ekonomik bağımlılık ilişkisinin izlerini barındırma potansiyeli taşır. İşçinin işini kaybetme korkusu ile işverenin önerdiği örneğin bir satım sözleşmesini ve buna bağlı sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmek zorunda kalması halinde maddenin lafzı çözüm üretmemektedir. Bu nedenle, madde metninin TMK m. 1 gereğince ruhu ile kontrol edilerek yorumlanması gerekmektedir¹³⁰⁷. Nitekim eBK m. 99/2 hükmünün uygulanması bakımından da öğretide baskın olarak mutlaka hizmet veya çıraklık sözleşmesinin varlığı şart görülmemiş, taraflardan birinin diğerine karşı iktisadi ve sosyal bir bağıllık içinde bulunduğu ve diğerinin talimatlarını kabul etmek ve bunlara uymak zorunda olduğu bir ilişki yeterli görülmüştü¹³⁰⁸.

TBK m. 115 son fıkrasına göre ise uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Maddenin kapsamını belirlemek için kanun veya yetkili makamların izniyle yürütülen uzmanlık gerektiren işler tespit edilmelidir. Kamu makamlarının denetleyici müdahaleleri bugün hemen her alanda meslek icrasında izin prosedürünü beraberinde getirmektedir. İzin prosedürünün uygulama alanı çok geniş

¹³⁰⁵ **BUZ**, s. 101; **EREN**, s. 1116.

¹³⁰⁶ Örneğin, hizmet sözleşmesinden ayrı olarak, işçi-işveren ilişkisi temelinde kurulan bir satım sözleşmesinde işveren hafif ihmalinden doğan sorumluluğunu tamamen kaldırabilecektir. Bu ise, günümüzde tabiyet ilişkilerinde güçsüzü koruyan yerleşik anlayışa terstir. Bkz. **BAŞALP**, s. 190.

¹³⁰⁷ **BAŞALP**, s. 368. TBK m. 115'in ifade biçiminin, bu hükmün diğer sözleşmelere kıyasen uygulanmasını epey zorlaştırdığı yönünde bkz. **BUZ**, s. 101. Kanun koyucunun hizmet sözleşmesi terimi ile özünde ekonomik ve sosyal nitelik taşıyan bağımlılık ilişkilerini ve özellikle bu ilişkinin zayıf tarafı olarak beliren tarafı gözettiği sonucu, özellikle madde gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu dikkate alındığında kuşku götürmemektedir. Ancak bu hususun madde metnine yansımamış olması bir talihsizliktir.

¹³⁰⁸ **AKMAN**, s. 61-62.

olduğu için sorumsuzluk anlaşmalarının hayat bulacağı ortamı belirlemede bu izne tabi mesleklerden uzmanlık gerektirenlerin ve gerektirmeyenlerin birbirinden ayrılması kritiktir. Örneğin kasaplık, manavlık yapmak ya da market işletmek için de belediyeden gerekli izinlerin ve belgelerin alınması gerekebilir. Ancak bu meslekler, bilgi ve tecrübe gerektirmekte ise de teknik anlamda bir uzmanlıktan bahsedilemeyeceğinden hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olarak yapılabileceği bir faaliyete örnek olabilir¹³⁰⁹. Buna karşın hekimlik, mühendislik, avukatlık, veterinerlik, sigorta aracılığı, otelcilik gibi meslekler bilgi ve tecrübenin ötesinde uzmanlık gerektiren mesleklerdir ve resmi bir izinle yürütülür. Benzer şekilde yetkili makamlardan aldıkları imtiyazla elektrik, su, gaz, internet, telefon, banka hizmetlerini sunan kuruluşlar da bu kapsamdadır¹³¹⁰. Kanun koyucunun bu meslekleri resmi bir izne tabi tutması toplum yararı ve genel güvenlik sebepleriyle açıklanmaktadır¹³¹¹. Dolayısıyla bu gibi mesleklerin icrasında, borçlunun hafif kusurundan doğacak zararlardan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma da TBK m. 115/3 gereğince kesin olarak hükümsüzdür¹³¹².

TBK m. 115/3 hükmünün uygulama alanına, diğer deyişle hafif kusur halinde dahi sorumluluğun kaldırılamamasına, sorumsuzluk anlaşmasının ancak kanun ya da yetkili makamın izniyle yürütülen hizmet, meslek veya sanatla ilgili olması, sorumsuzluk anlaşmasının bu faaliyet münasebetiyle kurulmuş olması girer. Örneğin bir doktor ve avukat arasında yapılan kira sözleşmesine ilişkin sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115/3 kapsamında değildir ve bu sebeple sorumsuzluk anlaşması, ağır kusurdan ileri gelen zararlar için olmasa da hafif kusurdan ileri gelenler için geçerlidir. Buna karşın avukatın, doktorun hukuki bir uyuşmazlığında vekaletini üstlenmesi ya da doktorun, avukatın tedavisini üstlenmesini içeren sözleşmeler bakımından sorumsuzluk

¹³⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1357; MERAL, s. 1172; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1404. Ancak öğretide uzmanlığı gerektirmeyen otopark işletmeciliği, lokantacılık, marketçilik, kargo gibi hizmetlerden yararlanan kişilere sorumsuzluk anlaşmasının dayatılmasının makul bir durum olmadığı belirtilmektedir, bkz. SEROZAN, §21, kn. 3, s. 282; GÜLTEKİN, s. 397.

¹³¹⁰ EREN, s. 1116-1117.

¹³¹¹ AKMAN, s. 65.

¹³¹² MERAL, s. 1198; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1404; BUZ, s. 102.

anlaşmasının geçerliliği TBK m. 115/3 hükmüne tabidir¹³¹³. Yani bu anlaşmalar hafif kusurundan dahi sorumluluğu kaldıramaz, kesin olarak hükümsüzdür.

Tarafların, kanun sisteminde benimsenen ağır kusur-hafif kusur ayrımını takip etmesindense “zarar halinde borçlunun sorumlu olmayacağı”, “borçlunun sorumluluk kabul etmediği”, “borçlunun hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağı” gibi genel ifadeler içeren anlaşmalar yapması daha olasıdır. Bu tarz bir ifadenin hukuki sonucunun, sözleşmeyi tümüyle geçersiz kılması değil, amaca uygun olarak sınırlandırmak suretiyle kanunen izin verilen sınırlarda sorumluluğu kaldırması, yani hafif kusurdan sorumluluğu bertaraf etmesi olduğu belirtilmektedir¹³¹⁴. Bu çerçevede, tekil bir sözleşme klozu geçersiz kısmından arındırılarak geçerli kısmı ile ayakta tutulmaktadır. Başka bir ifade ile, sözleşme klozu kendi içinde geçerli kısmına indirgenmektedir. Buna karşılık borçlunun kastından, ağır ihmalinden veya ağır kusurundan sorumlu olmadığını içeren sorumsuzluk anlaşmaları için aynı şey söylenmemekte, kanunun emredici hükmüne doğrudan aykırılık söz konusu olduğundan sorumsuzluk anlaşmasının bütünüyle geçersiz olduğu belirtilmekte ve borçlunun bu anlaşmadan hafif kusurundan ileri gelen zararlar için sorumluluğunun kaldırılmış olduğu gibi bir sonuç elde etmesine imkan tanınmamaktadır¹³¹⁵.

Benzer şekilde borçlunun tazminat sorumluluğu, zararın doğumundan önce belirli bir miktar ile sınırlanmış ise bu tür anlaşmaların sorumsuzluk anlaşmasının bir çeşidi sayılması ve sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin emredici hükümlere tabi olması öğretide kabul edilmektedir¹³¹⁶. Dolayısıyla borçlunun hafif kusurundan ileri gelen zararlara ilişkin olan bu anlaşmalar geçerlidir. Ağır kusur söz konusu olduğunda ise sorumluluğun anlaşmayla azami bir miktar ile sınırlandırılmış olması, tam tazminat talebinde bulunmayı engellemez¹³¹⁷. Zira yapılmış olan anlaşma, ağır kusurdan sorumluluğun kaldırılamayacağı yönündeki emredici hükme aykırı olduğu için kesin hükümsüzdür¹³¹⁸.

¹³¹³ Krş. AKMAN, s. 69-70.

¹³¹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1351; TANDOĞAN, s. 456; TUNÇOMAĞ, s. 463; AKMAN, s. 99-100; BAŞALP, s. 393; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1401.

¹³¹⁵ AKMAN, s. 101.

¹³¹⁶ AKMAN, s. 24-25.

¹³¹⁷ TANDOĞAN, s. 456; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1401.

¹³¹⁸ Krş. AKMAN, s. 25.

Borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmadığı yönünde ya da hiçbir kusurundan sorumlu olmadığı yönünde yapılan sorumsuzluk anlaşması yukarıda belirttiğimiz gibi geçerlidir ve sonuçta borçlunun hafif kusurlu olduğu zararlarda sorumluluğunu sınırlar veya kaldırır. Borcun kusurlu olarak hiç veya gereği gibi ifa edilmediği bir vakada borçlunun ve alacaklının önceden yapılmış olan sorumsuzluk anlaşmasının hüküm doğurması ya da geçersiz sayılması konusunda karşıt pozisyon alacakları kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir uyuşmazlıkta kusurun ağır olmadığını (hafif kusurun bulunduğunu) ispat yükünü borçluya mı yoksa kusurun ağır olduğunu (hafif kusurun bulunmadığını) ispat yükünün alacaklıya mı yükleneceği bir ispat hukuku problemi olarak karşımıza çıkabilir. Sözleşmesel sorumlulukta bilindiği üzere borçlunun sorumluluktan kurtulması için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir (TBK m. 112). Haksız fiil sorumluluğunda ise zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat etmesi gerekir (TBK m. 50). İspat yükü dağılımında bu hükümlerin amaca göre uygulanmasını takip eden bir görüş¹³¹⁹, sözleşmesel sorumluluğu konu alan sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun ağır kusurunun olmadığını ispat etme; olası bir haksız fiil sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmasında zarar görenin, failin ağır kusurlu olduğunu ispat etme yükü altında olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe biz de katılıyoruz.

Ağır kusurdan sorumluluğu bertaraf eden bir sorumsuzluk anlaşmasının, esas sözleşmede bir kayıt olarak yer alması halinde gündeme gelecek olan bir sorun, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmenin bütününe teşmil edilebilip edilemeyeceğidir. TBK m. 27/2 hükmüne göre sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak hükümsüz olan bu düzenlemeler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur. TBK m. 27/2 hükmüne dayanan bir borçlunun, geçersiz olan sorumsuzluk kaydı olmaksızın sözleşmeyi yapmayacağını açık olduğunu ileri sürerek geçersizliği, sözleşmenin tümüne yaymasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Öğretide geçersizliğin sorumsuzluk kaydıyla sınırlı kalacağı, bunun tüm sözleşmeye yayılamayacağı kabul edilmektedir¹³²⁰. Çünkü kanun, emredici

¹³¹⁹ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1352. Krş. FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1401; AKMAN, s. 56, 57.

¹³²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1350; TANDOĞAN, s. 456; TUNÇOMAÇ, s. 463; MERAL, s. 1168; EREN s. 1115; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 885-886; AKMAN, s. 109; BAŞALP, s. 392.

hükmüyle sorumsuzluğa ilişkin anlaşmayı geçersiz saymakla borçlunun ağır kusurda sorumluluktan kurtulmamasını arzu etmektedir. Eğer kısmi geçersizliğin sözleşmenin tamamına yayılması kabul edilirse borçlu, kanunun arzu etmediği sorumluluktan kurtulma sonuca yine kanun izin verdiği bir yoldan (TBK m. 27/2) dolaylı olarak ulaşmış olacaktır¹³²¹. Fakat dürüstlük kuralı, böyle bir sonuca izin vermez. Kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılığın olmadığı, özellikle henüz borçların ifası aşamasına geçilmediği dolayısıyla borca aykırılığın söz konusu olmadığı evrede sorumsuzluk kaydının geçersiz olduğunu öğrenen (hukuki bilgisizliğini sonradan gideren) borçluya TBK m. 27/2 hükmü esaslarına göre sözleşme bağtından tamamen sıyrılabilme imkanı tanınabilir.

bb. İfa Yardımcıları Bakımından

Borçlunun, ifa yardımcılarının davranışlarından sorumluluğunun önceden tamamen veya kısmen kaldırılması hususu, borçlunun kendi davranışlarından sorumluluğundan farklı düzenlenmiştir. Gerçekten TBK m. 116/2 hükmüne göre yardımcıların fillerinden doğan sorumluluk kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Öyle ki yardımcının ağır kusurlu olması da bir farklılık yaratmaz. Kastı veya ağır ihmali bulunan bir ifa yardımcısının davranışından kaynaklanan zarardan dahi buna göre borçlu kural olarak sorumlu tutulamayacaktır¹³²². Bu bakımdan TBK m. 115/1 hükmünden farklı olarak TBK m. 116/2, ağır kusura sonuç bağlamamıştır. Borçlunun kendi davranışları bakımından sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüzlüğüne yol açan ağır kusur olgusu, ifa yardımcıları bakımından aynı sonuca neden olmamakta ve bu durum kamu düzenine, ahlaka, dürüstlük kuralına aykırı görülmemektedir¹³²³. Nitekim eBK m. 100/2 hükmünde de ifa yardımcılarının davranışlarından sorumsuzluk anlaşması benzer şekilde düzenlenmiş¹³²⁴ ve kusurun derecesi bakımından fark gözetilmemiştir¹³²⁵.

¹³²¹ AKMAN, s. 109; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 86.

¹³²² OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1404; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1367; EREN, s. 1112; GÜLTEKİN, s. 394; MERAL, s. 1168.

¹³²³ AKMAN, s. 75.

¹³²⁴ “Bunların fiilinden mütevellit mesuliyeti, evvelce iki taraf arasında yapılan bir mukavele tamamen veya kısmen bertaraf edebilir”.

¹³²⁵ Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmasının gerekçesi olarak, bir kimsenin kendisinden kaynaklanan ağır kusurundan dolayı sorumsuz olacağını alacaklıya kabul ettirmesiyle, başkasının ağır kusuru sebebiyle sorumsuz olacağını kabul ettirmesinin birbirinden farklı olması; ve ayrıca asıl borçlunun, yardımcısının ağır kusurlu davranışlarından kendini korumasının normal olması

İfa yardımcılarının davranışlarını konu edinen sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kanunda bazı sınırlamalar bulunmaktadır. TBK m. 116/3 hükmü, bu bakımdan eBK m. 100/3 hükmünden farklılaştırılmıştır. Şöyle ki TBK m. 116/3 hükmüne göre uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Görüldüğü üzere bu hükümde de ağır kusura ayrıca sonuç bağlanmamış, her türlü kusur bakımından uzmanlık gerektiren bir mesleğin¹³²⁶ izinle yürütülmesi söz konusu ise sorumsuzluk anlaşması geçersiz sayılmıştır. Böylece borçlunun, yardımcı kişilerin hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilerek alacaklının korunması amaçlanmıştır¹³²⁷. Halbuki eBK m. 100/3 hükmü¹³²⁸ iki yönden farklılığa sahipti. Öncelikle alacaklının, borçlunun hizmetinde olması da bir alternatif durum olarak madde metninde yer almaktaydı. TBK m. 116, eBK m. 100'den farklı olarak, alacaklının borçlunun hizmetinde olması hali için bir sınır öngörmemiştir¹³²⁹. Dolayısıyla alacaklının borçlunun hizmetinde olduğu durumlarda yardımcı kişinin davranışlarından sorumluluğu kaldıran anlaşmalar ağır kusur halinde dahi geçerli olacaktır. Hükmün bu sonuca izin verecek şekilde kaleme alınmış olması eleştirilerin

gösterilmektedir. Bkz. **ERTEN**, s. 220-221; **GÜLTEKİN**, s. 392. Krş. **ŞENOCAK**, s. 241. Yine bu durumun temelinde, İsviçre Borçlar Kanunun hazırlandığı sıralarda (1881 öncesi) borçlunun başkalarının davranışlarından sorumlu olacağı fikrinin yeni bir anlayış olmasının yattığı da belirtilmektedir. İsviçre kanun koyucusu o dönemde ifa yardımcılarının sorumluluğu emredici olarak düzenlemekten çekinmiş ve söz konusu sorumluluğun tümüyle bir sorumsuzluk anlaşmasına kural olarak konu olabileceğini düzenlemiştir. Bkz. **BAŞALP**, s. 196, 198.

Ancak TBK m. 116/2 (eBK m. 100/2) hükmünün öğretide eleştirildiği de görülmektedir. Şöyle ki yardımcı kişilerin davranışlarından sorumsuzluk anlaşmaların genel olarak geçerli kabul edilmesiyle, esasen yükümlülüklerini hemen her zaman yardımcı kişiler vasıtasıyla yerine getiren bankalar, anonim şirketler gibi tüzel kişilere ayrıcalık ve üstünlük tanınmış olmaktadır ve bu durum tatmin edici bir uygulama olarak kabul edilmemektedir. Borçlunun yardımcı kişilerin davranışlarından sorumlu olması çağın ekonomik ihtiyaçları karşısında kaçınılmaz bir gereklilik olarak görülmektedir. Bu hususta bkz. **BAŞALP**, s. 199 vd.; **GÜLTEKİN**, s. 396. Krş. **AKMAN**, s. 75-76.

¹³²⁶ Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanatın ne olduğunu tespit etmek, sorumsuzluk anlaşmalarının sınırını tespit etmek bakımından önemlidir. Özellikle günümüzde hemen her mesleğin icrası için resmi bir makamdan izin alındığı düşünülecek olursa sorumsuzluk anlaşmalarının uygulama bulabileceği alanın sınırlarını, uzmanlık gerektiren meslekler kümesinin dışı oluşturacaktır. Öğretide tecrübe ve bilgi gerektiren işlerin uzmanlık gerektiren işlerle karıştırılmaması gerektiği; hekimlik, öğretmenlik, mimarlık, mühendislik, avukatlık gibi mesleklerin uzmanlık gerektiren meslekler iken, taksicilik, manavcılık, ithalat ve ihracat gibi faaliyetlerin uzmanlık gerektirmeyip bilgi ve deneyime dayandığı ifade edilmektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1357; **MERAL**, s. 1172.

¹³²⁷ **GÜLTEKİN**, s. 394.

¹³²⁸ “Alacaklı, borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; borçlu mukavele ile ancak hafif bir kusurdan mütevellit mesuliyetten kendisini beri kılabilir”.

¹³²⁹ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1367; **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1405; **BUZ**, s. 102.

hedefi olmuştur¹³³⁰. Diğer husus ise eBK m. 100’de hafif kusur yönünden sorumsuzluk anlaşmalarına cevaz verilmesiydi. Şöyle ki alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya izinle yürütülen ve uzmanlık gerektiren bir iş söz konusu ise ifa yardımcılarının davranışlarından sorumsuzluğu konu edinen anlaşmanın geçerliliği hafif kusur yönünden mümkündü¹³³¹. Hükmün zıt anlamına göre, ağır kusur yönünden ise bu anlaşma geçersiz sayılırdı¹³³². Dolayısıyla yardımcılarının davranışlarından sorumsuzluğu konu edinen anlaşmaların geçersizliği çok daha dar bir alana sıkıştırılmıştı. TBK m. 116/3 hükmünde ise kusurun ağırlığı şartı aranmadığından bu alanın genişletildiği görülmektedir, dolayısıyla bu anlaşmalar hafif kusura yönelik bile olsalar geçersiz sayılacaktır¹³³³.

b. Satış Hukukunda Zapt ve Ayıp Bakımından Özel Düzenlemeler

TBK’nin bütün sözleşme tiplerine uygulanabilir görünen sorumsuzluk anlaşmalarının sınırı konusundaki genel hükümlerinin yanı sıra satış sözleşmesinde zapt ve ayıp sorumluluğu bakımından özel düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir (TBK m. 214/3, 221)¹³³⁴. Özel hüküm niteliğinde olduklarından öncelikle uygulanmaları gerekir¹³³⁵.

aa. Zapt Bakımından

Zapt sorumluluğu, üçüncü bir kişinin satış sözleşmesinin kurulduğu sırada satılанда var olan üstün bir hakkını ileri sürerek malı alıcının elinden almasına ya da alıcının malı kullanmasına engel olmasına karşı satıcının sorumlu tutulmasıdır¹³³⁶. Satıcının zapttan

¹³³⁰ BUZ, s. 103.

¹³³¹ Hükmün amacı, iktisadi bakımdan kişiliğin korunması, sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın, sahip olduğu bu özel konumu kötüye kullanmasının önlenmesidir. Öğretide bu sosyal amaç dikkate alınarak taraflar arasında herhangi bir hizmet ilişkisinin mevcut olmadığı ancak borçlunun alacaklı üzerinde sosyal ve ekonomik yönden sahip olduğu nüfuzu kullandığı ilişkilerde de eBK m. 100/3 hükmünde öngörülen sınırlamanın uygulanması savunulmuştur, bkz. ŞENOCAK, s. 245.

İsviçre’de bu durum muhafaza edilmektedir, bkz. TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1367.

¹³³² AKMAN, s. 76; BAŞALP, s. 204; ŞENOCAK, s. 244-248.

¹³³³ BAŞALP, s. 273; EREN, s. 1112; MERAL, s. 1169; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1335.

¹³³⁴ ERCOŞKUN ŞENOL, s. 86.

¹³³⁵ AKMAN, s. 104.

¹³³⁶ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 148; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 140; YOLDAŞ, s. 27; DEMİRSATAN, Barış, “Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, *DEÜHFD*, Y. 2020, C. 22, S. 1, ss. 216-253, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/54409/704807>, (Erişim T. 26.02.2024), s. 221-222, ÇABRİ, Sezer, “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016,

sorumlu olması için sözleşmenin kurulduğu sırada alıcının zapt tehlikesini bilmemesi gerekir. Alıcı, satış sözleşmesini yaparken ileride söz konusu olacak zapt tehlikesini biliyorsa satıcının zapttan sorumlu olması için bu sorumluluğu ayrıca üstlenmiş olması gerekir. Satıcının sorumlu olmaması için alıcının zapt tehlikesini bilmemekle birlikte bilmesinin gerekmesinin yeterli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır¹³³⁷.

TBK’de satıcının zapt sorumluluğuna ilişkin yer alan hükümler emredici değildir. Alıcı ve satıcı, mevcut bir zapt tehlikesinden satıcının sorumlu olmamasını kararlaştırabilirler¹³³⁸. Satıcının alıcıya karşı zapttan sorumsuzluğunu öngören anlaşmanın sınırı, TBK m. 214/3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse yani üçüncü kişinin satılan üzerinde zapta elverişli üstün hakkını bilerek ve isteyerek alıcıdan saklamışsa sorumsuzluğunu öngören anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Örneğin çalınmış bir malın satımında bu husus alıcıdan gizlenmişse satıcının sorumsuzluğunu öngören anlaşma geçersizdir. Dolayısıyla sorumsuzluk anlaşmasının varlığına rağmen satıcı, alıcıya karşı zapttan sorumlu tutulabilir¹³³⁹.

Zapttan sorumsuzluğa ilişkin olarak madde metninde sadece “gizleme”den bahsedilmiştir. Satıcı, alıcının zapt tehlikesini bilmediğini anladığı halde kendisine gerekli açıklamayı yapmamışsa, gizleme gerçekleşmiş sayılır. Yani bu gibi hallerde satıcının yalnızca susması da yeterlidir¹³⁴⁰. Gizleme dışındaki bir sebeple satıcının ağır kusurun bulunmasının bu anlaşmanın geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği tartışmalıdır¹³⁴¹. Bir görüşe göre satıcının üçüncü kişinin üstün hakkını alıcıdan gizlemesi dışındaki sebepler kendisine ağır kusur olarak yüklenebilse de sorumsuzluk anlaşması geçersiz olmaz¹³⁴². Maddenin açık lafzından anlaşılan bu durum, kanunun

C. 22 S. 3, ss. 585-613, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/333935>, (Erişim T. 26.02.2024), s. 586 ve dn. 1’de belirtilen yazarlar.

¹³³⁷ Bu tartışma hakkında bkz. **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 151; **YOLDAŞ**, s. 84-86; **ÇABRİ**, s. 597-598; **DEMİRSATAN**, s. 232 vd.; **AKÇAAL**, s. 167 vd.

¹³³⁸ **AKÇAAL**, s. 175.

¹³³⁹ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 141; **AKÇAAL**, s. 181; **NOMER/ENGİN**, Madde 214, pn. 48; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 66; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 89; **ÇABRİ**, s. 589; **DEMİRSATAN**, s. 229.

¹³⁴⁰ **TANDOĞAN**, ÖBİ, C. I/1, s. 149; **AKÇAAL**, s. 181; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 89

¹³⁴¹ Geniş bilgi için bkz. **BAŞALP**, s. 351 vd.

¹³⁴² **AKÇAAL**, s. 182, 185; **ÇABRİ**, s. 598. Açık olmamakla birlikte **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**’in “Üçüncü kişinin hakkını gizleme, satıcının zapt tehlikesini, alıcının bundan haberdar olmadığını bildiği halde ondan gizlemesini ifade eder. Bu konuda satıcının susması da yeterli olabilir. Buna karşılık satıcının uzak ihtimalleri alıcıya bildirmemiş olması gizleme değildir.” ifadelerinden, sorumsuzluk anlaşmasının

sistematığı bakımından da bir sakınca oluşturmaz. Çünkü “gizleme” dışındaki bir sebepten kaynaklanan ağır kusurdan sorumsuzluk anlaşması geçerli sayıldığında alıcı, sadece zapt hükümlerinden yararlanamaz konuma gelir, halbuki genel hükümlere (TBK m. 112 vd.) başvurması mümkündür. Eğer genel hükümlere başvurmamasının yolu da kapanmaktaysa bu sorumsuzluk anlaşması bakımından TBK m. 115 hükmü işletilmeli ve ağır kusurdan sorumsuzluğu öngören anlaşma geçersiz sayılmalıdır¹³⁴³. Bizim de benimsediğimiz diğer bir görüş, sorumsuzluk anlaşmalarının sınırına ilişkin TBK m. 115, 116 hükümlerinin zapttan sorumsuzluğa da uygulanabileceğini kabul etmektedir¹³⁴⁴. Buna göre özel hüküm genel hüküm ilişkisinin bulunduğu hallerde özel hükmün genel hükmün uygulanmasını bertaraf edebilmesi (Lex specialis derogat legi generali) için özel hükmün öngörülmesindeki amacın genel hükmün uygulanmasını bertaraf etmeye yönelik olması gerekir. Aksi takdirde özel hükmün genel hükümle beraber yan yana uygulanabilmesi mümkündür¹³⁴⁵. Dolayısıyla satıcının ağır kusurlu olduğu durumlarda satıcıyı zapttan sorumluluktan kurtaran anlaşmalar da kesin olarak hükümsüz sayılmalı ve satıcının aşağıda değineceğimiz ayıp sorumluluğu hakkındaki düzenleme ile uyumsuzluk yaratılmamalıdır¹³⁴⁶.

Sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüzlüğüne dayanan alıcı ispat yükünü taşır; yani hakkını dayandırdığı vakaları ispat etmesi gerektiğinden, üstün hak tehlikesini satıcının kendisinden gizlediğini (veya diğer görüşün kabul edilmesi halinde bu hususta ağır kusurunun bulunduğunu) alıcının kanıtlaması gerekir¹³⁴⁷.

bb. Ayıp Bakımından

TBK m. 221’in karşıt kavramından anlaşıldığı gibi ayıptan sorumluluğu düzenleyen hükümler emredici nitelikte değildir. Satış sözleşmesinde taraflar ayıptan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan bir anlaşmayı geçerli olarak yapabilir¹³⁴⁸. Böylelikle satıcı

geçersizliğinin “gizleme” hali ile sınırlı olduğunu kabul ettikleri anlaşılmaktadır, bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, 70.

¹³⁴³ Bkz. DEMİRSATAN, s. 230-231.

¹³⁴⁴ SEROZAN, B. Özel, kn. 633; BAŞALP, s. 356. Krş. AKMAN, s. 106-108.

¹³⁴⁵ ERCOŞKUN ŞENOL, s. 89.

¹³⁴⁶ NOMER/ENGİN, Madde 214, pn. 50; SEROZAN, B. Özel, kn. 634.

¹³⁴⁷ DEMİRSATAN, s. 231; AKÇAAL, s. 183.

¹³⁴⁸ ŞAHİNİZ, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 62-63; SEROZAN, B. Özel, kn. 736; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 74; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 118; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 93; MERAL, s. 1187.

kendisi ve karşı taraf için gizli kalmış olan ayıplardan sorumlu olmak istemediğini belirtmiş ve bu, alıcı tarafından da kabul edilmiş olur. Ancak TBK m. 221'e göre satılanın ayıplı olarak devredilmesinde satıcı ağır kusurlu ise bu çeşit anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

Satıcının ayıptan sorumluluğunun kapsamını daraltan anlaşmalara örnek olarak alıcının, masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımını isteme hakkını ortadan kaldıran veya onarım isteme hakkını saklı tutmakla birlikte diğer seçimlik hakları alıcının elinden alan sözleşme hükümleri gösterilmektedir. Eğer satıcının ayıplı mal tesliminde ağır kusuru bulunmakta ise bu türden bir anlaşma olsa bile alıcı, TBK m. 227 hükmünde tanınan seçimlik haklardan herhangi birisini satıcıya karşı ileri sürebilecektir¹³⁴⁹.

TBK m. 221'in selefi olan eBK m. 196 hükmünde ayıptan sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği, satıcının ayıbı gizlemesi suretiyle alıcıyı aldatmasına bağlı kılınmıştı¹³⁵⁰. Ağır kusurun bir görünümünü oluşturan hileli davranıştan söz edilebilmesi için, satıcının belli vasıfların varlığını veya eksikliklerin yokluğunu beyan etmesi veya susmasıyla bu hususta bir yanılgı uyandırması ya da mevcut yanılgıyı

¹³⁴⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 110.

¹³⁵⁰ EBK m. 196'da "satılanın ayıbını müşteriye hile ile gizlemiş ise" ifadesi kullanılmışken, TBK m. 221'de "satılanın ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise" ifadesi kullanılmıştır. O dönemde sorumsuzluk anlaşmalarının genel hükmü olan eBK m. 99/1 hükmüne göre geçersizlik yaptırımı, borçlunun hem hilesinin hem ağır kusurunun bulunması ihtimallerine yönelikti. Bu sebeple genel hüküm (eBK m. 99) ile özel hüküm (m. 196) arasında uyumsuzluk bulunmaktaydı. eBK m. 196 uyarınca diğer borç ilişkilerinden farklı olarak satıcının ağır ihmali ile ayıplı mal vermesi bakımından sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olacağı vargısı, öğretide ve uygulamada tartışma yaratmıştır. Bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 176; ÖZ, Turgut, "Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 856.

Ancak öğretide eBK m. 196, eBK m. 99'un gerçek bir istinası olarak kabul edilmemekte, bu iki hükmün birlikte okunması gerektiği, satıcının satılana ilişkin sadece bildiği ayıpları gizlemesi durumunda değil, satılana ilişkin ayıpları bilmemesinin ağır kusuruna dayandığı durumlarda da uygulanacağı kabul edilmekteydi. Örneğin satıcı, deposundaki diğer kimyasal maddelerin yanında uzun süre bıraktığı ve bozulmasına sebep olduğu hayvan yemlerini satar ve bu yemleri yiyen alıcının hayvanları zehirlenerek telef olursa satıcının hilesi bulunmasa bile bozulmuş yemleri satmakta ağır kusuru vardır. Bu durumda satıcının hilesinin bulunmamasından bahisle sorumsuzluk anlaşmasını eBK m. 196'ya göre geçerli kabul etmek doğru görülmemiştir. Bkz. AKMAN, s. 106; YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 1989, (Kıs. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu), s. 101; ŞAHİNİZ, s. 66-67; BAŞALP, s. 356.

TBK m. 115 ve 221 hükümlerinde geçersizlik bakımından "ağır kusur" esas alınarak birbirine uyumlu hükümler ihdas edilmiştir. Bkz. ÇETİNER, Bilgehan, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", İÜHF, Y. 2009, C. 67, S. 1-2, ss. 97-113, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9182/114973>, (Erişim T. 19.02.2024), s. 105; ÖZ, s. 857.

kuvvetlendirmesi, bu suretle alıcıyı sözleşme yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan şartlar altında yapmaya sevk etme kastının bulunması gerekir¹³⁵¹.

Kastı dışında satıcının, malın ayıplı olarak devredilmesinde ağır ihmalinin bulunması da ağır kusur teşkil eder ve TBK m. 221 gereği sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüzlüğüne neden olur. Bu durum TBK m. 115 hükmüyle uyumludur. Satıcının ayıplı mal devrinde ihmal, malın ayıbına ilişkin olarak satıcının dikkat ve özensizliğinden kaynaklanan bilgisizliği ile irtibatlıdır. Öğretide özellikle meslekten satıcının satım konusunun ayıbını bilmemesinin, onun satım konusunu ayıplı olarak devretmede ağır ihmali bulunduğunu gösterdiği kabul edilmektedir¹³⁵². Bu görüşü destekleyen bir ifade TBK m. 221 hükmünün gerekçesinde yer almaktadır. Şöyle ki madde gerekçesinde, “*Tasarının satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin 224’üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme burada da göz önünde tutulmalıdır*” denilmektedir. Buna göre satıcılığı meslek edinen kişi, bilmesi gereken ayıpların farkında olmayarak ayıplı bir mal teslim etmiş ise, kendisini sorumluluktan kurtaran anlaşma kesin hükümsüz olacaktır¹³⁵³. Tasarıda göz önünde tutulacağı işaret edilen m. 224, TBK’de m. 225 hükmüyle yasalaşmıştır. Çalışmamız bakımından oldukça önem taşıyan bu hükmün kapsamını ve işlevlerini, aşağıda ağır kusurun ayıp sorumluluğunda ihbar ve zamanaşımı üzerindeki etkisinde ele alacağımızdan şimdilik oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

cc. İsteğe Bağlı Açık Arttırmayla Satışta Satıcının Aldatmasının Artırma Koşullarındaki Sorumsuzluk Kaydını Etkisiz Bırakması

Arttırma yoluyla satış, önceden belirlenen yerde ve zamanda yine önceden tayin edilen şartlara göre hazırlar arasında bedelin, birbirini izleyen tekliflerle oluştuğu ve en yüksek teklifte bulunan kimse ile yapılan satışır¹³⁵⁴. Açık artırma yoluyla satış TBK m. 274 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu satışlarda satıcının zapt ve ayıptan sorumluluğu m. 280’de hükme bağlanmıştır. Buna göre cebri artırımlarda zapttan ve ayıptan

¹³⁵¹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 176; YAVUZ, M. Satıcı, s. 113; ŞAHİNİZ, s. 86, dn. 252.

¹³⁵² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 80; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 94; BAŞALP, s. 361.

¹³⁵³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 80; BAŞALP, s. 362.

¹³⁵⁴ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 320.

sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz¹³⁵⁵. eBK m. 230 hükmünde de kural olarak cebri artırmalarda tekeffüle yer olmadığı düzenlenmekteydi ancak bu kuralın iki istisnası da hükümde yer almaktaydı: artırma şartnamesinde aksine açık bir düzenleme bulunması ve artırmaya katılanlara karşı hile yapılması¹³⁵⁶. Ancak bu düzenleme eleştirilmekteydi. Çünkü artırma şartnamesinde malda belli niteliklerin bulunduğu açıkça taahhüt edilmesine rağmen bu vasıfların bulunmaması halinde kimin sorumlu tutulması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktaydı. Satılanın maliki olmayan icra memuru ya da malı rızası dışında satılan malik için de borçlar hukuku anlamında sorumluluk doğmayacağı; bu durumun sadece ihalenin feshi için bir sebep olarak görülebileceği belirtilmekteydi¹³⁵⁷. Nitekim TBK m. 280 hükmünde, eBK m. 230'da bulunan bu istisnalara yer verilmemiş ve madde gerekçesinde işbu hallerde meselenin şikayet, ihalenin feshi gibi icra hukuku kurumları çerçevesinde çözümlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

İsteğe bağlı açık artırmalarda satıcının zapt ve ayıptan sorumluluğu TBK m. 280'nin son fıkrasında düzenlenmektedir. Hükme göre satıcı, satılanın zapt ve ayıbından sorumludur ve bu sorumluluktan kurtulması, artırma koşullarında sorumsuzluk kaydını açıkça belirtip duyurması suretiyle mümkündür. Ancak satıcının bu şekilde sorumluluktan kurtulması, aldatma durumunun varlığı halinde kabul edilmemiştir¹³⁵⁸.

Daha önce değinildiği üzere aldatma, kusurun bir türü olarak kastın varlığını gerektirir. Kusurun ihmal düzeyinde olduğu durumlarda aldatmadan bahsedilemez. Kanunun

¹³⁵⁵ **Yarg. 4. HD**, E. 2016/14705, K. 2019/568, T. 11.02.2019, "...Eldeki davada mahkeme, icra müdürlüğünü yapılan cebri ihalede satıcı olarak nitelendirmek suretiyle TBK'nda düzenlenen satım sözleşmesinde satıcının zapta karşı tekeffül sorumluluğu nedeniyle, ihale alıcısının uğradığı zararları satıcı konumunda olan icra müdürlüğünden dolayısıyla davalı Bakanlıktan isteme hakkı bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Öncelikle cebri artırma, satım konusu şey üzerinde tasarrufa yetkili kişinin rızasına bakılmaksızın resmi makamlar tarafından yapılan satımdır. Cebri artırmalar bir satımı oluşturmayıp, yerine getirme, resmi kurumca gerçekleştirilen bir kamu hukuku eylemi niteliğindedir. Bu eylem, borçların koğuşturulması konusunda belli sonuçlar meydana getirir. Cebri ihaleler akit olmayıp, amme hukukuna ait bir tasarruftur (24/06/1953 tarih ve 14/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı). Öte yandan 6098 sayılı TBK'nun 280. maddesinde, cebri artırmalarda zapttan ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı istisnasız olarak düzenlenmiştir. 818 sayılı BK'nun 230. maddesinde ise istisna olarak, şartnamede hüküm olması veya hile yapılması halinde bu hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Şu halde mahkemece, açıklanan yönler ve yasal düzenlemeler gözetilerek istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı gerekçeyle istemin kabul edilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir.", <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 26.02.2024).

¹³⁵⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 877.

¹³⁵⁷ **TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1**, s. 331.

¹³⁵⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 192; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 102

tercihi, ağır kusuru esas almaktan ziyade aldatmanın varlığından yana olmuştur. Buna göre borçlunun aldatması söz konusu olmadıkça hafif ihmalinin yanı sıra ağır ihmali için dahi ayıptan doğan sorumluluğunu bertaraf edebileceği belirtilmektedir¹³⁵⁹. Bu durum, zapttan sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan anlaşmaları satıcının, üçüncü kişinin hakkını “gizlemesi” durumunda kesin hükümsüz sayan TBK m. 214/3 fıkra hükmünün lafzıyla tutarlıdır. Ancak öğretide TBK m. 214/3 hükmünün bu lafzına bağlı kalınmadığı, bu hükmün, genel hükümlere istisna getirilmesini gerektiren teknik anlamda özel bir hüküm olarak kabul edilmediğini ve ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerle uyumlu olması adına maddenin geniş yorumlanarak “gizleme” dışındaki diğer ağır kusur hallerinde de zapttan sorumsuzluğu öngören anlaşmaların geçersiz sayılmasının savunulduğunu yukarıda ifade etmiştik. Kanaatimizce aynı tartışma TBK m. 280/3 hükmü için de gündeme getirilebilir. Eğer öğretideki bu görüşe üstünlük tanınırsa, isteğe bağlı açık arttırmada da satıcının ayıptan ve zapttan sorumsuzluğunu öngören anlaşmalar satıcının ağır kusurunun bulunduğu tüm hallerde geçersiz olacaktır. Sorumsuzluk kaydı, arttırma koşullarında yer alıyorsa isteğe bağlı arttırma işlemi değil sadece sorumsuzluk kaydına ilişkin arttırma şartları geçersiz sayılır. Satıcı TBK m. 27/2 c. 2 hükmünden de yararlanamaz. Yani bu hükümler olmaksızın açık arttırmayı yapmayacağını çok açık olduğunu ileri sürerek geçersizliğin bütün işleme yayılmasını sağlayamaz.

E. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKLA MUKAYESELİ OLARAK AĞIR KUSURUN İSTİHDAM İLİŞKİLERİNDE SORUMLULUĞU KURUCU ROLÜ

Alman hukukunda sorumluluk sınırlamaları arasında en büyük pratik öneme, kanunla düzenlenmeyen ancak içtihatla geliştirilmiş olan çalışanın sorumluluğunun sınırlandırılması sahiptir. İchtihat hukuku, işçinin sorumluluğu bakımından hafif ihmali, en hafif ihmal ve orta derecede ihmal olarak ikiye ayırmaktadır¹³⁶⁰. Buna göre, işletmesel veya hizmete ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesinde kusuru bulunan işçi, işverenine karşı en hafif ihmalden sorumlu değildir, işveren zararın tamamını

¹³⁵⁹ BAŞALP, s. 349.

¹³⁶⁰ MüKoBGB/Grundmann, BGB § 276, pn. 108.

karşılacaktır. Orta ihmâl durumunda zarar, tüm koşullar dikkate alınarak orantılı olarak dağıtılır. Ağır ihmâl veya kastından ise işçi kural olarak tam sorumludur¹³⁶¹.

Öncelikle kasıtlı davranış durumunda işçi, bunun sonuçlara tek başına katlanmak zorundadır. Medeni hukukta hukuka aykırı sonucu bilmek ve istemek olarak tanımlanan kast, işçinin sorumluluğu alanında biraz daha nitelikli kurgulanmaktadır: kastın yalnızca yükümlülük ihlaline veya hukuki menfaate değil, aynı zamanda somut zarara da yönelik olması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶². Buna göre işçinin zararı en azından belirli bir miktarda mümkün olarak öngörmesi ve meydana gelmesi durumunda bunu uygun bulması durumunda işçinin kastı kabul edilecektir¹³⁶³.

İşçi, genel koşullar göz önüne alındığında işlem hayatında gereken özeni alışılmadık derecede yüksek ölçüde ihlâl ederse ve söz konusu olayda herkes için açık olması gereken şeyi göz ardı ederse, ağır ihmâli bulunur¹³⁶⁴. Bunun için sadece objektif, özellikle ağır bir yükümlülük ihlali yeterli değildir; işçi için ayrıca söz konusu olayda kendisinden istenecek gereklilikleri mazur görülemeyecek şekilde ihlâl etmekle olağan düzeyi çok aşan sübjektif bir kınanabilirlik de gerekir¹³⁶⁵. 25 Eylül 1997 tarihli kararında Federal İş Mahkemesi (BAG) ilk kez, işçinin - kast durumunda olduğu gibi - tam sorumlu olması gereken bir “en ağır ihmâl” türünü ortaya koymuştur. Bu tür en ağır (veya özellikle ağır) ihmâl, ölümcül tehlikelere karşı koymayı amaçlayan güvenlik düzenlemelerinin birden fazla veya sübjektif olarak mazur görülemez ihlalleri durumunda kabul edilmiştir¹³⁶⁶.

İşçi, iş hayatında gereken özeni göstermemişse ve gerekli özen gösterilmiş olsaydı hukuki olarak onaylanmayan sonuç öngörülebilir ve önlenebilirdi denilebiliyorsa orta dereceli ihmâl kabul edilir (§276 II). Pratik olarak en önemli olan bu vakıa grubunda, zarar paylaşılacaktır. İşçinin zararın sonuçlarına katılıp katılmayacağı ve eğer katılacaksa ne ölçüde katılacağı, özellikle zararın nedeni ve sonuçları ile ilgili olarak

¹³⁶¹ **MüKoBGB/Henssler**, 8. Aufl. 2020, BGB § 619a, kn. 34; **KÖNIG**, s. 32; **ErfK/Preis**, 22. Aufl. 2022, BGB § 619a Rn. 13 (Müller-Glöge, Preis, Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22., neu bearbeitete Auflage, München: C.H. Beck, 2022). Ayrıca bkz. **WALDVOGEL**, s. 80; **MüKoBGB/Grundmann**, BGB § 276, pn. 108-109.

¹³⁶² **MüKoBGB/Henssler**, BGB § 619a, kn. 40; **ErfK/Preis**, BGB § 619a Rn. 14.

¹³⁶³ **MüKoBGB/Henssler**, BGB § 619a, kn. 40; **ErfK/Preis**, BGB § 619a Rn. 14.

¹³⁶⁴ **MüKoBGB/Henssler**, BGB § 619a, kn. 38.

¹³⁶⁵ **MüKoBGB/Henssler**, BGB § 619a, kn. 38; **ErfK/Preis**, BGB § 619a Rn. 15.

¹³⁶⁶ **ErfK/Preis**, BGB § 619a Rn. 15.

hakkaniyete ve isnadiyetin özelliklerine bağlıdır¹³⁶⁷. Örneğin işletmeye ait motorlu aracın işçi tarafından zarara uğratılması durumunda, işverenin araca tam kapsamlı kasko yaptırıp yaptırmadığına da bakılmalıdır. Esasen işveren işçiye karşı böyle bir sigorta poliçesi yaptırmakla yükümlü değildir, ancak sigortanın bulunmaması durumunda ortaya çıkan tablo işveren üzerinde ağır bir yük oluşturabilir. Dolayısıyla burada zararın paylaşılmasında işçinin, sadece kapsamlı bir sigorta yaptırılırken kararlaştırılacak olan muafiyet tutarı kadar sorumlu olması düşünülebilir. Ayrıca iş ilişkisinin bugüne kadarki seyri ve çalışanın hizmet süresi, yaşı, ailevi ilişkisi ve o güne kadarki davranışları gibi kişisel koşullarını da dikkate almak gerekebilir¹³⁶⁸. İşçinin geçmişteki işle ilgili davranışları anlamında işverenin bir talimatını ihlal edip etmediği; işin tehlikeye yatkınlığı; işverenin denetim tedbirlerini yükümlülüğüne aykırı olarak almaması (organizasyon eksiklikleri) -işveren aleyhine olmak üzere- dikkate alınabilir¹³⁶⁹. İşgücünün dikkatsiz davranışlarının teşvik edilmesi suretiyle işçi davranışlarının hukuk-politik açıdan tehlikeli bir şekilde yanlış yönetilebilmesine neden olunacağı endişesiyle işçiler için aşırı derecede cömert sabit oranlı bir indirimin söz konusu olmaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹³⁷⁰.

BGH, kast ve ağır ihmal, orta ihmal, hafif ihmal şeklinde yapılan üçlü ayrıma sıkı sıkıya bağlı kalmakta ve ağır ihmal durumunda işçinin sorumluluğunun sınırlanmasını reddetmekte iken BAG, özellikle işçinin gelirin, faaliyetin zarar riskiyle açıkça orantısız olması durumunda ağır ihmal durumunda da sorumluluk sınırlamasını göz ardı etmediğini çoktandır belirtmektedir. İctihatta bazı durumlarda, orta dereceli ihmal durumunda bir aylık ve ağır ihmal durumunda üç aylık ücreti aşmayacak şekilde toplam bir sorumluluk sınırlaması uygulama bulmaktadır. Bununla birlikte, BAG hem genel bir hukuk yorumu hem de kanuni bir model bulunmadığından, hukukun bu kadar kapsamlı geliştirilmesinin ‘de lege lata’ bakımından mümkün olduğunu düşünmemektedir. Sorumluluğun toplam olarak sınırlaması yalnızca yasama organına has olmalıdır. Ağır

¹³⁶⁷ ErfK/Preis, BGB § 619a Rn. 16.

¹³⁶⁸ ErfK/Preis, BGB § 619a Rn. 16.

¹³⁶⁹ MüKoBGB/Henssler, BGB § 619a, kn. 39.

¹³⁷⁰ MüKoBGB/Henssler, BGB § 619a, kn. 39.

ihmal durumunda sorumluluğun sınırlandırılması, her zaman somut olaya özel olarak değerlendirilmelidir¹³⁷¹.

Fransız hukukunda başlangıçta işçinin makine, alet ve hammadde üzerinde dürüst bir kimse, iyi bir aile reisi sıfatıyla gereken özeni göstermesi gerektiği belirtilmiş ise de içtihatla, klasik tazminat sisteminin dışına çıkılarak işçinin, işverene karşı verdiği zarardan ancak kastı veya ağır ihmalinin bulunması halinde sorumlu olacağı benimsenmiştir¹³⁷².

Avusturya hukukunda işçinin, işverene mazur görülebilir ihmal ile verdiği zarardan dolayı sorumluluğu kabul edilmemiştir. Mazur görülebilir kusurdan maksat, “culpa levissima”dır. Hizmetin ifasında işçinin en hafif kusuruyla sebep olduğu üçüncü kişinin zararını tazmin eden işveren, tazmin ettiği miktar için işçisine rücu edemez¹³⁷³.

Türk hukukunda, işçiyi işgörme borcundan dolayı işverene kusuru ile verdiği zarardan sorumlu tutan TBK m. 400 hükmü kusurun özel bir ağırlık derecesini gerektirmemektedir, hafif kusur dahi işçinin sorumluluğu için kural olarak yeterlidir¹³⁷⁴. Fakat öğretide her türlü özen gösterilse dahi hata yapma olasılığı yüksek olan işlerde işçinin hafif ihmalle verdiği zarardan sorumlu tutulmamasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir¹³⁷⁵.

II. AĞIR KUSURUN HUKUKİ DURUMU VE ÖZELLİKLE SORUMLULUĞU AĞIRLAŞTIRMA İŞLEVİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANLARI

A. AĞIR KUSURUN TAZMİNATIN BELİRLENMESİNDEKİ ROLÜ

1. Tazminat Borçlusunun Ağır Kusuru ile Tazminatın Belirlenmesi Arasındaki İlişki

a. Tazminatın Belirlenmesi

¹³⁷¹ ErfK/Preis, 22. Aufl. 2022, BGB § 619a Rn. 18; MüKoBGB/Henssler, BGB § 619a, kn. 38.

¹³⁷² TAHIROĞLU, s. 64.

¹³⁷³ GÖNÜL KOŞAR, s. 38.

¹³⁷⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 527.

¹³⁷⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 297.

Sorumluluk unsurları gerçekleştiği takdirde zarar veren, zarar görenin malvarlığı veya şahıs varlığında oluşan eksilmeyi gidermekle yükümlüdür. Bu giderme yükümlülüğü yerleşmiş ifadesiyle tazminat borcudur¹³⁷⁶. Tazminat borcunun belirlenmesi, zararın karşılanması için gerekli olan edimin yapısını ve kapsamını tespit etmektir¹³⁷⁷. Zararın belirlenmesiyle tazminatın belirlenmesi iki ayrı aşamadır; önce zararın belirlenmesi arkasından da tazminatın takdir edilmesi gerekir¹³⁷⁸. Çünkü Kıta Avrupası hukuk sisteminde egemen olan temel sorumluluk ilkelerinden birisi, zarar miktarının tazminatın üst sınırını oluşturmasıdır¹³⁷⁹. Tazminatın belirlenmesinde önce zarara ilişkin indirim nedenleri daha sonra tazminata ilişkin indirim nedenleri dikkate alınmalıdır¹³⁸⁰.

Zararın tamamen giderilmesini amaçlayan ve tazminatın belirlenmesinde önem arz eden diğer bir prensip, tam tazmin ilkesidir¹³⁸¹. Ancak, hâkim alacaklıya zararın tam miktarını tazminat olarak hükmetmek zorunda değildir. Tam tazmin ilkesinin¹³⁸² katı uygulanması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir¹³⁸³.

TBK m. 51/1 hükmünde hakimden, tazminatın belirlenmesinde durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önünde bulundurması istenmektedir¹³⁸⁴. Bunun gerekçesi, kusur ve kusursuzluk arasındaki ince çizginin sonuç olarak birbirinden apayrı tablolar ortaya çıkarabilmesidir. Açmak gerekirse, kusursuzluk halinde tazminat borcu

¹³⁷⁶ **NOMER**, Tazminat, s. 33. İsviçre ve Türk hukukunda tazminatla ilgili olarak verilen tanımlamalar için bkz. **TOPUZ**, s. 282 vd.

¹³⁷⁷ **TOPUZ**, s. 280.

¹³⁷⁸ **GAUCH**, pn. 287; **GÖKYAYLA**, s. 245; **TOPUZ**, s. 293; **BAYSAL**, s. 97; **TUNÇOMAĞ**, s. 282.

¹³⁷⁹ **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 2356; **NOMER**, Tazminat, s. 63; **BAYSAL**, HFH, pn. 5.1; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 218.

¹³⁸⁰ Yargıtay'ın ifadesiyle, indirim nedenleri genellikle biri gerçek zararın, diğeri de tazminatın belirlenmesi işlemine ilişki olmak üzere ikiye ayrılır. Kural olarak önce, gerçek zararı bulmak gerekli olduğu için zararlar ilgili indirim sebepleri, tazminatla ilgili indirim sebepleri ise sonra uygulanmalıdır. Buna göre hesaplanan zarardan önce sigorta ödemesi düşülüp daha sonra kusur indirimi yapılarak tazminat belirlenmelidir. Karar için bkz. **KILIÇOĞLU, M.**, s. 251.

¹³⁸¹ **GAUCH**, pn. 292; **NOMER**, Tazminat, s. 63; **GÖKYAYLA**, s. 245.

¹³⁸² Tam tazmin ilkesi zararın tümünün zarar veren tarafından karşılanacağı anlamına gelmez, zira zararın oluşmasına her zaman sadece zarar veren katkıda bulunmaz. Zarar gören veya başka bir dış etken de bu zararın oluşmasına etki edebilir. Zarara kimin ne kapsamda ve oranda katlanacağı anlaşıldıktan sonra zarar tam olarak tazmin edilecektir, bkz. **BAYSAL**, HFH, pn. 5.5.

¹³⁸³ **GAUCH**, pn. 287.

¹³⁸⁴ Önce Prusya Medeni Kanunu, daha sonra Avusturya Medeni Kanunu, Zürih Medeni Kanununun tesiriyle 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kusurun ağırlığına göre tazminatta bir derecelendirme yapılmasını kabul etmiştir. Bu prensip, iktibas yoluyla bizim hukukumuza da aktarılmış ve hukukumuzda TBK m. 51 ve 52 hükümleriyle korunmuştur. Krş. **NOMER**, Tazminat, s. 72.

doğmayacak iken kusursuzluktan ayırt edilmesinde güçlük bulunan hafif kusur halinde tam tazminat ilkesi gereği zararın tümünün giderilmesi gerekecektir. Bu ise adalete aykırı düşer¹³⁸⁵. Böylece tazminatın zarar verenin kusur derecesine göre kademelendirilmesi söz konusu olmaktadır¹³⁸⁶. Kusur ne kadar ağır, zarar verici olay ne kadar vahimse hükmedilecek tazminat, zarar miktarını aşmamak kaydıyla, o derece yüksek olacaktır¹³⁸⁷.

Bu durum, tazmin yükünün bir ceza olmayıp uğranılan zararın giderilmesi amacını gütmesi ve bu yüzden sadece zarara uğrayanın durumunun göz önünde bulundurulması esasıyla pek uyumlu değildir. Zarar verenin kusurunun hafifliği nedeniyle tazminat ödeme yükümlülüğündeki azalma, zararın bir kısmının mağdurun üstlenmesi anlamına geldiği için onun açısından adil olmayan bir sonuç olarak görülebilir¹³⁸⁸. Nitekim kusurun ağırlığının tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması gibi bir anlayış Alman hukukunda bulunmamaktadır¹³⁸⁹. Ancak tazminatın bir yönüyle de cezalandırma işlevinin bulunduğu beslenen bu anlayışın¹³⁹⁰ İsviçre ve Türk hukuklarını, Alman hukukuna göre daha esnek ve ideal kılan bir düzenleme olarak değerlendirildiği görülmektedir¹³⁹¹. Ek olarak sorumluluktan kurtulmayı sağlayan kusurun hiç bulunmaması ile uygun nedensellik bağının bulunmaması hallerinin, hafif kusurun

¹³⁸⁵ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2364; GÖKYAYLA, s. 247; GÖNÜL KOŞAR, s. 221.

¹³⁸⁶ TANDOĞAN, s. 315. Ancak bunun genel bir ilke olduğunu söylemek doğru olmaz, çünkü ilke, kusurun her derecesinde zararın tamamından sorumluluktur, krş. KILIÇOĞLU, M., s. 251-252.

¹³⁸⁷ ÜNAL, s. 435; NOMER, pn. 133.1. Yarg. 10. HD., E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012: “Hal ve mevkiin icabından amaç, somut olayın niteliğidir. Bunun başında haksız fiilin işleniş biçimi, yani fiilin ağırlığı; ardından ise kusurun ağırlığı gelmektedir. Kanun bunu hatanın ağırlığı şeklinde ifade etmiştir. Kanun kusurun ağırlığını tazminat miktarının belirlenmesinde ölçü olarak aldığına göre, zararın hesabından sonra, sorumlu kişinin kusuru ağır ise, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir.”, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 29.01.2024).

¹³⁸⁸ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1268.

¹³⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 283. Alman hukukunda “*Alles oder Nichts Prinzip*” ile ifade edilen tam tazminat ilkesi geçerlidir ve sorumlu kişinin kusurunun ağırlığı rol oynamaz, bkz. FELLMANN, Verschulden, s. 344; BAYSAL, s. 133. Bunun gerekçesi, tazminatın kapsamının, zarar veren kişinin kusuruna göre değişmesi veya hakimın tazminat miktarını belirlerken zarar verenin kusurunun derecesinden yola çıkmasının, tazminatın amacıyla bağdaşmamasındadır. Bilindiği üzere tazminat, zararı gidermeyi amaçlar. Zarar ise objektiftir, dolayısıyla zararın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun bir rolü yoktur. Tazminat, zarar verenin kusuruna göre belirlendiğinde tazminatın zararı giderme amacının tam olarak gerçekleşmemesi riski ortaya çıkmaktadır. Krş. SCHWARZ, s. 137-138; TOPUZ, s. 300.

¹³⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s. 283.

¹³⁹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 370; EREN, s. 788; TOPUZ, s. 283, dn. 57; BAYSAL, HFH, pn. 5.26. TBK m. 51 hükmünün mehzada karşılığı olan OR m. 43 hükmünün, İsviçre hukukunun dikkate değer bir özelliği olduğu ve büyük ölçüde Fransız hukukundan etkilendiği yönünde bkz. GAUCH, pn. 305.

bulunduğu durumlarla çok benzer olabilmesi ve aradaki farkı belirlemedeki güçlüğü de hafif kusurun tazminatta bir indirim nedeni olmasını gerektirdiği ifade edilmektedir¹³⁹².

Tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının nasıl dikkate alınacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bir görüş, TBK m. 51 uyarınca tazminatta indirimin ancak hafif kusur halinde haklı görülebileceğini, ağır kusurun böyle bir indirime yer bırakmayacağı yönündedir¹³⁹³. Ağır kusurla zarara sebep olanlar korunmaya layık değildir ve tam tazminatla mükellef tutulmalıdırlar¹³⁹⁴.

Bir görüşe göre tazminat, kusurun ağırlığıyla orantılı olarak belirlenmelidir. Kusur ne kadar ağırsa zarar o kadar tazmin edilecek, diğer deyişle matematiksel bir oranla hafif olduğu oranda tazminatta indirim yapılacaktır¹³⁹⁵. Borçlunun hafif ihmali, hakim tazminatı azaltması için en yaygın neden olup tazminattaki indirim, %10, %20 ve %30'luk indirimlerden %50'lik indirimlere kadar büyük farklılıklar gösterebilir¹³⁹⁶. Olayın özellikleri engel teşkil etmedikçe hakim kusurun hafifliği sebebiyle gerekli indirimi yapmak zorundadır¹³⁹⁷.

Diğer bir görüşe göre hakim kusurun ağırlığıyla orantılı olarak tazminatta indirim yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hakim diğer hal ve şartları da dikkate alarak takdir yetkisini serbestçe kullanacaktır¹³⁹⁸. En ağır kusurda en fazla, en hafif kusurda en az tazminat gibi bir ilke konulamaz. Kusurun her derecesinde durumun gereği tazminattan indirimi haklı kılabilir¹³⁹⁹. Örneğin zayıf illiyet bağı varsa ağır kusura

¹³⁹² **TANDOĞAN**, s. 317. Eğer tazminatı düşük tutma imkanı olmasaydı kusurun bulunup bulunmadığının şüpheli olduğu durumlarda hakimlerin tazminata hiç hükmetmeme eğiliminde olacakları, hafif kusura dayanarak tazminatta indirime gidebilme olanağının bunu önlediği belirtilmektedir, bkz. **GÖKYAYLA**, s. 247.

¹³⁹³ **GÖKYAYLA**, s. 248; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 232, dn. 67'de belirtilen yazarlar.

Kusuru ağır ve hafif olarak derecelendirip sadece hafif kusur halinde hakim indirime gidebileceği argümanını reddeden bir görüş, kusurun orta ağırlıkta da olabileceğini ve hakim orta kusur durumunda da indirim yapabileceğini savunmuştur, bkz. **NOMER**, Tazminat, s. 73. EBK döneminde kusurun ağırlığı konusunda derecelendirme yapılmamasına dayanan bu görüş, kanaatimizce TBK'nin esas aldığı ağır kusur-hafif kusur ayrımında orta kusurun bir ağır kusur teşkil etmemesi dolayısıyla hafif kusurun sınırları içinde kaldığının kabul edilmesi ve hafif kusura bağlanan sonuçlara tabi tutulmasıyla artık pratik yönden işlevsel farklı bir sonuca hizmet etmemektedir.

¹³⁹⁴ **SCHWARZ**, s. 147.

¹³⁹⁵ **NOMER**, Tazminat, s. 72; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 225.

¹³⁹⁶ **GAUCH**, pn. 295.

¹³⁹⁷ **NOMER**, Tazminat, s. 75.

¹³⁹⁸ **ŞENOCAK**, s. 225.

¹³⁹⁹ **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 2367; **GÖKYAYLA**, s. 248.

rağmen tazminattan indirim yapılabilir¹⁴⁰⁰. Somut olayın koşulları haklı gösteriyorsa hakim hafif kusurda dahi indirime gitmeyebilir¹⁴⁰¹. Hakimin takdir yetkisi, tam tazminat ilkesi ışığında yorumlanmalıdır¹⁴⁰².

Kusursuz sorumluluk hallerinde, zarar verenin kusuru sorumluluğun şartı olmadığı için kusurun hafif olması da tazminatin belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınmaz¹⁴⁰³. Bu tür bir sorumlulukta zarar verenin ek (munzam) kusuru varsa hakim, bunun zarar görenin birlikte kusuru gibi diğer indirim nedenlerini kısmen veya tamamen etkisiz kılıp kılmayacağını değerlendirmelidir¹⁴⁰⁴.

b. Tazminatin İndirilmesi Sebebi Olan Kusurun Hafifliğine İlave Olarak Başka Bir Kıstasın Gerekip Gerekmediği Sorunu

TBK m. 52/2 hükmünde tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması, diğer deyişle ağır kusurunun bulunmamasının tazminatin indirim gerekçesi olabilmesi, bazı şartlara bağlanmıştır. Buna göre tazminat yükümlüsü, indirime gidilmeden belirlenmiş olan tazminatı ödediği takdirde yoksulluğa düşecek olursa ve hakkaniyet de gerektirirse hakim tazminatı indirebilir.

TBK m. 51 ve m. 52'nin uygulamasında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre TBK m. 52, İsviçre'de sonradan kanunlaştığından bizde de TBK m. 51 ile uyumsuzluğa sahiptir. İki hüküm birlikte değerlendirilmeli ve birbirine uygun uygulanmalıdır. Buna göre hafif kusur dışında bir indirim sebebi söz konusu ise hakimin tazminattan indirim yapması için zarar verenin yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin gerektirmesi koşulları ayrıca aranmaz ve indirim TBK m. 51 gereği yapılır. Buna karşın sadece zarar verenin hafif kusuruna dayanarak indirim yapılabilmesi için TBK m. 52/2'nin koşulları gerçekleşmelidir¹⁴⁰⁵. Bu madde hükmünde yoksulluğa düşecek olmak ve hakkaniyetin gerektirmesi birbirine alternatif olarak değil birbirine bağlı olarak ağır kusurun bulunmadığı durumlarda tazminatta indirim sebebi

¹⁴⁰⁰ GAUCH, pn. 294; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2368; GÖKYAYLA, s. 248. Krş. NOMER, Tazminat, s. 74.

¹⁴⁰¹ GAUCH, pn. 294; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2371; GÖKYAYLA, s. 248; GÖNÜL KOŞAR, s. 229.

¹⁴⁰² BAYSAL, HFH, pn. 5.40; GÖNÜL KOŞAR, s. 231.

¹⁴⁰³ GAUCH, pn. 297.

¹⁴⁰⁴ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1272.

¹⁴⁰⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 372.

olarak düzenlenmiştir¹⁴⁰⁶. Dolayısıyla TBK m. 52 uyarınca indirim yapılabilmesi için hafif kusur, yoksulluğa düşecek olma ve hakkaniyet şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir¹⁴⁰⁷.

Madde metninde kullanılan zarara hafif kusuruyla sebep olma ifadesi, eş bir anlamda tazminat yükümlüsünün zarara ağır kusuruyla sebep olmamasıdır. Zarar miktarının azlığı, zarar verenin ekonomik durumunun iyi olması gibi somut olayın koşulları tazminatın belirlenmesinde indirimi haklı göstermiyorsa zarar verenin ağır kusurunun bulunmadığından hareketle tazminatta indirimle gidilmemelidir¹⁴⁰⁸, indirim istisna olarak görülmelidir¹⁴⁰⁹.

Bizim de benimsediğimiz bir görüşe göre TBK m. 52/2 hükmü, hafif kusur halinde tazminat indirilmesini yoksulluğa düşecek olmak ve hakkaniyetin gerektirmesi ek unsurlarına bağlamamaktadır. Bu hüküm, borçlunun tazminatı ödediği takdirde yoksulluğa düşecek olmasının tazminat indirilmesi için bir sebep olup olmadığına sorusuna cevap vermektedir. Şöyle ki tazminat alacaklısının ve borçlusunun ekonomik durumları kural olarak tazminat belirlenmesinde dikkate alınmaz. TBK m. 52/2 bu durumu hem teyit etmekte hem de bir noktada istisna getirmektedir. Eğer zarar verenin ekonomik durumu kırılgan olup da sorumlu tutulduğu tazminat borcunu ifası halinde zor bir duruma düşecek ise ancak hafif kusuruyla bu zarara sebep olmuş olması halinde -hakkaniyet şartı da sağlanmak kaydıyla- tazminat indirilebilir¹⁴¹⁰. Diğer şartlar sağlanmakla birlikte zarar verenin ağır kusurunun olması halinde genel prensip yürür, yani tarafların ekonomik vaziyeti tazminatta indirimle gidilmesi için yeterli olmaz. Öz olarak ifade etmek gerekirse TBK m. 51 uyarınca kusurun hafifliği, kendi başına tazminatta bir indirim sebebi iken, TBK m. 52/2 uyarınca kusurun hafifliği, maddede belirtilen diğer olguların bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi için tamamlayıcı bir unsur işlevi görmektedir. Bu görüşe uygun olarak zarar verenin hafif kusuru halinde

¹⁴⁰⁶ ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2379 vd.; NOMER, pn. 133.12; GÖKYAYLA, s. 270 vd.

¹⁴⁰⁷ KILIÇOĞLU, A., s. 539. Krş. FEYZİOĞLU, s. 152; NOMER, Tazminat, s. 153; TEKİNAY, s. 214. Krş. DESCHENAUX/TERCIER, s. 208.

¹⁴⁰⁸ TEKİNAY, s. 214; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2394.

¹⁴⁰⁹ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1270.

¹⁴¹⁰ GAUCH, pn. 304.

hakimin TBK m. 51/1 uyarınca indirim yapmış olsa dahi koşulları mevcutsa TBK m. 52/2 uyarınca ilave olarak ikinci defa indirim yapabileceği kabul edilmektedir¹⁴¹¹.

Sözleşmesel sorumluluk özelinde düşünüldüğünde, özellikle iş veren ve işçi arasındaki ilişkilerde olduğu gibi ekonomik bakımdan dezavantajlı olan tarafın ağır kusuru bulunmaksızın verdiği zararlarda bundan daha ziyade ekonomik bakımdan güçlü olan sözleşmenin diğer tarafının etkilendiği görülmekte ve TBK'nin bu hükmü, bu kimselere karşı dezavantajlı tarafın çok güç bir durumda kalmamalarını temin etmek için hakkaniyet düşüncesiyle tazminat sorumluluklarını indirmeye izin vermiş olmaktadır¹⁴¹².

2. Tazminatın Belirlenmesinde Borçlunun Ağır Kusuru ile Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru Arasındaki İlişki

a. Zarar Görenin Kusuru Kavramı ve Zararı Azaltma Külfetinden Ayırt Edilmesi

Zarar görenin makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın doğmasında veya artmasına etkili olmasına zarar görenin kusuru denilmektedir¹⁴¹³. Zarar görenin kusurunu ifade etmek üzere müterafik kusur, ortak kusur, birlikte kusur gibi terimler de kullanılmaktadır¹⁴¹⁴. Durum ve şartlara göre alacaklıdan zararın önüne geçilebilecek veya zararın büyümesine mâni olacak ya da zararın azaltılmasını mümkün

¹⁴¹¹ BAYSAL, HFH, pn. 5.41. Krş. NOMER, Tazminat, s. 152; GÖKYAYLA, s. 270.

¹⁴¹² TUNÇOMAĞ, s. 290.

¹⁴¹³ OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 376; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 594; EREN, s. 791; TOPUZ, s. 301; KURT, L. Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, *AÜHFD*, Y. 2015, C. 64, S. 3, ss. 775-814, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42388/510521>, (Erişim T. 26.01.2024), s. 779 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 90; CANBOLAT, Ferhat/GÖNÜL KOŞAR, Günhan, “Sigorta Şirketinin Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluğunda Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru Ve Dikkate Alınması”, *HHFD*, Y. 2022, C. 12, Özel Sayı, ss. 165-199, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehfd/article/1114338>, (Erişim T. 22.02.2024), s. 173-174. Kavramın tarihi gelişimi için bkz. BAYSAL, s. 2 vd.

Zarar görenin kusurunu “bir kimsenin, ister kusur sorumluluğuna isterse kusursuz sorumluluğa dayansın, diğer bir kimseye verdiği zararın, zarar gören kimsenin yardımıyla meydana gelmesi ya da artması” şeklinde tanımlayan görüş için bkz. OĞUZ, H., s. 283.

¹⁴¹⁴ NOMER, pn. 133.1; BAYSAL, s. 31; TUNÇOMAĞ, s. 287; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1273; BAŞALP, s. 62. Alman hukukunda, bizdeki “birlikte kusur” terimine karşılık olan “mitverschulden” terimi kullanılmakta olup yasal olarak da BGB § 254 hükmünde düzenlenmektedir.

kılacak bir tedbir ve hareket bekleniyorsa, bunun yapılmaması da aynı şekilde ortak kusur sayılmalıdır¹⁴¹⁵.

Zarar görenin kusuru ve zararı azaltma külfeti arasındaki temel fark zaman yönündendir. Zarar görenin davranışları, borçlunun hukuka veya sözleşmeye aykırı davranışından önce veya en geç onunla aynı anda gerçekleşiyor ve zararın ortaya çıkmasında etki gösteriyorsa zarar görenin kusuru söz konusu olur. Buna karşılık sorumluluk gerektiren zarar verici davranış gerçekleştikten sonra mağdurun, dürüstlük kuralı gereği zararın mümkün olduğunca düşük seviyede kalmasını sağlayacak tedbirleri alması konusundaki ödevi, zararı azaltma külfetidir¹⁴¹⁶. Bedensel zararlarda tedaviye yönelik tedbirler, çalışma gücünün kaybı halinde kalan çalışma gücünden en verimli şekilde yararlanılabilmesi için alınacak tedbirler, eşya zararından ötürü üretim sürecinin aksaması halinde ikame mal ile bu sürecin devamına yönelik tedbirler zararı azaltma külfetinin kapsamındadır¹⁴¹⁷.

İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi kararına yansımış iki vakıaya burada değinmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. İlk vakada¹⁴¹⁸, bir çocuk doktorundan çocuğu için hizmet alınmış ve takip edilen tedavi sürecinde ishal ve kusma şikayetlerinin olması sebebiyle doktora ulaşılmaya çalışılmıştır. Doktorun asistanı ise tedavi programına uyulmasını, en erken bir hafta sonrasına kadar doktorun meşgul edilmemesini bildirmiştir. Ancak çocuğun fenalaşması ve bilincinin kapanmasına rağmen ebeveynler, çocuğu acil servise götürmek yerine sabahın erken saatlerinde doktorunun muayenehanesine götürmüş ve burada kırk beş dakika bekleme zorunda kalmışlardır. Müdahale ile çocuk kurtarılmış olsa da dehidrasyon beyinde kalıcı hasara sebep olduğundan çocuk sürekli bakıma muhtaç kalmıştır. Açılan tazminat davasında alt derece yargılamasında zarar görenin kusurunun uygun nedensellik bağıını kestiğinden hareketle talepler reddedilmiştir. Federal mahkeme ise ebeveynlerin bu davranışlarından dolayı kusurlu olduklarında şüphe olmasa da uygun nedensellik bağıının bulunmadığı kabulünün yerinde olmadığı

¹⁴¹⁵ İZVEREN, s. 1188-1189.

¹⁴¹⁶ KURT, s. 779 vd.; ALTINOK ORMANCI, s. 55.

¹⁴¹⁷ Zararı azaltma külfeti, yalnızca makul önlemlerin alınmasıyla sınırlıdır. İstenmeyen çocuğun bakım masrafları için doktordan talep edilen tazminat bakımından, ebeveynlerin çocuklarını evlatlık vermeleri veya henüz doğmamış çocuğu aldirmaları zararı azaltma külfeti içinde görülemez. Bu nedenle sorumlu tutulan doktor, bu gibi argümanlarla kendi lehine bir avantaj sağlayamaz. Bkz. FELLMANN, Schadenersatz, s. 332.

¹⁴¹⁸ BGE, 116 II 519, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 26.01.2024).

gerekçesiyle kararı bozmuştur. Diğer vakıada¹⁴¹⁹ trafik kazası sonrasında tedavi olduğu hastaneden, müşahedede kalması tavsiyesine rağmen, birkaç saat sonra ayrılan sigortalı, birkaç gün sonra göğüs bölgesindeki ağrı şikâyetiyle ölmüştür. Sigortalının eşinin, sigorta sözleşmesinin kapsamında olan sigortalının ölümü halinde ödenecek olan meblağı talep ettiği davada, sigortalının zararı azaltma külfetini ağır surette ihlal ettiğinden hareketle ödenecek tutarda yarı yarıya indirimine gidilmiştir. Sigortalının, kazanın meydana gelmesinden sadece birkaç saat sonra, tıbbi tavsiyeye uymadan hastane gözetimi ve bakımından kaçınması, zararı azaltma külfetine aykırılığın yanı sıra, sigorta genel şartlarında tıbbi tedavi görme yükümlülüğü yer aldığından sözleşmeyle kararlaştırılan yükümlülüğün de açık ihlali niteliğinde görülmüştür.

İfa yardımcısının fiillerinden dolayı asıl borçlunun sorumluluğuna ilişkin bir vakıada ise Yargıtay kanaatimizce yerinde olmayan bir karar vermiştir¹⁴²⁰. Söz konusu dava banka çalışanının, banka müşterisinin hesabından zimmetine para geçirmesiyle ilgilidir ve ilk derece mahkemesi, dosyada bulunan dekonttaki imzaların davacıya ait olduğunu göz önünde tutarak davacının boş dekontlara imza attığını ve bu durumun davacının müterafik kusurunu oluşturacağını varsayarak davalı ve davacı arasında yüzdelik bir orana göre kusur paylaşımı yapmıştır. Yargıtay ise “(...) 818 sayılı BK’nun 100. maddesi gereğince davalı banka, çalışanının kusurundan ötürü tamamen sorumlu olup, davacı söz konusu boş dekontları 3. bir şahsa değil de davalı çalışanına verdiğine göre, somut uyumsuzlukta davalı bankanın BK’nun 100. maddesindeki sorumluluk koşulu gerçekleşmiştir. Bu durumda mahkemece davacıya kusur izafesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Kanaatimizce müterafik kusurun ifa yardımcıının fiillerinden ileri gelen zararlarda dikkate alınmasını engelleyecek yasal veya teorik bir engel yoktur. Zarara uğrayanın risk alanında bulunan bir olgunun salt ifa yardımcısı kullanıyor diye borçluya yüklenmesi eBK m. 100, TBK m. 116 hükümleriyle gerekçelendirilemez.

Öğretiye baktığımızda, bir kimsenin başkasına götürülmek üzere kendisine verilen mektubu kaybetmesi, ancak zarfın içinde para bulunduğu bilgisinin kendisine söylenmemesi; yüzme dersi alacak çocuğun ara sıra kalp krampları geçirdiğinin

¹⁴¹⁹ BGE, 128 III 34, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 26.01.2024).

¹⁴²⁰ Yarg. 11.HD, E. 2012/15529, K. 2013/13100, T. 24.06.2013, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 21.01.2024).

eğitmenine söylenmemesi; temizlemeye verilen elbisenin düğmelerinin hakiki inci olduğunun bildirilmemesine bağlı olarak temizlemede zarar görmesi gibi örnekler karşımıza çıkmaktadır¹⁴²¹.

TBK m. 52/1 hükmünde zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması, tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması sebebi olarak belirtilmiş ise de zarar görenin kusuru gibi bir ibareye yer verilmemiştir. Zarar görenin kusuru ifadesi hukuk diline yerleşmiş olmakla birlikte bunun teknik anlamda bir kusur olup olmadığı tartışma konusudur¹⁴²². Teknik anlamda kusurun ancak hukuka aykırı bir davranış hakkında araştırılabileceğini savunan görüş, zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin etkili olmasının hukuka aykırılık teşkil etmediğini dolayısıyla zarar görenin kusuru olarak ifade edilen kavramın teknik anlamda bir kusur olmadığını savunmaktadır¹⁴²³. Zira kimseyi, kendisini bir zarardan korumaya mecbur kılan bir hukuk kuralı yoktur¹⁴²⁴. Bir kimsenin kendisine zarar vermesi hukuka aykırı görülmezince zarar görenin kusurundan da bahsetmemek gerekir¹⁴²⁵. Bu çerçevede zarar görenin kusuru ifadesi teknik değil mecazi anlamda kullanılmaktadır.

Zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olmadığını kabul etmekle birlikte bunun gerekçesini hukuka aykırılık üzerinden değil bir başkasına zarar verme olgusundan kuran bir görüşe göre¹⁴²⁶, kimsenin kendisini zarara uğramaktan koruma ödevinin olmadığı genel bir şekilde söylenemez. Mahkeme içtihatlarıyla zarar görene önleyici tedbirler alma ödevi yüklenebilir. Hukuk düzeninin burada uygun bulmadığı konu, kendi aleyhine zarar verici hareket tarzına rağmen tam tazminat istemidir. Zarar gören, zararın oluşmasında oynadığı role göre zararı kısmen veya tamamen kendi üzerine almalıdır. Kendi kusuruyla sebep olduğu zararın tam tazminini istemek dürüstlük kuralına aykırı olurdu.

¹⁴²¹ TOPUZ, s. 303 ve dn. 113; TUNÇOMAĞ, s. 288; RADO, s. 34.

¹⁴²² BAŞALP, s. 62, dn. 227. Dahası öğretide bu hukuki kurumun kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulama bulabilecek olmasından ötürü kusur ifadesine hiç yer vermeyerek “zarara birlikte yol açma” ifadesinin tercih edilmesi de önerilmektedir. Bkz. BAŞALP, s. 63.

¹⁴²³ LÜCHINGER, pn. 1044; EREN, s. 606; ŞENOC AK, s. 228; OĞUZ, H., s. 283; GÖKYAYLA, s. 253; CANBOLAT/GÖNÜL KOŞAR, s. 175, dn. 16; TUNÇOMAĞ, s. 287.

¹⁴²⁴ GÜNAL, s. 208; OĞUZ, H., s. 283.

¹⁴²⁵ NOMER, Tazminat, s. 86.

¹⁴²⁶ TANDOĞAN, s. 318-319 ve dn. 11; TUNÇOMAĞ, s. 288; GÖKYAYLA, s. 252-253; TOPUZ, s. 310.

Kusurun hukuka aykırılıktan bağımsız olarak değerlendirilebileceğini savunan görüş ise kişinin hukuk düzeninin kendisinden beklediği özeni göstermediği takdirde kusurlu sayılabileceğini; bu çerçevede zarar görenin, hukuk düzeninin makul bir kişiden beklediği davranış tarzından sapmasının kusurlu bir davranış olarak nitelendirilebileceğini belirtmektedir¹⁴²⁷.

Zarar görenin kusurunu teknik anlamda kusur saymayanlara göre teknik anlamda kusura ilişkin esaslar kıyasen; kabul eden görüşe göre ise doğrudan uygulanacaktır. Bu bakımdan bu tartışmanın pratik bir öneminin olmadığı belirtilebilir¹⁴²⁸.

b. Borçlunun Ağır Kusuru ile Zarar Görenin Kusuru Arasındaki İlişki

Zarar görenin kusurunun uygun nedensellik bağına kesecek yoğunlukta olmadığı durumlarda zarar görenin kusuru, tazminat hesabında azaltıcı bir işlev görür¹⁴²⁹. Esasen zarar görenin kusurunun azaltıcı işlev gördüğü bu durumda, zarardan sorumlu tutulan kişinin kusurunun ağır olmasının bu işleve son veren bir unsur olup olmadığı çalışmamızın bu başlığının konusudur.

Öğretide somut olayın şartlarına göre zarar verenin ağır kusurunun, zarar görenin kusuruna dayanan tazminatta indirim sebebini engelleyebileceği belirtilmektedir¹⁴³⁰. Diğer deyişle zarardan sorumlunun ağır kusuru, zarar görenin hafif kusurunu nötralize eder ve tazminatın tamamına hükmedilir¹⁴³¹. Özellikle zarar verenin kastının bulunduğu durumlarda dürüstlük kuralı, tam tazminatı haklı göstermektedir. Roma-Pandekt hukukundan bu yana “zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali göz önünde tutulmaz” düşüncesi yerleşmiş bir ilkedir¹⁴³². Örneğin hırsızın girdiği evin kapısının

¹⁴²⁷ KURT, s. 798; ALTINOK ORMANCI, s. 91; BAYSAL, s. 33-34.

¹⁴²⁸ KURT, s. 798, dn. 96.

¹⁴²⁹ TOPUZ, s. 302; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1274; DEMİRSATAN, Vakıf, s. 117.

Müşterek hukukta zarara sebebiyet verenin ihmali, zarar görenin ihmali ile takas edilir, böylece zarar görenin kusuru tazminat borcunu sona erdirebilirdi. BGB ise zarar görenin kusuru halinde tazminatın belirlenmesinde hakime geniş bir takdir yetkisi vermiş ve bu esas İsviçre-Türk hukuk sistemlerine de aktarılmıştır, bkz. GÜNAL, s. 210.

¹⁴³⁰ SCHWARZ, s. 145; KAHVECİ, Nuri, Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Sonuçları”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, Y. 2002, C. 2, S. 2, ss. 131-142, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/52658>, (Erişim T. 29.01.2024), s. 136; NOMER, Tazminat, s. 74.

¹⁴³¹ TANDOĞAN, s. 318; TUNÇOMAĞ, s. 283; GÖKYAYLA, s. 261; GÖNÜL KOŞAR, s. 247-248.

¹⁴³² RADO, s. 34; HELVACI/KARASU, s. 207. Krş. TOPUZ, s. 307-308; BAYSAL, s. 138-139; TUNÇOMAĞ, s. 289.

kilitlenmemiş olmasında hırsızın kasta dayanan ağır kusuru bulunduğu ondan, ev sahibinin bu özensizliğinden yararlanması imkanı tanınmamalıdır¹⁴³³. Borçlunun kasten sözleşmeyi ihlâl etmesi neticesinde meydana gelen zararlarda, alacaklının uğradığı bu zararı önlemek için ağır olmayan bir özensizlik göstermiş olmasının tazminatı hesabında azaltıcı etki göstermemesi gerektiği de belirtilmektedir¹⁴³⁴. Örneğin işçinin kendisine bırakılan iş araç-gereçlerinde güveni kötüye kullanması karşısında işverenin işçiyi denetlemede ihmali bulunduğu savunma olarak ileri sürülemez¹⁴³⁵. Yine zimmetine para geçiren işçi, yeterli güvenlik önleminin alınmamış olduğunu ileri sürmez¹⁴³⁶. İki tarafın da kusuru ağır ise, öğretide özellikle iki tarafın da kasten hareket ettiği durumlarda tazminatta yine indirim yapılması gerektiği ancak tazminatın tamamen kaldırılmaması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴³⁷.

Borçlunun ağır kusuruyla ilişkilendirilebilecek benzer bir durum zararı azaltma külfetidir. Bir görüşe göre zararı azaltma külfetinin ihlali, zarar verenin kusurunun ağırlığından bağımsız olarak her zaman dikkate alınmalıdır¹⁴³⁸. Buna göre ağır kusurun varlığı, zararı azaltma külfetini ortadan kaldırmaz ve bu külfete uyulmaması tazminatta indirim sebebi olmaya devam eder. Ancak bu durumda hakkaniyet ilkesi, zararı azaltma tedbirleri belirlenirken zarar görene daha yumuşak yaklaşılmasını gerektirir. Diğer bir görüş, zarar verenin kasıtlı olarak hareket etmiş olması halinde artık zarar görene, zararı azaltma külfetinin yüklenemeyeceğini savunmaktadır¹⁴³⁹. Aksi halde dürüstlük kuralı ile uyumsuz bir durum ortaya çıkardı¹⁴⁴⁰.

B. AĞIR KUSURUN AYIP SORUMLULUĞUNU AĞIRLAŞTIRICI ROLÜ (SATIŞ VE ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SORUMLULUĞUNDA İHBAR KÜLFETİ VE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN HÜKÜMLER)

¹⁴³³ SCHWARZ, s. 145; TANDOĞAN, s. 323; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2502; NOMER, pn. 133.2.

¹⁴³⁴ İZVEREN, s. 1188-1189.

¹⁴³⁵ GÜNAL, s. 210.

¹⁴³⁶ NOMER, Tazminat, s. 74, dn. 63.

¹⁴³⁷ TANDOĞAN, s. 323; ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2502; KAHVECİ, s. 137.

¹⁴³⁸ Görüşler için bkz. KURT, s. 781, dn. 26. Krş. BGE 61 II 236, <https://www.fallrecht.ch/c2061228.pdf>, (Erişim T. 10.09.2024).

¹⁴³⁹ LÜCHINGER, pn. 1061.

¹⁴⁴⁰ LÜCHINGER, pn. 1061; ALTINOK ORMANCI, s. 58-59.

1. Ayıbu İhbar (Bildirim) Külfetine İlişkin Olarak

a. Satış Sözleşmesinde

aa. Satıcılığı Meslek Edinmeyenler Bakımından

Alıcının, satıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmesi için kanunun kendisine yüklediği satılanı gözden geçirme ve tespit edilen ayıpları bildirme külfetlerini¹⁴⁴¹ yerine getirmiş olması gerekir. Alıcı bu külfetleri yerine getirmediği takdirde kural olarak ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanamaz. İşlerin olağan akışına göre imkan bulunur bulunmaz gerçekleştirilmesi gereken gözden geçirme külfetine ilişkin süre, sadece uygun süre içerisinde yapılması gereken ayıp bildiriminde gecikmenin bulunup bulunmadığının tespitine hizmet eder. Gözden geçirme olmaksızın başka yollardan öğrenilen ayıbın zamanında bildirilmesi de ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için yeterlidir¹⁴⁴². Ayıp bildiriminin hiç yapılmaması ile zamanında yapılamaması gibi kanun ya da sözleşmede öngörülen şartlara uygun olarak yapılmaması aynı hukuki sonucu doğurur¹⁴⁴³. Yani TBK m. 223/2 hükmüne göre alıcı, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse satılanı o haliyle kabul¹⁴⁴⁴ etmiş sayılacaktır¹⁴⁴⁵. Bu durum bir varsayım (faraziye) teşkil etmekte olup satılanın sanki ayıpsızmış gibi olduğu kabulünün aksi ispat edilemez¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴¹ Gözden geçirme ve bildirme alıcı bakımından gerçek anlamda bir borç ya da yüküm değil, birer külfettir. Çünkü alıcının bunları yapması, bir hukuki vazifeyi ifa etmek için olmayıp kendi menfaati gereğidir. Yerine getirilmemesi halinde alıcının kendine tanınan hakları kaybetmesi, satıcıyı ayıptan sorumlu tutamaması söz konusu olur; yoksa tazminat borcu doğmaz. Bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ**, C. I/1, s. 176; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 123. Borç, yüküm ve külfet kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. **YÜCER AKTÜRK, İpek**, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 63 vd.

¹⁴⁴² **YÜCER AKTÜRK**, s. 251.

¹⁴⁴³ **YÜCER AKTÜRK**, s. 248.

¹⁴⁴⁴ Kabul, malın sözleşmeye uygun olduğuna, dolayısıyla ayıbın bulunmadığına yönelik açık veya örtülü bir irade açıklamasıdır, bkz. **YÜCER AKTÜRK**, s. 124.

¹⁴⁴⁵ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 81; **YAVUZ, Nihat**, Satış Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (Kıs. YAVUZ, N.), s. 192; **ÖZ**, s. 857; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 94.

¹⁴⁴⁶ **YÜCER AKTÜRK**, s. 250; **MAKARACI BAŞAK, Aşlı**, “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükümünün Değerlendirilmesi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 1915-1930, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359197>, (Erişim T. 20.02.2024), s. 1922; **ŞAHİNİZ**, s. 84-85; **GÜNDÜZ**, Satış, s. 1007.

Ayıp bildirimi ve bu bildirimin süre ile sınırlanması karşılıklı ilişkide sadece satıcının menfaatine hizmet etmektedir¹⁴⁴⁷. Bu noktada kanun, alıcının ayıbı bildirim¹⁴⁴⁸ külfetini yerine getirmemesi sebebiyle satıcının sorumluluğu bakımından hafiflettiği hukuki durumu yeniden ağırlaştırdığı bir düzenleme içermektedir. TBK m. 225/1 hükmüne göre, satıcının ayıplı ifade ağır kusuru varsa satıcı, ayıbın alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamaz. Dolayısıyla uygun bir bildirim yapılmadığı için malın mevcut haliyle kabul edilmiş sayılmasına ilişkin varsayım ortadan kalkar ve alıcı ayıptan doğan haklarını korur¹⁴⁴⁹. TBK m. 225'in selefi olan eBK m. 200 hükmünde satıcının, ayıbın vaktinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaması ağır kusurunun varlığına değil, alıcıyı iğfal etmiş olmasına bağlanmıştı. Alıcının iğfal edilmiş olması, satıcının hilesi yani alıcıyı aldatması anlamına gelmektedir¹⁴⁵⁰ ki bu davranış ancak kasten gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla satıcının ayıbı alıcıdan kasten gizlemediği durumlarda ve özellikle ağır ihmali sebebiyle teslim sırasında varlığını kendisinin de bilmediği ayıplar yüzünden alıcıyı iğfal etmiş sayılamazdı. Oysa TBK m. 225/1 hükmü, satıcının alıcıdan kasten gizleyerek onu aldattığı ayıplar ile satılandaki ayıbı teslim zamanında bilmese bile ağır ihmali yüzünden farkına varmadığı bu ayıpları aynı sonuca bağlamış olmaktadır. Çünkü bu iki durumda da satıcı ağır kusurludur ve kanun koyucu bu durumu korumaya değer görmemektedir.

Satıcının ağır kusuruna bağlanan sonuç, alıcının bildirim külfetini yerine getirmemesinin alıcı bakımından yaratacağı olumsuz durumu ortadan kaldırması ve satıcının durumunu ağırlaştırmasıdır. Buna göre alıcı, satılanın ayıplarını zamanında ihbar etmemiş olsa bile satıcıya karşı TBK m. 227'de düzenlenen hakları zamanaşımı süresi doluncaya kadar kullanabilir¹⁴⁵¹. Alıcı genel hükümlere göre tazminat talep edecek olursa, satıcının ağır kusurunun onun hukuki durumunu iki koldan ağırlaştırdığı bir tablo ortaya çıkar. Öncelikle satıcının ağır kusuru, zamanında ayıp ihbarında

¹⁴⁴⁷ YÜCER AKTÜRK, s. 172.

¹⁴⁴⁸ Ayıp bildirimi, ayıp olarak değerlendirilen olguların ortaya konulması amacıyla yapılan ve ayıplı ifa girişimini kabul etmeyen beyandır, bkz. YÜCER AKTÜRK, s. 171.

¹⁴⁴⁹ YÜCER AKTÜRK, s. 231.

¹⁴⁵⁰ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 181-182; ATAMER, s. 203.

¹⁴⁵¹ ÖZ, s. 858. Ancak ağır kusur sebebiyle ayıptan doğan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresinin uzayacağı -taşınmaz satımında yirmi yıl, açık hüküm bulunmayana taşınır satışında ise kanaatimizce on yıl- hatırdta tutulmalıdır.

bulunmayan alıcının seçimlik hakları kullanmasının önündeki engeli kaldırır. Diğer taraftan alıcının tazminat talep etmesi halinde tazminatın üst sınıra yakın olarak hesaplanmasına, diğer deyişle indirimle gidilmesinde çekimser davranılmasına sebep olacaktır.

Öğretide menfaatler dengesi gözetilerek, TBK m. 225/1 hükmüne dayanan alıcının, satıcının ağır kusurlu olduğunu ispat yükünü taşıyacağı belirtilmektedir. Buna göre TBK m. 112 hükmündeki kusur karinesi, satıcının ayıbı kasten gizlediği veya ayıbı bilmemesinde ağır ihmali olduğuna da karine teşkil etmez. Haklarını kullanması için ayıp bildirim külfetinden kurtarılan alıcının, bu muafiyetinin şartlarının gerçekleştiğini, yani satıcının ağır kusurunun bulunduğunu, ispat etmesi gerekir¹⁴⁵².

bb. Satıcılığı Meslek Edinmiş Olanlar Bakımından

Satıcılığı meslek haline getirmiş kişiler açısından sorumluluğun iyiden iyiye ağırlaştırıldığı görülmektedir¹⁴⁵³. TBK m. 225'in ikinci fıkrasında satıcılığı meslek edinenlerin bilmesi gereken ayıplar bakımından da birinci fıkranın geçerli olduğu ifade edilmektedir. TBK m. 225/2 düzenlemesi satış işlemlerini meslek olarak icra edenlerin satılana ilişkin bilmeleri gereken ayıpların farkında olmamalarını onların ağır kusuru olarak nitelendirmektedir¹⁴⁵⁴.

Öncelikle belirtilmelidir ki TBK m. 225/2 hükmü, eBK'de karşılığı olmayan yeni bir hükümdür. TBK m. 225/2 hükmünün arka planı, Fransız hukukunda satılanın ayıplarını bilen satıcının sorumluluğunun, satılanın ayıplarını bilmeyen satıcının sorumluluğun göre daha ağır olmasına ilişkin düzenlemelerinin yorumuna dayanmaktadır. Fransız öğreti ve uygulaması, meslekten satıcıları, satılanın ayıplarını bilen satıcı kapsamında görmektedir. Böylece meslekten satıcıların ve imalatçıların, satılana ilişkin kendi meslek ve imalatları ile ilgili ayıpları bilmediğini iddia etmeleri mümkün olmamaktadır. Meslekten satıcının satılana ilişkin ayıpları bildiğinin varsayılması söz konusu olmakta ve bu konudaki bilgisizliği ağır kusur olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁵⁵. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği yıllarda, kanun yapma çalışmaları sırasında bu

¹⁴⁵² ÖZ, s. 858.

¹⁴⁵³ SEROZAN, B. Özel, kn. 732; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 121.

¹⁴⁵⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 81; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 121; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 95.

¹⁴⁵⁵ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 102; MAKARACI BAŞAK, s. 1923.

konunun öngörülmediği ve konu hakkında hüküm getirme ihtiyacının hissedilmediği, ancak hem ulusal hem de uluslararası alanda kazanılan tecrübelerin bu yönde bir hüküm sevk etme ihtiyacı doğurduğundan bahisle YAVUZ tarafından bu mesele Türk hukukunda gündeme getirilmiştir¹⁴⁵⁶. Yavuz yaptığı incelemede, önce sorumsuzluk anlaşmaları bakımından eBK m. 196'nın, eBK m. 99 hükmüne gerçek bir istisna olmadığını dolayısıyla sadece hile durumunda değil diğer ağır kusur hallerinde de satıcının sorumluluğunu kaldıran anlaşmaların geçersiz olacağını tespit etmiştir. Bu aşamadan sonra ise Fransız hukukundaki yorum ve uygulamaya paralel olarak Türk hukukunda da meslekten satıcının satılanın ayıplarını bilmemesinin ağır kusur teşkil edeceği dolayısıyla da meslekten satıcının ayıplardan sorumsuzluk kayıtlarının geçersiz sayılması gerektiği sonucuna varmıştır.

Satıcının ağır kusurunun sonuçları kenar başlığını taşıyan TBK m. 225 hükmünün ikinci fıkrasında satıcılığı meslek edinenlerin bilmesi gereken ayıplar bakımından Yavuz'un tespitlerine uygun olacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde, bu hükme göre satıcılığı meslek edinmiş bir kişinin, bilmesi gereken ayıpların alıcı tarafından kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir. Yine madde gerekçesine göre “bilmesi gereken” şeklindeki ibare, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmali kapsamaktadır.

TBK m. 225/2'nin unsurları, satıcının meslekten satıcı olması ve ortaya çıkan ayıbın da meslekten satıcının bilmesi gereken bir ayıp olması şekline iki tanedir¹⁴⁵⁷. Buna göre ticari ve mesleki faaliyeti çerçevesinde başkalarına mal satanlar, sattıkları maldaki mesleki olarak bilmeleri gereken ayıptan dolayı alıcının ayıbı ihbar külfeti bulunmaksızın sorumlu olacaklardır¹⁴⁵⁸. Satıcılığı meslek edinmiş kişinin, “ticari veya mesleki amaçlarla mal sunan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanabileceği belirtilmektedir¹⁴⁵⁹. Satıcılığı meslek edinen kişiler genellikle tacirlerdir. Ancak TBK nezdinde satıcılığı meslek edinen kişi sayılmak için, TTK hükümlerine göre tacir olma zorunluluğu yoktur. Esnaf faaliyeti sınırlarında hukuki ilişkilere giren kişiler de

¹⁴⁵⁶ YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu, s. 100-102.

¹⁴⁵⁷ YAVUZ, M. Satıcı, s. 112; MAKARACI BAŞAK, s. 1922.

¹⁴⁵⁸ ÖZ, s. 858; GÜNDÜZ, Satış, s. 1008.

¹⁴⁵⁹ MAKARACI BAŞAK, s. 1924.

satıcılığı meslek edinen kişi olarak nitelendirilebilirler¹⁴⁶⁰. Bu bağlamda hükmün uygulama alanının çok geniş olacağı tahmin edilebilir. Özellikle taşınır satışı sözleşmelerinin büyük çoğunluğu satıcının mesleği çerçevesinde yaptığı sözleşmelerdir. Taşınmaz satışları bakımından da git gide gelişen toplu konut ve işyeri projelerinden yapılan satışlar bu maddenin kapsamında olacaktır. Bu tür satışlarda artık satıcı ayıplı mal teslim etmekte hafif kusurlu olsa, diğer deyişle ayıbın varlığını hafif kusuru nedeniyle tespit edememiş olsa bile alıcı, ayıp bildirimini külfetinde olmadan zamanaşımı süresi boyunca satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir¹⁴⁶¹.

Satıcının bilmesi gereken ayıp unsurunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda yine madde gerekçesi yol göstericidir. Gerekçede, bilmesi gereken şeklindeki ibarenin satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmalini kapsadığı belirtilmektedir. Öğretide kanaatimizce haklı olarak belirtildiği gibi satıcının bildiği ayıplar söz konusu ise, onun meslekten satıcı olup olmamasından bağımsız olarak TBK m. 225 birinci fıkra hükmüne göre ağır kusur durumu özellikle kast gerçekleşmekte ve birinci fıkra kapsamında satıcı zaten süresinde ihbarın yapılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır¹⁴⁶². Satıcının bilmesi gereken ayıplar, satıcının varlıklarını esasında bilmediği, fark etmediği ancak gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebileceği ayıplardır. Buna göre satıcının ayıplı ifade kusurunun ihmale dayandığı durumlardır. Bu noktada gerekçede belirtildiği üzere, hükmün özelliği daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır ki bu özellik, meslekten satıcının her türlü ihmalinin -bu arada hafif ihmalinin- de aynı sonucu doğuracak olması, ağır kusur sayılacak olmasıdır¹⁴⁶³. Öğretide kanun koyucunun hafif kusur ifadesine yer vermek yerine niçin daha çok kusur sorumluluğunun bulunmadığı hukuklarda yaygın kullanımı olan ve borçlunun sorumluluğunu sınırlandıran “bilmesi gerekmek” kavram ve olgusuna müracaat ettiği sorgulanmakta ve benzer bir hüküm içeren CISG m. 40 hükmüyle¹⁴⁶⁴ uyum sağlanarak benzer durumlarda aynı sonuçlara ulaşma hedefinin bu tercihin sebebi olabileceği

¹⁴⁶⁰ YAVUZ, M. Satıcı, s. 116.

¹⁴⁶¹ ÖZ, s. 859; ATAMER, s. 204.

¹⁴⁶² MAKARACI BAŞAK, s. 1925.

¹⁴⁶³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 81; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 121; MAKARACI BAŞAK, s. 1926; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 95.

¹⁴⁶⁴ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), m. 40 hükmü şu şekildedir: “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz”.

belirtilmektedir¹⁴⁶⁵. Nitekim CISG m. 40 hükmüne göre “satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı” ayıpların varlığı halinde satıcı alıcının bildirim külfetini zamanında yerine getirmediği savunmasına başvuramayacaktır. Burada satıcının, bilmemesi mümkün olmayan ayıpların ne olduğu belirlenirken satıcının satıcılığı meslek edinmiş kişi olması TBK m. 225/f. 2 ile aynı kapsamda yoruma tabi tutulabilecektir¹⁴⁶⁶. Ancak kanaatimizce CISG m. 40 hükmü, tezimizde ortaya koymaya çalıştığımız ağır kusur kavramıyla çok daha uyumlu olup genel kusur değerlendirmesinde sapma yaratmayan ve bu sebeple fazla özellik arz etmeyen bir hükümdür. Gerçekten de “bilmemenin mümkün olmaması” ifadesi, ağır kusurun “herkesin bileceğine, herkes için açık ve anlaşılır olana vakıf olunmaması” formülüyle oldukça uyumludur. Halbuki meslekten satıcı için “bilmesi gereken” ibaresinin her türlü ihmali kapsamı, aslında hafif ihmal değerlendirmesi yapılabilecek durumların da bir hukuk politikası olarak ağır kusurun sonuçlarına bağlanmasına neden olmuştur. Bu yönüyle TBK m. 225/2 hükmü özel bir konum elde etmekte, ağır kusur formülüyle uyumlu olmayan ve hafif kusura işaret eden vakılarda genel kusur değerlendirmesinden bir sapma göstermekte ve ağır kusurun sonuçlarının doğmasına hizmet etmektedir. CISG m. 40 hükmünden ise her satıcının malları muayene etmek gibi genel bir yükümlülüğü olduğu sonucuna varılamayacağı gibi tacirin belli belirsiz, hafif bir ihmalkarlığından kaynaklanmadıkça satış sözleşmesine aykırı olguyu bilmemesinin mümkün olmadığını genellikle kabul edilebileceği belirtilmektedir¹⁴⁶⁷. Buna göre satıcı tacirin, satılndaki ayıpları her zaman “bilmemesinin mümkün olmadığı” değerlendirmesi yapılamaz. Örneğin orijinal ambalajında bulunan malların satıcısı, bu malların üreticisinin verdiği bilgilere güvenmesi durumunda vakıf olmadığı satılndaki ayıbın farkında olması gerektiği söylenemez¹⁴⁶⁸. Bu anlamda sözleşmeye aykırı hareket eden her tacirin dürüstlük kuralına aykırı davrandığı varsayımı yapılamaz¹⁴⁶⁹. Buna karşın satıcının aynı zamanda malların üreticisi olduğu ihtimalinde,

¹⁴⁶⁵ ÇETİNER, s. 107-108. Krş. ATAMER, s. 203.

¹⁴⁶⁶ ÇETİNER, s. 108.

¹⁴⁶⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, Editörler: Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, (Kıs. CISG Şerhi/Yazar), CISG Şerhi/SCHWENZER, (Madde 40 çev. Dila Okyar), s. 791.

¹⁴⁶⁸ CISG Şerhi/SCHWENZER, s. 791-792.

¹⁴⁶⁹ CISG Şerhi/SCHWENZER, s. 791.

standart bir test veya basit bir kontrol ile saptanabilecek maldaki bozukluklar bakımından satıcının bunları bilmemesinin mümkün olmadığı söylenebilir¹⁴⁷⁰.

TBK m. 225/2 hükmünü bu değerlendirmelerden ayırtıran nokta, meslekten satıcının bilmesi gereken satılardaki ayıp bakımından ağır kusurunun bulunduğu varsayımdır. Diğer deyişle meslekten satıcıya ayıplı ifade bulunmasının hafif kusuruna dayandığını iddia ve ispat zemini kalmamaktadır¹⁴⁷¹. Teknik anlamda bir varsayım olması itibarıyla aksine iddiaların ortaya atılması mümkün değildir. Kanun koyucunun bu değerlendirmeyi güven ilkesi temelinde yer alan düşünceler ışığında gerçekleştirdiği, meslekten satıcıların, alıcılara karşı hukuk düzeninin kendilerinden beklediği davranış modelini gerçekleştirme bakımından teşvik ve tahrik edilmesinin umulduğu belirtilmektedir¹⁴⁷². Bununla birlikte satıcının meslekten satıcı olması ve ayıbın da satıcının mesleği gereğince bilmesi gerekli ayıp olması unsurları gerçekleşmediği için ağır kusur varsayımı yapılamasa da bu durum diğer vakıalara dayanarak satıcının ağır kusurunun bulunduğu ortaya konulmasını engellemez ki bu durum esasında ihbar külfetini zamanında yerine getirmeyen alıcının TBK m. 225/1 hükmüne göre satıcının ağır kusurlu olduğu yönünde hakimde kanaat uyandırarak satıcıya karşı seçimlik haklarını kullanabilmesi anlamına gelir.

TBK m. 225/2 hükmüyle ilgili irdelenmesi gereken bir konu, bu hüküm kanunda hiç yer almasaydı da meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından ağır kusurunun bulunduğu kabul edilebilip edilemeyeceğidir. Öğretide bir görüşe göre¹⁴⁷³ TBK m. 225/1 gereğince, satıcının ağır kusuru halinde bildirim külfetinin yerine getirilmediğini

¹⁴⁷⁰ CISG Şerhi/*SCHWENZER*, s. 792.

¹⁴⁷¹ Karine olarak kabul edilen düzenlemeler, aksi öngörülmedikçe geçerli olan kurallardır. Fakat varsayım olarak nitelendirilen hükümlerde aksi bir iddia ortaya konulamaz. Varsayımlar hayatın olağan seyrindeki bir durumu açıklayan kurallar değildir; açıklayıcı değil yön veren hukuk kurallarıdır. Bu yönüyle bir hukuk politikasının ürünleridir. Varsayım teşkil eden hükmün aksini ortaya koyan bir iddiaya hukuk düzeninin tahammülü yoktur. Bkz. *YAVUZ*, M. Satıcı, s. 114.

Ancak satıcıya, ayıbı bilmemesinde hiçbir ihmalinin bulunmadığını ispatlama imkânı tanınmaktadır. TBK m. 225/2 hükmünün uygulama alanını, aynı maddenin birinci fıkrası ile sınırlı gören bu görüşe göre, satıcılığı meslek edinmiş bir kişi, hafif ihmali nedeniyle ayıbın varlığını kendisi tespit edememişse daha sonra alıcının muayene ve ihbarı vaktinde yapmadığını ileri süremez. Bunun sonucu ise dava sürecinin uzamasıdır. Önce alıcı ayıp nedeniyle taleplerini ileri sürecektir; sonra satıcı ayıbın vaktinde ihbar edilmediği def'ini ileri sürecektir; ardından alıcı, satıcının meslekten satıcı olması nedeniyle ihbarın geç yapılmasının önem taşımadığını savunacak; son olarak da meslekten satıcı ayıbı saptamamak konusunda hafif de olsa ihmalle davranmadığını ispat edecektir. Bu hususta bkz. *YAVUZ*, N., s. 192.

¹⁴⁷² *YAVUZ*, M. Satıcı, s. 113.

¹⁴⁷³ Görüş için bkz. *MAKARACI BAŞAK*, s. 1925, dn. 39'daki eser.

ileri sürememesi karşısında TBK m. 225/2'ye gerek kalmamaktadır, çünkü ağır kusur ağır ihmali de kapsamaktadır. Bu görüşe göre “satıcılığı meslek edinmiş kişinin” bilmesi gereken ayıbı bilmemesi ağır ihmal teşkil ettiğinden ikinci fıkranın bir anlamı kalmamaktadır. Kanaatimizce bu görüş “satıcılığı meslek edinmiş kişinin” bilmesi gereken ayıbı bilmemesinin neden her zaman ağır ihmal teşkil edeceğini açıklamamaktadır¹⁴⁷⁴.

Öğretide diğer bir görüşe¹⁴⁷⁵ göre satıcının ayıbı bildiği haller ile maldaki ayıbın satıcı tarafından bilinmemesinin onun ağır ihmalden kaynaklandığı haller TBK m. 225/1 kapsamındadır. Satıcının hafif ihmali nedeniyle bilmediği ayıplar ise TBK m. 225/2 kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim hükmün gerekçesinde “bilmesi gereken” şeklindeki ibarenin, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin her türlü ihmali kapsadığı ifade edilmektedir. İlk fıkranın “ağır kusur” olarak kast ve ağır ihmale, ikinci fıkranın hafif ihmale ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüşe biz de katılmaktayız ve TBK m. 225/2 hükmünün özel bir yere sahip olmasını, meslekten satıcı için hafif kusur alanı bırakmamasında görmekteyiz. Buna göre eğer TBK m. 225/2 hükmü kanunda hiç yer almasaydı da meslekten satıcının mesleği gereğince göstermesi gereken tüm özeni göstermemiş olmasının yine ağır kusur olarak değerlendirileceği söylenemezdi. Meslekten satıcının, bilmesi gereken bir ayıbı hafif ihmali yüzünden fark edememiş olması ve ifayı bu şekilde gerçekleştirmesi karşısında alıcı, eğer ihbar külfetini zamanında yerine getirmemiş ise satıcıya karşı seçimlik haklarını kullanamayacak olurdu. TBK m. 225/2 hükmüyle bir hukuk politikası tercihi olarak bu sonuç engellenmiş olmaktadır. Maddenin bu kurgusu, kanaatimizce ağır ihmalin Roma

¹⁴⁷⁴ Benzer şekilde Yavuz da TBK m. 225/II olmasaydı da meslekten satıcının mesleği gereğince göstermesi gereken tüm özeni göstermemiş olmasının yine ağır kusur olarak değerlendirileceğini; meslekten satıcının mesleği gereğince bilmesi gereken ayıpları bilmemesinin ağır kusur sayılacağını kabul etmektedir. Yazar TBK m. 225/II'nin önemini ise ispat kolaylığı sağlamasında görmektedir. Şöyle ki; borca aykırı davrandığı belli olan borçlunun zarardan sorumlu tutulması için alacaklı tarafından kusurunun varlığının ispat edilmesi gerekli değildir. Karine olarak borçlunun kusurunun varlığı kabul edilir. Ne var ki, kusurun varlığı karine olarak kabul edilse de kusurun derecesi itibarıyla ağır kusur olduğunun ispatlanması alacaklıya düşer. Bu husus ise zor bir meseledir. Zira ayıplı ifanın gerçekleşmesinde ağır kusurun ispatını sağlayacak deliller alacaklının değil borçlunun hakimiyet alanındadır. Bunun sonucunda da ağır kusurlu olduğu ispatlanamayan meslekten satıcılar, satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluk sisteminin ayrıcalıklarından faydalanmaktadırlar. Nihayetle ise, kimsenin kendi kusurunun sonuçlarını başkasının hukuk alanına yükleyememesi hakkındaki temel prensibin hiçbir esprisi kalmamaktadır. İşte TBK m.225/II ile artık bu durum aşılmış olmaktadır. Bkz. YAVUZ, M. Satıcı, s. 115-116.

¹⁴⁷⁵ MAKARACI BAŞAK, s. 1925.

hukukundan bu yana benzer şekilde ifade edilen “*herkesin gördüğü, anladığı, yaptığı şeyi görmemek anlamamak, bilmemek*” şeklindeki formülünün, satıcılığı meslek edinmiş kişilere uyarlama isteğine dayanmaktadır. *Herkesçe bilinmesi gereken şeyin bilinmemesi yerine, satıcılığı meslek edinmiş herkesçe bilinmesi gereken ayıbı ilgili meslekten satıcının fark etmemiş olması* geçmektedir. Meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar, o meslek çevresi için gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ölçüsünü arttırmaktadır. Herkesten göstermesi beklenen en basit özeni göstermekle birlikte arttırılmış dikkat ve özen ölçüsünden sapmak ise ihmalin hafif olduğuna işaret eder. Çünkü normal, dürüst, ortalama bir satıcıdan beklenen dikkat ve özeni göstermek ağır ihmalin bulunmadığını gösterir. Ağır ihmal olarak nitelendirilemese de bir özensizlikten ileri gelen borca aykırılık tespit edilebiliyorsa hafif ihmal var demektir. TBK m. 225/2 hükmü satıcılığı meslek edinenler bakımından hafif ihmale işaret eden bir olguyu¹⁴⁷⁶ ağır ihmal hükümlerine tabi tutmuştur. Bu olgu, normal, olağan bir satıcı olmak değil satım işlerini meslek olarak icra etmektir. Meslekten olmayan, normal kişiler için kusur isnadı yapılamayacak satılanın ayıbına ilişkin bazı bilgisizlik durumları, meslekten satıcılıkta dikkat ve özen ölçüsü ağırlaştırıldığından onlar bakımından kusur isnadına elverişli hale gelir. Böylece meslekten satıcının sorumluluğu, meslekten olmayanlara göre ağırlaşır. Ancak TBK m 225/2 hükmü bunun ötesine geçmekte ve hafif ihmali, ağır kusur sonuçlarına tabi tutmaktadır. Kanaatimizce bu hüküm, kusur değerlendirmesinde özellikle tüketicileri korumak amacıyla istisnai bir durum ortaya çıkarmıştır¹⁴⁷⁷ ve bu sebeple de sadece ilişkin olduğu satıcının satılanın ayıbından sorumluluğuyla sınırlıdır. Ayıp hükümleri dışında satıcının satış sözleşmesine aykırılıktan doğan sorumluluğunda, satıcı meslekten bir satıcı olsa dahi onun kusurunun değerlendirilmesinde TBK m.

¹⁴⁷⁶ Öz de benzer şekilde, TBK m. 225/2 uyarınca objektifleştirilmiş bir özen ölçütü getirildiğini, satış işlemlerini mesleki faaliyet olarak yürüten gerçek ve tüzel kişilerin bu işleri meslek edinmiş basiretli bir iş adamının fark etmesi gereken ayıplardan dolayı sorumluluğunda, alıcının zamanında ayıp ihbarında bulunmadığı savunması yapamayacağını; objektif özen yükümü ihlalinin gerçekleşmiş olması şartıyla ayıp ihbar külfetinin *kategorik olarak* kaldırılmış olduğunu belirtmektedir. Bkz. **ÖZ**, s. 858.

¹⁴⁷⁷ Tarafların ikisinin de tacir olduğu ya da daha genel olarak alıcının da meslekten alıcı olduğu durumlarda satıcının hafif ihmaliyle tespit edemediği ayıplı mal satışında, alıcının ayıbı bildirim külfetine uymamasının ayıptan doğan haklarını kullanmasını engelleyeceği diğer deyişle TBK m. 225/2 hükmünün uygulanmayacağı ancak satıcının ağır kusurundan ileri gelen bir ayıp varsa TBK m. 225/1 gereği meslekten alıcının ayıbı bildirmese de ayıptan doğan haklarını kullanabileceği öğretide belirtilmiştir, bkz. **ATAMER**, s. 204-205. Biz de meslekten satıcı karşısında alıcının da meslekten olup olmamasına göre yapılan bu yorumun menfaatler dengesine daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

225/2 hükmünden kıyasen yararlanılamaz; diğer deyişle sözleşmeye aykırılıktaki hafif ihmalinin, ağır kusur sayılacağı kabul edilemez¹⁴⁷⁸.

TBK m. 225/2 hükmünün kapsamının aynı maddenin birinci fıkrasıyla sınırlı mı olduğu ve bu anlamda işlevinin sadece meslekten satıcının, ihbar külfetini zamanında yerine getirmeyen alıcıya karşı sorumluluğunun devam etmesi mi olduğu; yoksa bu hükmün kapsamının ayıp sorumluluğunda satıcının ağır kusurlu olmasına sonuç bağlanan diğer durumları da mı içerdiği ve bu anlamda işlevinin meslekten satıcının sorumsuzluk anlaşması ve kısa zamanaşımı süresinden de yararlanamaması mı olduğu tespit edilmelidir.

Çetiner'e göre satıcının ayıp sorumluluğu bakımından sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğini ağır kusurla sınırlayan TBK m. 221 hükmünde, satıcılığı meslek edinmiş kişilerin bilmesi gereken ayıplara ilişkin TBK m. 225 hükmünün burada da göz önünde tutulacağı madde metninde yer almalıydı. Halbuki bu yönde bir ifade madde metninde bulunmamakta ancak madde gerekçesinde yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğünün esas, onun sınırlandırılmasının istisna olması kuralı gereği, TBK.m.225/2 hükmünün sorumsuzluk anlaşmalarında da etkili olduğundan bahsedebilmek için gerekçede değil kanun metninde bu yönde bir açıklık bulunması çok daha isabetli olurdu¹⁴⁷⁹.

Yavuz'a göre gerekçede herhangi bir açıklama yapılmıyorsa da TBK m. 225/2'de yapılan ağır kusur değerlendirmesi, satıcının ayıptan dolayı sorumluluk rejimi kapsamında ağır kusura sonuç bağlanan her durum için uygulama alanına sahip olacaktır. Bir sorumluluk rejimi içerisinde birden fazla konu vardır. Bu sorumluluk rejimi içinde bir yerde kusurlu ya da hukuka aykırı davrandığı belirlenen bir kişinin, o sorumluluk rejiminin içerisinde yer alan diğer konular nezdindeki konumu da aynı şekilde kabul edilir. TBK. m. 221'de "satıcılığı meslek edinenden bahsedilmemesinden" bahisle anlam çıkarma yoluna gidilen kavram hukukçuluğu yöntemine eğilimli

¹⁴⁷⁸ Aksi yönde **YAVUZ**, M. Satıcı, s. 121: "Şu halde ayıptan doğan sorumluluk rejimi bakımından kanunen gerçekleşen böyle bir değerlendirme, söz konusu sorumluluk rejimi kapsamındaki yargılamanın her boyutunda geçerlidir. Başka bir ifadeyle, meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar bakımından ağır kusurluluğu varsayımı, ayıptan doğan sorumluluk rejiminden doğan hak ve borçların hepsi üzerinde etkili olacaktır. Örneğin, ağır kusurlu sayılan satıcı, sorumsuzluk anlaşması veya zamanaşımı gibi birtakım savunma sebeplerini kullanamayacağı gibi, tazminatta hafif kusura bağlı indirim imkanından da faydalanamayacaktır."

¹⁴⁷⁹ **ÇETİNER**, s. 105-106. Ayrıntıya yer verilmemekle birlikte **YAVUZ**, N., s. 192'de TBK m. 225/2'nin aynı maddenin birinci fıkrasıyla sınırlı olduğu belirtilmektedir.

olunmamalıdır. Hukuki ilişkileri anlama ve kaliteli çözüm sunma yolunda üretilecek iddialarda hukukçulara hitap eden yöntem, menfaat değerlendirme hukukçuluğu yöntemidir. Şu hâlde, TBK m. 225/2’de satıcılığı meslek edinenlerin her türlü kusurlarının ağır kusur şeklinde değerlendirmesine dayalı kanuni varsayım, ayıptan doğan sorumluluk sistemi içerisinde ağır kusurun dikkate alındığı her alanda uygulanır¹⁴⁸⁰. Buna göre satıcılığı meslek edinen bir satıcı, bilmesi gerekli ayıplardan dolayı sorumluluğunda, ağır kusurlu satıcı muamelesi görecektir, ihbar külfetinin süresinde yerine getirilmediğini iddia edemeyecek, kısa zamanaşımı süresinden faydalanamayacak, sözleşmeye eklediği sorumsuzluk anlaşmasının hüküm doğurmasını bekleyemeyecektir¹⁴⁸¹.

Kanaatimizce de satılanın ayıbından sorumluluğu değerlendirilen bir satıcının durumu, bu sorumluluğu düzenleyen sistem içinde tutarlı ve yeknesak olmalıdır. Kanun tarafından onun hakkında ağır kusurlu olduğu yargısı yapılmışken artık kanunun diğer hükümlerinde açıkça bu yargıya yer verilmediği için sorumluluğun başka bir yönü itibarıyla hafif kusurlu sayılamamalıdır. Satıcının satılanın ayıbından sorumluluğunda ağır kusuruna bağlanan sonuçlar, sorumsuzluk anlaşması, ihbar külfeti ve kısa zamanaşımı hakkındadır. Gerek bu sistemi düzenleyen hükümlerin gerekçesine yansıyan kanun koyucunun iradesi gerek menfaatler dengesi gerekse de hukuki güvenilirliği sağlayan tutarlık, satıcı hakkında bir kere ağır kusurluluk yargısına varılmış ise buna bağlanan tüm sonuçların yürürlüğe girmesini gerektirir. Bu anlamda Yavuz’un değerlendirmelerine genel olarak katılmakla birlikte bir konuda ondan ayrılıyoruz. Bize göre satılanın ayıbından sorumluluk, satıcının borca aykırılıktan doğan sorumluluğu içinde özel bir alanı oluşturmakta ve özel düzenlemelere sahip olduğundan TBK m. 225/2 hükmü bu sistem içinde itibar görmelidir. Alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etmesi durumunda, meslekten satıcının ayıptaki ihmalinin hafif olduğunu ve tazminatın kapsamının buna göre belirlenmesini istemesi mümkün olmalıdır. Öğretide TBK m. 225/2’nin arzu edilenin ötesinde uygulama bulabileceği, menfaat dengesini satıcı aleyhine bozabileceği endişesi dile getirilmiştir¹⁴⁸². Haksız

¹⁴⁸⁰ YAVUZ, M. Satıcı, s. 124-125.

¹⁴⁸¹ YAVUZ, M. Satıcı, s. 130.

¹⁴⁸² YÜCE’ye göre “(...) kiracıyı, işçiyi koruma konusunda kanunî düzenlemeleri “kraldan çok kralcı” bir şekilde değerlendiren mahkemeler, bu düzenlemeyi de kanun koyucunun yeni eğilimine uygun olarak

sayılamayacak bu endişe de dikkate alındığında TBK m. 225/2 hükmünün, satıcının genel hükümlere göre değerlendirilmesi gereken tazminat sorumluluğuna kadar uzatılması, kavram hukukçuluğu bir yana menfaat hukukçuluğunun da ötesinde serbest hukuk ekolünü çağrıştırmaktadır.

b. Eser Sözleşmesinde

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için eseri o haliyle kabul etmemiş olması gerekir. İş sahibinin eseri kabulü, yüklenicinin yaptığı işin sözleşmeye uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibi tarafından yapılan bir irade açıklaması niteliğindedir¹⁴⁸³. Eserin kabulü veya kabul edilmiş sayılması, gözden geçirme (muayene) ve ihbar külfetleri ile yakın ilişki içindedir. Eserin ayıplı olmasına dayanarak iş sahibinin haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin eseri tesliminden sonra iş sahibinin önce eseri gözden geçirmesi ve eğer varsa tespit ettiği ayıbı yükleniciye bildirmesi gerekir¹⁴⁸⁴. İş sahibinin eseri muayene etmemesi veya ayıplarını bildirmemesi kabul olarak yorumlanmaktadır. TBK m. 477/2 hükmüne göre işsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır. Yine TBK m. 477/3 hükmüne göre eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde eseri kabul etmiş sayılır. Bu hallerde kabul etmiş sayılma, bir varsayım (faraziye) teşkil eder¹⁴⁸⁵.

alıcıdan yana değerlendirecek ve işi meslek edinmiş kişilerin sattığı mallarda çıkan ayıpların büyük bir çoğunluğunu satıcıların bilmeleri gerektiği yönünde karar verecek; buna bağlı olarak da bu tür satımlarda bildirim külfetini fiilî olarak uygulamadan kaldıracaklardır. Bu düzenleme, satıcıların sorumluluğunu kanımızca arzu edilenden daha ağırlaştıracak bir özelliğe sahip görünmektedir. Kanaatimizce mahkemeler, bu maddenin uygulanmasında biraz daha hassas davranarak, satıcının her durumda bilmesi gerektiğini ileri sürerek alıcının bildirim külfetini yerine getirmemiş olmasını göz ardı etmemelidir. Ayrıca alıcı açısından bildirimin yapılmamış olmasının ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağı hâllerin de göz ardı edilmemesi gerekir.” Bkz. **YÜCE, Melek Bilgin**, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, 2012, s. 392.

¹⁴⁸³ **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 217; DEMİR, Remzi**, Yüklenicinin Eserde Meydana Gelen Ayıplardan Sorumlu Olmadığı Haller, *MHFD*, Y. 2022, S. 2, ss. 131-152, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2857372>, (Erişim T. 12.07.2024), s. 142.

¹⁴⁸⁴ **DEMİR, s. 142.**

¹⁴⁸⁵ **TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 221; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 566; DEMİR, s. 143; YÜCER AKTÜRK, s. 250.**

Eser, açıkça veya örtülü olarak kabul edilmişse yüklenici artık eserin ayıbından sorumlu olmaz. Ancak ayıp yüklenici tarafından kasten gizlenmiş ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder (TBK m. 477/1). Hükümde eserin kabulüne rağmen ayıp sorumluluğunun devam etmesi için ayıbın gizli ayıp olması, yani usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan bir ayıp olması ile bu ayıbın yüklenici tarafından kasten gizlenmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerektiği izlenimi uyanmaktadır. Ancak öğretide, usulüne uygun bir gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilecek olmasına rağmen iş sahibinin farkına varmadığı açık bir ayıp söz konusu olduğunda da eğer bu ayıp, yüklenici tarafından kasten gizlenmişse yüklenicinin sorumluluğunun devam etmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁴⁸⁶. Buna göre ayıbı kasten gizleyen bir yüklenici, eserin iş sahibi tarafından gözden geçirilerek kabul edildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı gibi kendisine zamanında bildirimde bulunulmadığını ileri sürerek de sorumluluktan kaçamayacaktır¹⁴⁸⁷.

İş sahibinin, eserin ayıpları bakımından ihbar külfeti olmaksızın zamanaşımını sonuna kadar ayıptan doğan haklarını kullanabileceği durumlar, satış sözleşmesinde alıcının durumuyla kıyaslandığında daha elverişsizdir. Şöyle ki satılanın ayıplı ifasında alıcının, haklarını kullanabilmesinde ihbar külfetinden kurtulması için satıcının ağır kusurlu olması yeterli iken eser sözleşmesinde yüklenicinin ağır kusuru yeterli görülmemiş, ayıpları kasten gizlemesi aranmıştır. Yine satış sözleşmesinde satıcılığı meslek edinmiş olanların bilmesi gereken ayıplar bakımından alıcının ihbar külfeti kaldırılmış iken eser sözleşmesinde yükleniciliği meslek edinmiş olanlara karşı iş sahibine böyle bir avantaj tanınmamıştır¹⁴⁸⁸.

Usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan gizli ayıplar ile kasten saklanan açık ayıplar sebebiyle yüklenicinin sorumlu tutulması için iş sahibinin bunları

¹⁴⁸⁶ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 219; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 568; BÜYÜKAY, s. 117; DEMİR, s. 142.

Yüklenicinin eserin ayıbını kasten gizlemesi, teslim anında var olmakla birlikte göze çarpmayan ve iş sahibinin farkında olmadığı ancak yüklenicinin bildiği ayıpları kasıtlı olarak açıklamamasıyla gerçekleşir. Öğretide kasten saklama olgusunun, yüklenicinin sadece bilinçli olarak susmasıyla değil ayrıca susmasının kötüniyetli de olmasıyla gerçekleşeceği savunulmuştur. Bilgi için bkz. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 219, dn. 469.

¹⁴⁸⁷ ERCOŞKUN ŞENOL, s. 109; EREN, BHÖH, s. 646.

¹⁴⁸⁸ ÖZ, s. 872, dn. 22.

öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmesi gerekir; aksi halde yine eserin ayıplı olarak kabul edildiği sonucuna varılır (TBK m. 477/3)¹⁴⁸⁹. Nitekim bir kararında Yargıtay da bu yönde değerlendirmede bulunmuştur¹⁴⁹⁰. TBK'nin bu hükmünün lafzına bağlı kalındığında yüklenicinin kasten sakladığı gizli ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde ayıbı öğrenen iş sahibinin eserin ayıbını kabul etmediğini ortaya koyabilmek ve ayıptan doğan haklarını kullanabilmek için gecikmeksizin yükleniciye ayıp ihbarında bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır¹⁴⁹¹. Ancak TBK m. 477/3 hükmünü, aynı maddenin ilk fıkrasıyla birlikte değerlendiren bir görüş yüklenicinin gizli ayıbı kasten saklamış olması halinde, iş sahibinin sonradan ortaya çıkan bu gizli ayıbı yükleniciye zamanında bildirmemiş olmasının kendi durumunu ağırlaştırmayacağını ve ayıptan doğan haklarını kaybetmeyeceğini savunmaktadır¹⁴⁹². Biz de gerek maddenin sistematik yorumunun gerek kanun koyucunun amacının gerekse de menfaatler dengesinin bu görüşe üstünlük tanınmasını gerektirdiğini düşünmekteyiz. Eserde gizli bir ayıbın bulunduğunu ve bunun sonradan ortaya çıktığını ve bu ayıbın kendisinden kasten gizlendiğini ortaya koyabilen iş sahibinin, yüklenicinin sonradan öğrenilen ayıbın iş sahibi tarafından kendisine zamanında bildirilmediği savunmasıyla karşılaşmaması ve yükleniciye karşı ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, hükmün sözüne ve özüne en uygun durumdur. Nitekim kanun koyucunun, bu ihtimalde ayıbı bildirmekte geciken iş sahibine karşı kötüniyetli olan yüklenicileri de korumayı amaçladığı söylenemez¹⁴⁹³.

2. Zamanaşımına İlişkin Olarak

¹⁴⁸⁹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 220; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 568; EREN, BHÖH, s. 645-646.

¹⁴⁹⁰ “(...)Eserin kabulü ile yüklenici açık ayıplara ilişkin sorumluluktan kurtulur. Eserin kabulü, kasten saklanıldığı usulünce yapılan muayenede görülemeyecek olan açık ve gizli ayıplar ile sonradan kullanılmakla ortaya çıkan gizli ayıplar yönünden ise yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz. Kastene saklanılan ayıplar ile gizli ayıplar yönünden yüklenicinin sorumluluğu eserin kabulünden sonra da devam eder. İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için eserdeki ayıbı yükleniciye bildirmesi zorunludur. BK'nın 359/I. maddesine göre açık ayıplarda bildirimin “işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz” diğer bir ifadeyle işlerin olağan akışına göre geç sayılmayacak bir süre içinde, BK'nın 362/III. maddesine göre gizli ayıplarda ise gizli ayıba vakıf olur olmaz (öğrenir öğrenmez) yapılması gerekir. Süresinde ayıp ihbarında bulunulmamişsa yüklenici sorumluluktan kurtulur, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılarak yükleniciden bir talepte bulunulamaz.”, Yarg. 15. HD., E. 2019/2359, K. 2019/3731, T. 02.10.2019, <https://legalbank.net/>, (Erişim T. 12.07.2024).

¹⁴⁹¹ En azından ispat sorunuyla karşılaşılması adına söz konusu bildirimin yapılması tavsiye edilmektedir, bkz. EREN, BHÖH, s. 646.

¹⁴⁹² TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 221; YÜCER AKTÜRK, s. 259; ERCOŞKUN ŞENOL, s. 110.

¹⁴⁹³ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 174. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aksi yönde vermiş olduğu bir karar için bkz. BGE 100 II 30, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 16.05.2024).

Hukuk düzeni belli bir zamanın geçmesine çeşitli sonuçlar bağlamaktadır. Bunları bir sürenin sonunda kendiliğinden sona eren süreye bağlı haklarda; belli bir sürenin geçmesiyle bir hakkın kazanılmasını sağlayan kazandırıcı zamanaşımında; belli bir süre içinde hak sahibinin hareketsiz kalması yüzünden hakkın sona ermesine neden olan hak düşürücü sürede gözlemlemek mümkündür. Borçlar hukukunda belli bir sürenin geçmesine sonuç bağlanan temel kurum ise zamanaşımıdır¹⁴⁹⁴. TBK m. 146 hükmüne göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça her alacak on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Alacaklı ve borçlu arasındaki geniş anlamda borç ilişkisi değil bundan doğan dar anlamda borç ilişkileri zamanaşımına tabidir¹⁴⁹⁵. Aynı borç ilişkisinden doğan farklı alacakların farklı zamanaşımı süresine tabi olması mümkündür¹⁴⁹⁶. Aile hukuku ve miras hukuku ilişkilerinden doğanlar da dahil olmak üzere her türlü alacak hakkı kural olarak zamanaşımına tabidir¹⁴⁹⁷.

Zamanaşımı süresinin alacak hakkı üzerindeki etkisi iki aşamaya göre izah edilmektedir. İlk aşama zamanaşımı süresinin dolması ile borçlunun zamanaşımının dolduğunu ileri sürmediği aşamadır. Bu aşamada borçlu, alacaklının devam edegelen alacak ve dava haklarına karşı borcunu ifadan kaçınmasını sağlayan zamanaşımı defi hakkını kazanır. Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan alacak, mevcut olmakla birlikte borçlunun elde ettiği defi hakkı dolayısıyla zayıflamış bir alacak hakkıdır¹⁴⁹⁸. Borçlunun kazandığı defi hakkını ileri sürmesi ise ikinci aşamayı oluşturur. Hakim fikre göre zamanaşımı definin ileri sürülmesi ile alacak sona ermez ancak ifa talebi felce uğratılır ve durdurulur. Böylece geriye dava yoluyla elde edilmesi imkanı sona ermiş bir alacak kalır¹⁴⁹⁹. Borcunu ifa etmemiş bir borçlunun zamanaşımını ileri sürmesi üzerine alacaklı, alacağını elde etmekte gösterdiği kayıtsızlığın sonuçlarına katlanacaktır. Fakat zamanaşımına uğramış bir borcun borçlusunun zamanaşımı definin ileri sürmek kendi takdirindedir. Nitekim TBK m. 161 hükmünde düzenlendiği üzere hakim, borçlunun ileri sürmediği zamanaşımının dolduğu olgusunu kendiliğinden dikkate alamaz.

¹⁴⁹⁴ Zamanaşımı kurumunun hukuki niteliği ve amacı hakkında bkz. **TOK, Ozan**, Zamanaşımı Definin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması, *MÜHF-HAD*, C. 21, S. 1, ss. 239- 260, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271095>, (Erişim T. 12.07.2024), s. 246 vd.

¹⁴⁹⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, kn. 1906.

¹⁴⁹⁶ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1658.

¹⁴⁹⁷ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1663.

¹⁴⁹⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §5, kn. 7.

¹⁴⁹⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, §5, kn. 8.

Borçlunun zamanaşımına uğramış borcu ifa etmesi, geçerli bir borcun ifasıdır. Bu durum bir bağışlama teşkil etmeyeceği gibi borç olmayan bir şeyin ifası da değildir¹⁵⁰⁰.

a. Satış Sözleşmesinde

Satılanın ayıplı olması durumunda alıcının, satıcıya karşı sahip olduğu hakları TBK’de özel zamanaşımı süresine bağlanmıştır. TBK m. 231 hükmünü karşılayan eBK m. 207 hükmü hem zamanaşımı süresini bir yıl olarak belirlemiş hem de satıcının bu süreden yararlanamamasını alıcıyı iğfal etmiş olmasına bağlamıştır¹⁵⁰¹. Taşınır satışı bakımından TBK m. 231/1 hükmüne göre ise satılanın ayıbından doğan sorumluluğa ilişkin her türlü dava kural olarak, satılanın alıcıya devrinden itibaren işlemeye başlayan iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Sürenin işlemeye başlayacağı an olarak ayıpların öğrenilmesi anı değil satılanın alıcıya devir anı kabul edilmiştir¹⁵⁰². Maddenin son fıkrasına göre satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, iki yıllık zamanaşımı süresinden yararlanamaz. Böylece artık satıcının sadece aldatma kastıyla ayıplı ifade bulunduğu durumlarda değil, ağır ihmali ile ayıplı ifade bulunduğu durumlarda da alıcı, haklarını kullanmak bakımından iki yıllık zamanaşımı süresiyle sınırlı olmaktan kurtulacaktır.

Satıcının ağır kusurunu ispat yükünün burada da alıcının üzerinde olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁰³.

Taşınmaz satışı bakımından TBK m. 244/son hükmüne göre bir yapının¹⁵⁰⁴ ayıplı olmasından doğan davalar mülkiyetin geçmesinden itibaren işlemeye başlayan beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Ancak hükmün devamında, satıcının ağır kusuru varsa yirmi yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece eğer satıcı kasten

¹⁵⁰⁰ OĞUZMAN/ÖZ, kn. 1912, 1913; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1716.

¹⁵⁰¹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1, s. 203.

¹⁵⁰² Satılanın alıcıya devrinden, satılanın alıcıya teslim edilmesinin anlaşılması gerektiği yönüne bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 91.

¹⁵⁰³ ÖZ, s. 866.

¹⁵⁰⁴ TBK m. 244/son hükmünün lafzına bakıldığında beş yıllık zamanaşımı süresinin taşınmazdaki her türlü ayıp için değil sadece “yapıda” ortaya çıkan ayıplar için geçerli olduğu gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Buna göre yapıya ilişkin olmayan ve özellikle yüz ölçümü eksiklikleri gibi ayıplar için TBK m. 231 hükmünde öngörülen iki yıllık sürenin uygulama bulacağı savunulabilir. Ancak öğretide hükmün lafzına göre ortaya çıkan bu sonuç beğenilmemekte ve İsviçre’de öğreti ve uygulamadan kabul edildiği gibi beş yıllık zamanaşımı süresinin sadece yapıya ilişkin ayıplar bakımından değil yüzölçümü eksikliği de dahil olmak üzere arsada ortaya çıkan ayıplar bakımından da göz önüne alınabileceği kabul edilmektedir. Bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 139.

veya ağır ihmali ile ayıplı bir yapıyı satıp alıcıya devretmişse, alıcı yirmi yıl boyunca zamanaşımı def'ine maruz kalmadan satıcıya karşı haklarını kullanabilecektir¹⁵⁰⁵. Alıcının yirmi yıl gibi uzun bir zamanaşımı süresinden yararlanabilmesinin altında yatan sebep, özellikle depreme dayanıksız yapılardan doğan zararlardan bu yapıların satıcısını uzun süre sorumlu tutabilmektir¹⁵⁰⁶. Nitekim eser sözleşmesinde yüklenicinin ağır kusuru bakımından da aynı uzun zamanaşımı süresi düzenlenmiştir (TBK m. 478). Taşınmazın alıcısının tabi olduğu gerek beş yıllık gerek yirmi yıllık zamanaşımı süresi, taşınmazın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesinden itibaren işlemeye başlar. Kanun, taşınmaz yapı üzerinde fiili hakimiyetin değil, mülkiyetin alıcıya geçtiği anı esas almıştır. Dolayısıyla taşınmazın zilyetliğinin alıcıya geçirilmesine rağmen tapuda alıcı adına tescilin yapılmamış olması zamanaşımını işlemeye başlamasını engeller. Ancak bunun aksine mülkiyet alıcı adına tescil edilmiş ise alıcı, taşınmaz üzerinde fiili hakimiyetini kuramamış olsa bile zamanaşımı süresi işlemeye başlar¹⁵⁰⁷.

Taşınır satışında kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacak olan ağır kusurlu satıcının sorumluluğunun, taşınmaz satışı hakkında açıkça düzenlenen yirmi yıl gibi daha uzun bir zamanaşımına tabi tutulmadığı görülmektedir. Kısa zamanaşımının uygulanmayacağı hallerde bu süre yerine hangi sürelerin uygulanacağı tespit edilmelidir. Bu durum karşısında öğretide, hilenin bir haksız fiil olduğundan yola çıkan görüş, sürenin haksız fiiller için öngörülen zamanaşımı sürelerine kıyasla belirlenmesi gerektiğini savunurken; alıcının ayıptan sorumluluk halinde ortaya çıkan seçimlik haklarının (TBK m. 227) satım sözleşmesinden doğduğunu ve bu nedenle sürenin sözleşmelerdeki zamanaşımı süresine kıyasen belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁵⁰⁸. Kanaatimizce de TBK m. 146'da düzenlenen genel on yıllık zamanaşımı süresinin, taşınır satışında ayıplı ifade bulunan satıcının sorumluluğu için de uygulanması gerektiğini savunan bu ikinci görüş kabul edilmelidir¹⁵⁰⁹. Diğer bir

¹⁵⁰⁵ Bu kadar uzun zamanaşımı süresinin her taşınmaz satışı için değil yapı niteliğini haiz taşınmaz satışları için getirildiği belirtilmektedir, bkz. ÖZ, s. 866.

¹⁵⁰⁶ ÖZ, s. 866.

¹⁵⁰⁷ ÖZ, s. 867. Krş. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 139.

¹⁵⁰⁸ Görüşler için bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, s. 98, dn. 74-75.

¹⁵⁰⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 94; ÖZ, s. 866; ŞAHİNİZ, s. 131; ARAL/AYRANCI, s. 157.

görüş ise TBK m. 244/3 hükmünde yer alan taşınmaz satışındaki yirmi yıllık sürenin kıyasen taşınır satışlarına da uygulanması yönündedir¹⁵¹⁰.

Ayıplı ifade ağır kusurlu satıcının kısa zamanaşımı süresinden yararlanamaması ve daha uzun süreye tabi olmasının, TBK m. 225/2'ye paralel olarak satıcılığı meslek edinmiş kişiler bakımından da geçerli olması kabul edilmektedir¹⁵¹¹. Buna göre meslekten satıcının bilmesi gereken bir ayıbı fark etmeksizin ayıplı ifade bulunması, satıcının ağır kusuru kabul edilecektir ve bu durumda alıcı, taşınır satışında on yıllık; taşınmaz satışında yirmi yıllık zamanaşımı süresi dolmadan satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin taleplerini satıcıya yöneltebilecektir.

b. Eser Sözleşmesinde

TBK m. 478 hükmünde ayıptan dolayı iş sahibinin sahip olduğu hakların tabi olduğu zamanaşımı süreleri, eserin taşınmaz yapı olup olmamasına göre ve yüklenicinin eseri ayıplı olarak meydana getirmesinde ağır kusurunun bulunup bulunmamasına göre farklı şekilde belirlenmiştir. Buna göre taşınmaz yapı dışındaki eserlerde iki yıllık, taşınmaz yapılarda ise beş yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Ancak yüklenicinin ağır kusuru varsa ayıplı eserin niteliği önem taşımaksızın yirmi yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür. İki, beş ve yirmi yıllık bu sürelerin işlemeye başlayacağı an, eserin teslim tarihidir¹⁵¹². İş sahibinin faaliyet alanında görülen işler ile eserin maddi varlığa sahip olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu hallerde fiilen bir teslim söz konusu olmadığından zamanaşımı, işin bitimi tarihinden hesaplanmalıdır¹⁵¹³.

Taşınmaz yapının satıcısı ile yüklenicisinin farklı kişiler olması halinde yüklenicinin ağır kusurundan ileri gelen ayıplarla alıcıya satılmış olması durumunda alıcı ile yüklenici arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaz. Dolayısıyla yüklenicinin depreme dayanıksız olarak yapmış olduğu bir yapının yıkılmasıyla zarar gören alıcı, yükleniciye sözleşmesel temelde ve özellikle yirmi yıllık zamanaşımı süresi içinde başvuramayacaktır. Zarar görenin bu ihtimalde tazminat talebi, haksız fiil sorumluluk hükümlerine ve bu bakımdan zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72 hükmüne göre iki

¹⁵¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 102; YÜCER AKTÜRK, s. 232.

¹⁵¹¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 94.

¹⁵¹² KILIÇOĞLU, BHÖH, s. 488; EREN, BHÖH, s. 654; ARAL/AYRANCI, s. 412; DEMİR, s. 147.

¹⁵¹³ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 226; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 568.

ve on yıllık süreler ile şayet fiil suç teşkil ediyorsa ve daha uzun ise ceza zamanaşımı süresine tabi olacaktır¹⁵¹⁴.

TBK m. 478'in, beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı alacakları düzenleyen TBK m. 147 hükmüyle ilişkisi de değerlendirilmelidir. TBK m. 147/b.6 hükmüne göre yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır. Eski kanundan farklı olarak bu hükümde iş sahibinin ayıptan doğan haklarıyla ilgili bir düzenleme bulunmadığından ve ayıp sorumluluğu bakımından TBK m. 478 hükmüyle açık ve yeni bir zamanaşımı sistemi yürürlüğe girdiğinden önceki kanun dönemindeki tartışmalar¹⁵¹⁵ da son bulmuştur. Nitekim TBK m. 147'nin gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanununun 126'ncı maddesinin 4 numaralı bendinde söz konusu edilen ayıp sebebiyle açılacak davaların tabi olduğu zamanaşımının Tasarının 478'inci maddesinde yeniden düzenlendiği için 6 numaralı bende alınmadığı ifade edilmiştir. Yine TBK m. 478 hükmünün gerekçesinde de Tasarının 146'ncı maddesinin 6 numaralı bendinin (TBK m. 147/b.6), yüklenici yönünden ayıplı eser meydana getirilmesi dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir¹⁵¹⁶.

Yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde eserin ayıbından sorumluluğunun eserin taşınır veya taşınmaz olması gibi niteliğinden bağımsız olarak yirmi yıllık zamanaşımına tabi kılınmış olmasının yerindeliği kanaatimizce tartışmaya açıktır. Bu

¹⁵¹⁴ **ÖZ**, s. 867.

¹⁵¹⁵ Beş senelik müruru zaman kenar başlığını taşıyan eBK m. 126 hükmü şu şekildeydi: “*Aşağıdaki alacak veya davalar hakkında beş senelik müruru zaman cari olur:*

4 – (Ek: 29/6/1956 - 6763/41 md.) Ticari olsun olmasın bir şirket akdine dayanan ve ortaklar arasında veya şirketle ortaklar arasında açılmış bulunan bütün davalar ile bir şirketin müdürleri, temsilcileri, murakıplarıyla şirket veya ortaklar arasındaki davalar, vekalet akdinden, komisyon aktinden, acentalık mukavelesinden, ticari tellallık ücreti davası hariç, tellallık akdinden doğan bütün davalar, mütaahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar.”

Öğretide bu hükmün yorumu son derece tartışmalı olmuştur. Bu uzun hüküm, hem ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ağır kusur durumu hariç bu maddenin kapsamı dışına çıkarıldığı şeklinde, hem de ağır kusur hariç ayıba karşı tekeffülden doğan hakların bu hüküm kapsamına alındığı şeklinde anlaşılmaya müsaitti. Öğretide genellikle bu hükümde ağır kusur hariç ayıba karşı tekeffülden doğan hakların bu hükme değil eBK m. 363 hükmüne tabi olması savunulmuşsa da Yargıtay uygulaması, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların bu hükümdeki beş yıllık zamanaşımı, sadece yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması yönünde olmuştur. Bkz. **ÖZ**, s. 873. TBK'nin yürürlüğünün öncesindeki hukuki durum ve ortaya atılan görüşler ile Yargıtay uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ**, C. II, s. 228-233.

¹⁵¹⁶ Krş. **YENİOCAK**, s. 176.

noktada eBK m. 126 hükmüne eklenen 4. bendin gerekçesini hatırlamak uygun olur. Buna göre “... iş hayatında çok geçen ve tarafların alacaklarını zamanında istememeleri yüzünden birçok karışık ve çözülmesi gayet zor davalara sebebiyet veren (...) ve istisna akdinden doğan davalar hakkında on yıllık müruruzaman çok uzun ve bugünkü hayat ihtiyaçlarına aykırı görüldüğünden, bunların da beş senelik müruruzamana tabi tutulması uygun bulunmuş ve bu bakımdan (818 sayılı) Borçlar Kanununun 126 ıncı maddesine 4 üncü bent hükmü eklenmiştir”¹⁵¹⁷. Bu gerekçede ifade edilen ihtiyaç, bugünün iş ilişkilerinde de geçerlidir. Taşınmaz yapılar bakımından özellikle deprem gibi doğal afetlerden kaynaklanan zararlar bakımından yüklenicinin zamanaşımı definden uzunca bir süre yararlandırılmak istenmemesi anlaşılabilir¹⁵¹⁸ ise de taşınmaz yapı dışındaki eserlerde yüklenicinin ağır kusuru bulunsa dahi yirmi yıl gibi uzun bir zamanaşımı süresi kanaatimizce yerinde değildir. El sanatlarıyla uğraşan gerçek kişi bir yüklenicinin ağır kusuru dahi olsa ortaya çıkardığı eserin ayıbından yirmi yıl gibi uzun bir süre için sorumlu tutulması ve zamanaşımı defii hakkından mahrum olmasının pratik hayata ne kadar uygun ve uygulanabilir olduğu sorgulanmalıdır. İş sahibinin hareket alanının bu kadar genişletilmiş ve spekülasyona açık bir ortam yaratılmış olmasının, menfaatler dengesini özellikle gerçek kişi yükleniciler aleyhine bozduğu kanaatindeyiz.

C. AĞIR KUSURUN KEFALET TEMİNATININ SONA ERMESİNDEKİ ROLÜ (TBK M. 592/4)

Kefalet kural olarak sadece kefil borç altına sokan ivazsız bir sözleşmedir¹⁵¹⁹. Kefil olunan borcun alacaklısı, kefil karşısında bir karşı edim üstlenmez¹⁵²⁰. Borçlu da kefaleti elde edebilmek için kefil olana bazı yararlar sağlamış olsa bile bu durum yine de kefaleti ivazlı bir sözleşme haline getirmez. Örneğin borçlunun kefile komisyon

¹⁵¹⁷ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 231.

¹⁵¹⁸ Özellikle 1999 Marmara depreminden sonra uygulamada karşılaşılan problemler anımsandığında bu yönde bir düzenlemenin isabetli olduğu belirtilmektedir, bkz. GÖKYAYLA, Sempozyum, s. 290; DEMİR, s. 147. Yargıtay, Marmara depremi sonrası vermiş olduğu kararda zamanaşımı sürelerinin borcun muaccel olmasıyla başlayacağını; zarar henüz ortaya çıkmamışsa haksız fiilden henüz bir borç dahi doğmamış olduğundan (doğmamış bir borç muaccel de olamayacağından) zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğini belirtmişti. Eleştirilen bu karar ve meseleye hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle yaklaşılmasını savunan görüş için bkz. TOK, s. 252.

¹⁵¹⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 822; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 666; ÖZEN, s. 119.

¹⁵²⁰ Bununla birlikte alacaklı bir alacağa kefil olunması karşılığında belirli bir rehin hakkından vazgeçmeyi, bir diğer kefil ibra etmeyi bir karşı edim olarak üstlenebilir. Böyle durumlarda karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanması olanağı ortaya çıkabilir, bkz. ÖZEN, s. 120.

vermesi, kefile borçlu arasındaki iç ilişkiyi ilgilendiren bir husus olup kefalet sözleşmesinin bir ögesi değildir¹⁵²¹.

Kefalet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmakla birlikte sözleşmenin diğer tarafı olan kefil olunan borcun alacaklısının, TMK m. 2 hükmü uyarınca dürüst davranma yükümlülüğü vardır. Dürüst davranma kuralı gereği alacaklı, kefilin borçluya rücu hakkını boşa çıkaracak veya kefilin zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Nitekim TBK m. 592-594 hükümlerinde alacaklının yerine getirmesi gereken bazı ödevlere yer verilmiştir¹⁵²². Hukuk tekniği anlamında bu ödevlerin yükümü yoksa külfet mi olduğu sorgulanabilir. İlgili hükümlerde bahsedilen ödevlere uymamanın yaptırımı genel olarak alacaklının kefalet teminatından tam veya kısmen yararlanamaması olarak düzenlendiğinden bu ödevler çoğunlukla külfet teşkil etmektedir. Ancak konumuz bakımından önem taşıyan TBK m. 592/son hükmünde kefilin, varsa ek zararını da alacaklıdan isteyebileceği düzenlendiğinden ihlal edilmesi halinde kefile tazminat hakkı veren yükümlerin de mevcut olduğu anlaşılmaktadır¹⁵²³.

TBK m. 592 özen gösterme, rehin ve borç senetlerinin teslimi kenar başlığıyla, alacaklının kefile karşı alacağının teminatlarını, ispat vasıtalarını saklama, nakletme ve tevdi ödevlerini düzenlemiştir. TBK m. 592, eBK m. 499 ve m. 500 hükümlerini bünyesinde birleştiren bir düzenleme niteliğindedir. eBK m. 500 hükmünde alacaklının özen yükümünün konusu olan teminatlar bakımından bir sınırlama bulunmamaktaydı¹⁵²⁴. TBK m. 592 ise m. 596 ile uyumlu olarak alacaklının özen yükümünün konusu olan teminatlar bakımından kefalet sözleşmesinin yapılmasından önce ve sonra verilen teminatlar arasında ayrımlar içermektedir.

Alacaklı öncelikle kefile alacağını almadan önceki aşamada teminatların azalmasına yol açacak davranışlardan kaçınmalıdır. Alacaklının, kefilin halefiyetinin kapsamına

¹⁵²¹ TANDOĞAN, ÖBİ, C. II, s. 695; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 789.

¹⁵²² Bu hükümlerden yola çıkılarak alacaklının kefil karşısında genel bir özen yükümü altında olduğunun söylenemeyeceği, aksi halde kefaletin alacaklı için son derece elverişsiz bir teminata dönüşeceği belirtilmekte ve özenin, belirli zararların ortaya çıkmaması için söz konusu olduğu söylenmektedir. Bu hususta bkz. ÖZEN, s. 438.

¹⁵²³ Detaylı değerlendirmeler için bkz. ÖZEN, s. 121 vd.

¹⁵²⁴ Şöyle ki eBK m. 500/1 hükmünde hem kefalet akdi sırasında tesis edilen hem de sonradan elde edilen teminat bakımından alacaklının özen yükümlülüğü düzenlenmiş ve alacaklının bu teminatları kefilin zararına olacak şekilde azaltması veya delillerini elden çıkarması suretiyle özen yükümüne aykırı davranmasının kefile karşı sorumluluk doğuracağı belirtilmiştir.

giren rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını, kefilin zararına olacak şekilde azaltmasının sonucu TBK m. 592/1 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre kefilin zararının daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe kefilin alacaklıya karşı sorumluluğu da teminatlardaki azalmaya uygun düşen bir miktarda azalır. Kefil, sorumluluğu azalmış olmasına rağmen bunun üzerinde bir ifade bulunmuş ise fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteyebilir (TBK m. 592/1). Bu hükümde, hükmün son fıkrasından farklı olarak alacaklının kefilin zararına olarak teminatları azaltmasının kefilin borçtan kurtulmasını sonuçlaması kabul edilmemiş; kefilin sorumluluğunda teminatlardaki azalma miktarına azalmaya sebep olması düzenlenmiştir¹⁵²⁵. Bu sonucun doğması, alacaklının ağır kusuruna da bağlı kılınmamıştır.

Kefilin, TBK m. 596/1 gereği alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olması, alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu alacağın mevcut teminatlarla birlikte kefile geçmesine sebep olur. Kefilin asıl borçluya rücu hakkı bakımından alacak hakkının ispatına yarayan belgelerin ve teminatların korunması ve kendisine teslimi, kefil için özel bir önem taşır¹⁵²⁶. Alacaklı, borçlu ile olan asıl borç ilişkisiyle ilgili olup alacağın tahsiline hizmet eden başta borç senetleri olmak üzere fatura, bono, tespit ya da bilirkişi raporları gibi belgeleri kefile teslim etmeli ve ayrıca gerekli diğer bilgileri vermelidir¹⁵²⁷.

Alacak için borçlu veya bir üçüncü kişi tarafından kefaletten önce verilen teminatlar, kefilin alacaklıya halefiyeti kapsamında borçluya rücu ederken yararlanabileceği teminatlar olduğundan alacaklı, bu teminatları özenle korumalı, azaltmamalı ve elden çıkarmamalıdır¹⁵²⁸. Kefaletten sonra verilen teminatlar ise kural olarak alacaklının özen yükümünün konusunu oluşturmaz. Çünkü kefil, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olanlara; kefalet anında var olmayanlara ise bizzat asıl borçlu tarafından sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olur (TBK m. 596/2). Dolayısıyla kefaletten sonra verilen teminatlar esas borçlu tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından

¹⁵²⁵ ÖZEN, s. 461.

¹⁵²⁶ GÜMÜŞ, BHÖH, s. 423; ÖZEN, s. 440.

¹⁵²⁷ KILIÇOĞLU, BHÖH, s. 698; EREN, BHÖH, s. 786.

¹⁵²⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 823; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 697; ÖZEN, s. 444.

verilmişlerse halefiyet kapsamının dışında kalacağından¹⁵²⁹ alacaklıyı bu teminatlar bakımından da özen yükümü altında tutmaya gerek yoktur¹⁵³⁰. Ancak asıl borçlu tarafından kefaletten sonra verilen teminatlar, kefaletle temin edilmiş alacağın özel güvencesi olarak verilmiş olması halinde kefilin alacaklıya halefiyetinin kapsamında olacağından bu teminatlar da alacaklının özen yükümünün konusunu oluşturur¹⁵³¹. Rehin veya diğer teminatların kefalet ile teminat altına alınan borç için özel olarak verildiğinin kabul edilmesi için, teminat sözleşmesinde zikredilen alacaklar arasında kefalet ile temin edilen alacağın da özel olarak zikredilmiş olması yeterlidir¹⁵³².

Alacaklının korumakla yükümlü olduğu teminatların kapsamına hapis hakkı, asıl borç için verilen diğer kefaletler, rüçhan hakları, teminat amacıyla verilen kıymetli evrak ve sair teminatlar girer. Güvence kavramının geniş yorumlanmasıyla inançlı temlik, teminat amacıyla alacak devri, borca katılma sözleşmelerinin de alacaklının koruma yükümlülüğünün kapsamında olduğu belirtilmektedir¹⁵³³.

Alacaklı her şeyden önce mevcut teminattan vazgeçmemek ve onların değerini azaltacak hukuki işlemlerde bulunmamakla yükümlüdür. Alacaklı gerektiğinde teminatın haczine karşı koymak; taşınmazın rehin değerinin düşmesine engel olacak tedbirler almak; rehnedilen alacağın faizlerini ve vadesinde kendisini tahsil etmekle yükümlüdür. Teminatı saklama bakımından alacaklının bir vekil gibi özen göstermesi gerekir¹⁵³⁴.

Alacaklının kefile karşı olan bu ödevlerini yerine getirmemesinin sonuçları da yine aynı maddede (TBK m. 592/son) düzenlenmiştir. Daha önce de değindiğimiz üzere bu ödevler çoğunlukla külfet niteliğini taşımakta olup uyulmaması halinde alacaklının

¹⁵²⁹ Kefaletin akdinden sonra verilen teminatın borçlu veya üçüncü kişiler tarafından verilmiş olması arasında eBK döneminde bir ayrım yapılmamaktaydı. Bu durum öğretide, kefilin mevcut teminatı göz önünde tutarak taahhüt altına girdiği, onu diğer teminat verenlere oranla ayrıcalıklı kılmak için bir sebep olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir, bkz. **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 786. İsviçre BK m. 507 hükmünü referans alan TBK m. 596 hükmünün ikinci fıkrasında, aksi kararlaştırılmadıkça kefilin güvencelerden kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olacağı düzenlenmek suretiyle hakkaniyete uygun görülmeyen ve eleştiri konusu olan bu durum giderilmiştir.

¹⁵³⁰ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 823; **ÖZEN**, s. 443. Krş. **DEVELİOĞLU**, s. 393; **AYAN**, **Serkan**, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 715.

¹⁵³¹ **DEVELİOĞLU**, s. 395; **AYAN**, s. 716; **ÖZEN**, s. 444.

¹⁵³² **ÖZEN**, s. 445; **ÇINAR**, s. 135.

¹⁵³³ **ÇINAR**, s. 136. Krş. **DEVELİOĞLU**, s. 394.

¹⁵³⁴ **TANDOĞAN**, **ÖBİ**, C. II, s. 785. Krş. **ÖZEN**, s. 446-447.

kefalet teminatı bakımından durumunu elverişsiz hale getirir¹⁵³⁵. Tez konumuz bakımından önem arz eden nokta, alacaklı özen yükümüne aykırı olarak mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri ağır kusuruyla elinden çıkarırsa kefilin borcundan kurtulacak olmasıdır (TBK m. 592/son). Alacaklı teminatların bir kısmını elden çıkarmış olmakla birlikte kusuru hafif ihmal düzeyindeyse TBK m. 592/1 uyarınca kefilin sorumluluğu elden çıkarılan teminat miktarınca azalacaktır¹⁵³⁶.

Eğer kefil rücu ilişkisinde yararlanabileceği alacaklıya halef olduğu teminatlardan alacaklının ağır kusurlu davranışları nedeniyle mahrum kalmış ancak bu hususu bilmeden sorumluluğunun devam ettiği düşüncesiyle ödemede bulunmuş ise kefil, alacaklıdan bu ödemeyi geri isteyebilir¹⁵³⁷. İadenin hangi hükümlere göre yapılacağı kanunda açıkça belirtilmemiş ise de öğretide sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵³⁸. Bunun dışında uğradığı ek zarar varsa bunun giderilmesini de alacaklıdan talep edebilir (TBK m. 592/son). Alacaklının ağır kusuruyla kefaletten önce alacağı teminat altına almış olan bir ipoteğin kaldırılmasını talep ederek terkin ettirmesi veya birlikte kefillerden birini ibra etmesi TBK m. 592/son hükmünün uygulamasına örnek teşkil edebilir¹⁵³⁹.

TBK m. 592 hükmünün ilk ve son fıkrası birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşılmaktadır: alacaklı teminatlara veya ispat araçların yönelik özen borcuna hafif ihmalle aykırı davranmışsa kefilin sorumluluğu, teminatın değeri ölçüsüne azalır. Fakat bu durumda alacaklı, kefilin zararının daha az olduğunu ortaya koyarsa kefilin

¹⁵³⁵ Alacaklının teminatları ve ispat vasıtalarını saklama ile kefile nakletme ve tevdi ödevleri arasında eBK döneminde bir ayrım yapıldığı anlaşılmaktadır. Alacaklının teminatı ve ispat vasıtalarını kusurlu olarak elden çıkarması ve kefilin bu yüzden zarara uğraması, alacaklıya bu zararı tazmin borcu yüklemektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde alacaklının ödevi külfet değil gerçek anlamda bir yükümlülüktür. Alacaklının teminatları ve bunların delillerini kefile tevdi ve nakli ise bir külfet olarak görülmüş, bu külfetin yerine getirilmemesi alacaklının kefile karşı hakkının düşmesi ve kefilin borçtan kurtulması sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir. Alacaklının ödevlerine aykırılığının sonuçları arasında bu şekilde bir ayrım yapılmasının gerekçesi olarak teminatları ve ispat vasıtalarını saklamaya aykırılıkta çoğu zaman ihmalin; bunları kefile tevdi ve nakletmemede ise kastın bulunduğu gösterilmiştir. Öğretide bu gerekçe ve ayrım eleştirilmiş ve İsviçre BK m. 503 hükmünde bu ayırmadan vazgeçilmiştir. Bkz. **TANDOĞAN, ÖBİ**, C. II, s. 786 ve dn. 36. TBK m. 592 hükmünde de (madde gerekçesinde belirtildiği üzere) İsviçre BK m. 503 hükmü referans alınmıştır.

¹⁵³⁶ **ÖZEN**, s. 450.

¹⁵³⁷ **KILIÇOĞLU, BHÖH**, s. 698-699; **ÖZEN**, s. 456.

¹⁵³⁸ **ÖZEN**, s. 454; **ÇINAR**, s. 140. Böyle bir talebin sözleşmesel bir talep niteliğinde olduğu yönünde bkz. **AYAN**, s. 732.

¹⁵³⁹ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 824.

sorumluluğu zararı ölçüsünde azalır¹⁵⁴⁰. Alacaklının teminatlara yönelik özen borcuna, daha açık olarak sorumlu olduğu ispat araçlarını ve teminatlarını elden çıkarmama borcuna, ağır kusurla aykırı davranması halinde kefil sorumluluktan tamamen kurtulur¹⁵⁴¹. Alacaklının örneğin deprem felaketi nedeniyle korunması ve kefile teslim edilmesi gereken belgeleri kusuru olmaksızın kaybetmiş olması halinde kefilin sorumluluğu bundan etkilenmeyecektir¹⁵⁴². Maddenin teminatın azaltılmasını düzenleyen ilk fıkrasının aksine son fıkrasına göre alacaklının ağır kusurunun bulunması halinde kefilin zararının bulunup bulunmaması onun sorumluluğunun sona ermesi bakımından önem taşımaz¹⁵⁴³. Buna göre alacaklının kefilin zarar göreceğini bilerek ve isteyerek rehin hakkından feragat etmesi; rehin açığı belgesini veya teminat senedini ağır ihmalle ortadan kaldırması gibi hallerde asıl borçlunun malvarlığının borcu karşılamaya yeterli olsa bile (kefilin zarar görme ihtimali olmasa bile) kefilin sorumluluğu sona erer¹⁵⁴⁴.

D. AĞIR KUSURUN, KİRAYA VEREN AÇISINDAN KİRA SÖZLEŞMESİNİN FESİH PROSEDÜRÜNÜ KOLAYLAŞTIRMAK SURETİYLE KİRACININ HUKUKİ DURUMUNU AĞIRLAŞTIRMASI

Kira sözleşmesinde kiracının borçlarından birisi de kiralanana sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmaktır. Kiracı, taşınmazda oturan diğer kişiler ile komşularına gerekli saygıyı göstermekle yükümlüdür. Kiracının bu yükümlülüğüne aykırı davranması, kiraya verene sözleşmeyi fesih hakkı sağlamaktadır¹⁵⁴⁵. Fesih prosedürü ise konut ve çatılı iş yeri kiraları ile diğer kira ilişkilerinde farklıdır. Genel olarak kiraya veren, kiracıya önceden bir ihtarda bulunmasına gerek olmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir. Konut ve çatılı iş yeri kiralarında ise kiraya verenin, özenle kullanma ve komşularına saygı gösterme yükümlülüğüne uymayan kiracıya en az otuz gün süre vererek söz konusu aykırılığın giderilmesini aksi halde sözleşmeyi

¹⁵⁴⁰ ÖZEN, s. 450; AYAN, s. 730.

¹⁵⁴¹ ÖZEN, s. 461; ÇINAR, s. 139; GÜMÜŞ, BHÖH, s. 426; AYAN, s. 729; EREN, BHÖH, s. 786.

¹⁵⁴² AYAN, s. 708.

¹⁵⁴³ ÇINAR, s. 139; AYAN, s. 729.

¹⁵⁴⁴ ÇINAR, s. 138-139.

¹⁵⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ACAR, s. 333 vd.

feshedeceğini yazılı olarak ihtar etmesi gerekir. Kiraya veren elbette ki sözleşmeyi feshetmek zorunda değildir; feshetmek istemekteyse bu usule uymak zorundadır¹⁵⁴⁶.

Fesih bildiriminden önce ihtar etme gerekliliği, konut ve çatılı işyeri kirasında kiracının lehine olan bir prosedürdür. Ancak TBK m. 316 hükmünün son fıkrasında bu prosedüre uymaya gerek bırakmayan ve kiraya verenin doğrudan yazılı fesih bildirimini yapabileceği haller belirtilmiştir. Buna göre kiracının,

- kiralananana kasten ağır bir zarar vermesi,
- kiracıya verilecek sürenin yararsız olacağının anlaşılması,
- kiracının bu yükümlülüğe aykırı davranışının kiraya veren veya aynı taşınmazda oturan kişiler ile komşular bakımından çekilmez olması

durumlarında kiraya veren yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir. Böylece feshin şekli koşulu olan ihtar şartı ortadan kalktığından ve otuz günlük süre söz konusu olmayıp fesih hemen gerçekleştiğinden konut ve çatılı iş yeri kiralarında feshe muhatap olmak bakımından kiracının durumu ağırlaşmaktadır¹⁵⁴⁷.

Madde metninde kiracının kiralananana ağır bir zarar vermesi bakımından ağır kusuru değil kastı aranmaktadır. Doğrudan veya dolaylı kastın tespiti gerekir. Bilinçli ihmal ile dolaylı kast arasındaki sınırın belirgin olmaması hükmün uygulanmasında tereddütlere yol açabilir. Bu sebeple kanaatimizce kanunun genelinde yaygın olarak benimsenen ağır kusur-hafif kusur ayırımına uygun olarak bu maddede de kast yerine “kiracının ağır kusuruyla kiralananana zarar vermesi” daha uygun bir tercih olurdu. Bu durum kiracı ve kiraya veren arasındaki menfaat dengesini de kiracı aleyhine bozmazdı, zira kiracının kiralananana vereceği zararın da “ağır” olması aranmaktadır. Dolayısıyla ağır zarara ağır kusurla neden olma, ihtarsız hemen feshin hukuki olguları olarak yeterli kabul edilebilirdi.

E. AĞIR KUSURU BULUNAN DAVA TARAFININ FER’İ MÜDAHİL İLE ARASINDAKİ RÜCU İLİŞKİSİ

¹⁵⁴⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 281.

¹⁵⁴⁷ TBK m. 316 hükmüne göre kira sözleşmesi fesihle sona erdiğinde kiralananın geri verilmesi kendiliğinden bir borç olarak doğmaktadır. İadeyi sağlamak için dava açmak da gerekebilir. Taşınmazlar bakımından doğrudan tahliye davası açılması halinde fesih iradesinin de tahliye talebi bünyesinde bulunduğu kabul edilebileceği belirtilmektedir, bkz. ACAR, s. 337, pn. 24.

1. Hukuk Uyuşmazlıklarında Fer'i Müdahaleye İlişkin Genel Düzenleme

Görölmekte olan bir davanın sonucunda hakkı veya borcu etkilenecek olan üçüncü kişinin, taraflardan birinin yanında onun davayı kazanması amacıyla davaya katılması mümkündür. Davaya müdahalenin bu türüne fer'i müdahale, davaya katılana da fer'i müdahil denir¹⁵⁴⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 66 hükmünde belirtildiği üzere fer'i müdahilin, yanında davaya katıldığı tarafın davayı kazanmasında hukuki yararı bulunmalıdır ve fer'i müdahale talebini tahkikat bitinceye kadar yapmalıdır. Tahkikatın bitmesinden sonra hüküm verilmeden ve hüküm verildikten sonra ve kanun yolu aşamasında davaya müdahale mümkün değildir¹⁵⁴⁹.

Davaya müdahale talebinin kabulü hâlinde müdahil, davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir (HMK m. 68/1). Müdahale talebinin karara bağlanmasından önceki işlemlere itiraz edemez veya onların yenilenmesini isteyemez. Müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebilir; onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usul işlemlerini yapabilir (HMK m. 68/1, c. 2).

Hüküm, davanın tarafları olan davacı ve davalı hakkında verilebilir. Üçüncü kişinin taraflardan birinin yanında davaya katılması bu durumu değiştirmez. Nitekim HMK m. 69/1 hükmünde, müdahilin de yer aldığı asıl davada hükmün, taraflar hakkında verileceği açık bir şekilde belirtilmiştir.

Fer'i müdahalenin etkisi, fer'i müdahil ile yanında davaya katıldığı ve davayı kaybeden taraf arasındaki ilişkide görülür. Fer'i müdahil ile taraf arasında görölecek ikinci davada ortaya çıkacak bazı sorunlar, ilk davada çözümlenmiş ve karara bağlanmış olabilir. İlk davanın, görölecek ikinci davaya etkisi, HMK m. 69/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak fer'i müdahil, ilk davada verilen hükmün yanlış olduğunu ve bu bağlamda hükmün dayandığı vakıaların da yanlış olduğunu ikinci davada ileri süremez.

¹⁵⁴⁸ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yekın Yayınları, Ankara 2016, s. 494-495.

¹⁵⁴⁹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 496.

Fer'i müdahalenin bu etkisi, çelişik kararların verilmesini önlemek ve böylece mahkeme kararlarına güveni sağlamak, usul ekonomisine katkı yapmak gibi işlevlere sahiptir.

HMK m. 69/2 hükmünde fer'i müdahalenin etkisinin mutlak olmadığını gösteren ve onu sınırlayan bazı ihtimallere de yer verilmiştir. Şöyle ki, fer'i müdahil davanın kendisine çok geç ihbar edilmesinin veya hiç ihbar edilmemesinin davaya katılımını geciktirdiğini; asıl tarafın davayı iyi yürütemediğini, eksik veya yanlış iddia ve savunmada bulunduğunu, bu nedenle davanın kısmen veya tamamen kaybedilmesine neden olduğunu; dava kendisine zamanında ihbar edilseydi davanın kaybedilmeyeceğini ileri sürerek ilk davanın, kendisinin taraf olduğu ikinci dava üzerindeki etkisini kırabilir. Benzer şekilde fer'i müdahil, ilk davada yanında davaya katıldığı tarafın, lehe olan iddia ve savunma imkanlarını kullanmasını engellemesi söz konusu olduysa ikinci davada bu hususa dayanabilir. Örneğin asıl tarafın ikrarı sebebiyle bazı savunma vasıtaları ileri sürülemediyse ikinci davada bu durumun gözetilerek hüküm kurulmasını talep edebilir¹⁵⁵⁰. Yine asıl taraf, fer'i müdahilin bilmediği iddia ve savunma vasıtalarını ağır kusuruyla kullanmamışsa fer'i müdahil ikinci davada, ilk davada yanında katıldığı tarafın yargılamayı iyi yürütüp yönetmediğini ileri sürebilir. Örneğin fer'i müdahilin bilmediği zamanaşımı def'ini asıl taraf bilmesine rağmen kasten ileri sürmemişse ve bu sebeple dava asıl tarafın aleyhine sonuçlanmışsa fer'i müdahil bunu ispat edebildiği ölçüde ilk davanın ikincisi üzerindeki etkisini bertaraf eder¹⁵⁵¹.

2. Satıcının Zapt Sorumluluğuna İlişkin Özel Düzenleme

TBK m. 215 hükmünde satış konusunun dava açılarak kendisinden zapt edilmesi tehlikesiyle karşılaşan alıcının, davayı satıcıya bildirmesi, bildirmemesi ve alıcı aleyhine verilen hükmün etkisi konuları düzenlenmektedir. Üçüncü kişinin üstün hakkını alıcıya karşı dava yoluyla ileri sürmesi üzerine satılanın elinden alınması tehlikesiyle karşılaşan alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirme külfeti altındadır. Alıcının bu külfete aykırı olarak bildirim yapmaması tek başına satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz; ancak satıcıya bir kurtuluş imkanı sunar¹⁵⁵². Şöyle ki TBK m.

¹⁵⁵⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 499.

¹⁵⁵¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 499.

¹⁵⁵² YAVUZ, N., s. 177; YOLDAŞ, s. 94. Yarg. 20. HD., E. 2015/13354, K. 2017/2345, T. 23.03.2017: "Dolayısıyla alıcının davayı hiç veya vaktinde ihbar etmemesi halinde, satıcı kendisine zamanında haber

215/3 hükmüne göre dava, kendisine yüklenilemeyen sebeplerden dolayı satıcıya bildirilmemişse satıcı, kendisine zamanında bildirimde bulunulmuş olsaydı daha elverişli bir hüküm elde edilebileceğini ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulur. Buna göre kendisine bildirilmeyen davaya katılmayan satıcı, üçüncü kişi lehine verilen hükmün yanlış olduğunu, üçüncü kişinin tam veya kısmi zapta hakkı olmadığını ve dava zamanında kendisine bildirilmiş olsaydı davanın tamamen veya kısmen reddine dair bir hüküm elde edilebileceğini ispatlayarak zapttan sorumluluktan o ölçüde kurtulabilir¹⁵⁵³.

Bildirim, davaya katılmaya ve savunmaya elverişli bir zamanda yapılmalıdır. Bildirimin bu nitelikte ve usul şartlara uygun olup olmadığı, alıcı ve üçüncü kişi arasındaki uyuşmazlığa bakan mahkeme tarafından değil, daha sonra alıcı ve satıcı arasındaki satıcının zapt sorumluluğunu inceleyecek olan mahkeme tarafından değerlendirilecektir¹⁵⁵⁴. Alıcı, kendisine karşı açılan davayı satıcıya bildirdiği takdirde satıcı, durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca ya alıcının yanında davaya katılma ya da alıcının yerine geçerek üçüncü kişiye karşı davayı takip etmek ve savunmak zorundadır (TBK m. 215/1). Madde metninde belirtilen zorunluluk, bir yükümlülük değil külfettir. Bu külfeti yerine getirmeyen satıcı, alıcının kendisine karşı açacağı zapttan sorumluluk davasında savunma bakımından elverişsiz bir duruma düşer¹⁵⁵⁵.

Davaya katılmaya ve savunmada bulunmaya uygun bir zamanda yapılan bildirimde rağmen satıcı davaya katılmazsa dava sonunda alıcı aleyhine verilecek hüküm kural olarak satıcıyı da bağlar¹⁵⁵⁶. Alıcı aleyhinde verilen hükmün, satıcı için de sonuç doğurması TBK m. 215/2’de açıkça düzenlendiği gibi, “ihbarın etkisi” kenar başlığını taşıyan ve HMK m. 69 hükmüne atıfta bulunan HMK m. 64’ten de anlaşılmaktadır. Bahsi geçen hükümler birlikte değerlendirildiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır:

verilmiş olsa idi ne dereceye kadar daha elverişli bir sonuç elde edilebileceğini ispat ederse sorumluluktan o derecede kurtulur. Demek ki, ihbarın yapılmaması halinde, alıcının hakları mutlaka tamamen ortadan kalkmamakta, alıcı ancak satıcı daha elverişli sonuç alınacağını ispat ettiği takdirde ve oranda bu hakları kaybetmektedir.”, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 02.03.2024).

¹⁵⁵³ **NOMER/ENGİN**, Madde 215, pn. 23; **SEROZAN**, B. Özel, kn. 632; **YOLDAŞ**, s. 87; **YAVUZ**, N., s. 177.

¹⁵⁵⁴ **NOMER/ENGİN**, Madde 215, pn. 12.

¹⁵⁵⁵ **NOMER/ENGİN**, Madde 215, pn. 13.

¹⁵⁵⁶ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 68; **ZEVLİLER/GÖKYAYLA**, s. 144; **YOLDAŞ**, s. 94; **ERCOŞKUN ŞENOL**, s. 91.

ihbarda bulunan alıcının, satıcıya karşı açacağı zapttan sorumluluk davasında üçüncü kişinin üstün hakkını ispat etmesi gerekmeyişi gibi satıcı da bu davaya kendisinin katılmadığını ve taraf olmadığını, üçüncü kişi ile alıcı arasındaki davada verilen hükmün yanlış olduğunu, zapt şartlarının gerçekleşmediği yolunda bir savunmada bulunamaz¹⁵⁵⁷. Ancak bu noktada satıcıya TBK m. 215/2 hükmünde, alıcının aleyhinde verilen hükmün onun ağır kusuru¹⁵⁵⁸ yüzünden verildiğini ispat edebilme ve böylece hükmün kendisi için bağlayıcı olamamasını sağlama imkanı tanınmıştır. Örneğin satıcının, alıcının elindeki belgeleri dosyaya sunmadığını, bildiği tanıkları davet ettirmediğini dolayısıyla ağır kusurunun bulunduğunu ispatlaması, sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilir¹⁵⁵⁹.

Satıcı davaya dahil olarak¹⁵⁶⁰ alıcıya yargılama aşamasında yardımcı bulunmuş ve dava alıcı lehine sonuçlanmışsa zapt tehlikesi bertaraf edildiği için satıcının zapt sorumluluğu da artık söz konusu olmaz. Fakat dava alıcının aleyhine sonuçlanmışsa verilen hüküm satıcı için de etkili olur¹⁵⁶¹. Bu etki, fer'i müdahalenin etkisini düzenleyen HMK m. 69/2 hükmüne göre gerçekleşir. Şöyle ki, fer'i müdahil olan satıcının, davada taraf olan alıcıyla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenilmez. Ancak satıcı, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, alıcının ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı alıcının yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir¹⁵⁶².

III. AĞIR KUSURUN, ZARARDAN BİRDEN FAZLA KİMSENİN SORUMLU OLMASINDA (MÜTESELSİL SORUMLULUKTA) UYGULAMA ALANI

¹⁵⁵⁷ NÖMER/ENGİN, Madde 215, pn. 22; SEROZAN, B. Özel, kn. 631.

¹⁵⁵⁸ EBK'de ise m. 190/2 hükmünde alıcının "hilesi veya ağır bir hatası"ndan bahsedilmekteydi. Bu durum öğretide eleştirilmekte ve bu terimlerin kast veya ağır ihmal olarak anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. YOLDAŞ, s. 97.

¹⁵⁵⁹ NÖMER/ENGİN, Madde 215, pn. 22; YAVUZ, N., s. 177; YOLDAŞ, s. 94.

¹⁵⁶⁰ Durumun gereğine göre ve yargılama usulü uyarınca satıcının tercih edebileceği iki seçenek bulunmaktadır: alıcının yanında davaya katılma ve alıcı yerine geçerek davayı takip etme. Taraf yanında davaya katılma Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 66 vd. hükümlerinde fer'i müdahale adı altında düzenlenmiş iken alıcı (taraf) yerine geçerek davayı takip etme şeklinde bir usule HMK'de yer verilmemiştir.

¹⁵⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 68; YOLDAŞ, s. 96.

¹⁵⁶² NÖMER/ENGİN, Madde 215, pn. 18.

Borç ilişkisinde özel bir durum olarak borçlular arasında teselsülün, yani müteselsil borçluluğun doğuşu, dış ve iç ilişkideki hükümleri TBK m. 162-168 arasında düzenlenmektedir. Müteselsil borçluluk, birden çok borçlunun, bir veya birden çok alacaklıya karşı, edimin tamamından sorumlu bulunduğu ve borçlulardan birinin yahut birkaçının borcu ifası sonucunda, ifa edilen miktar kadar diğerlerinin de borçtan kurtulduğu borç ilişkisidir¹⁵⁶³.

Müteselsil sorumluluk ise borçluların yükümlülüklerini yerine getirme konusundaki mecburiyetlerini ifade eder. Bunun yanı sıra müteselsil sorumluluk, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da haksız fiil halinde meydana gelen zararda sorumluluğun çeşidini ifade etmek için kullanılır. Buna göre müteselsil sorumluluk, aynı zararın oluşumunda rolü olan ancak zararın hangi kısmından sorumlu olduğu tespit edilemeyen birden fazla kimsenin, niteliği itibarıyla bölünmeye elverişli çoğunlukla para ediminden oluşan tazminatın tamamını ifa etmekle yükümlü olduğu; alacaklı zarar görenin de dilediği sorumludan edimin tamamını veya bir kısmını talep yetkisine sahip olduğu, sorumlulardan birinin ödeme yaptığı oranda diğerlerinin de sorumluluktan kurtulduğu bir sorumluluk türüdür¹⁵⁶⁴.

Müteselsil borçluluk ve müteselsil sorumluluğun uygulama açısından aynı olduğunun kabulüyle¹⁵⁶⁵ yapılan bir tanım ise şu şekildedir: Müteselsil borçluluk bir irade beyanı

¹⁵⁶³ **ALTAY, Sabah**, “Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2011, C. 17, S. 1-2, ss. 393-411, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/315/1489>, (Erişim T. 08.03.2024), s. 393; **ARAT, Ayşe**, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları”, *SÜHFD*, Y. 2018, C. 26, S. 2, ss. 325-366, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/39131/409641>, (Erişim T. 08.03.2024), s. 326-327; **ARMAĞAN, Davut**, “Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü”, *İHM*, Y. 2019, C. 77, S. 2, ss. 617-667, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682352>, (Erişim T. 16.02.2024), s. 621; **YENİOCAK**, s. 180; **DOĞAN, Gökçen**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Müteselsil Sorumluluk Sistemi”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 97-135, (Kıs. DOĞAN, G.), s. 101. Öğretideki diğer tanımlamalar için bkz. **ŞAHİN CANER, Ayşenur**, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 10-12. Krş. **DAĞDELEN, Ahmet Hakan**, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarına Borçlular Arası Teselsül, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 5.

Müteselsil kefalet ile karşılaştırması için bkz. **ERLÜLE, Fulya**, “Müteselsil Kefalet Ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *EÜHFD*, Y. 2003, C. VII, S. 1-2, ss. 629-644, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63553/973973>, (Erişim T. 07.03.2024).

¹⁵⁶⁴ **YAĞCIOĞLU, Ali Haydar**, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 7.

¹⁵⁶⁵ Buna göre birden fazla kişinin kendi arasında anlaşarak alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmayı kabul ettikleri durumda müteselsil borçluluk; birden fazla kişinin haksız fiilden sorumlu olduğu durumlarda müteselsil sorumluluk ifadeleri kullanılmalıdır. Ancak haksız fiillerde yer alan durum da

veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden fazla borçlularından her birinin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu, alacaklının ise tamamını ancak bir defa elde etmek üzere edimi borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan fiili ile diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları bir borçluluk halidir¹⁵⁶⁶.

TBK m. 162 hükmüne göre müteselsil borçluluğun kaynağı hukuki işlem¹⁵⁶⁷ veya kanun hükmü olabilir¹⁵⁶⁸. Birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirdiği¹⁵⁶⁹ ya da kanunda müteselsil borçluluğun öngörüldüğü diğer hallerde söz konusu olan müteselsil borcun konusu, bu hükümlerde ayrıca belirtilip sınırlandırılmadığından TBK m. 162 vd. hükümleri genel hüküm teşkil eder. Hakkında özel hüküm bulunmayan veya tarafların aralarında farklı bir düzenleme getirmediği durumlarda müteselsil borçluların kendi aralarındaki (iç)¹⁵⁷⁰ ve bunlarla alacaklı arasındaki (dış) ilişki¹⁵⁷¹ TBK m. 162 vd. yer alan genel hükümlere tabidir.

müteselsil borç ilişkisinin kanun tarafından düzenlenmiş halidir. Bu nedenle her iki hukuki kurum nitelik itibarıyla aynı olmakla sözleşme hukukunda alacaklı ve müteselsil borçlulardan bahsedilirken haksız fiil hukukunda zarar gören ve tazminat borçlularından bahsedilmektedir. Bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 26-27.

¹⁵⁶⁶ **AYGÜN**, s. 510; **AKINTÜRK, Turgut**, Müteselsil Borçluluk, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 35. Krş. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 51.

¹⁵⁶⁷ Öğretide hukuki işlemden doğan müteselsil borçluluk hallerinin “iradi teselsül” üst başlığında toplanması da savunulmakta ve herhalde “akdi teselsül” ifadesinin bu kurumu tam olarak karşılamadığı belirtilmektedir. Bkz. **ŞAHİN CANER**, s. 68.

¹⁵⁶⁸ Borçlular arasında teselsülün bir hakim hükmüyle de doğabileceği belirtilmektedir. Gerçekten usul hukuku kurallarına göre hakim dilerse davayı kaybedenler hakkında yargılama giderleri için teselsül olacağına hükmedebilir. Ancak bu ihtimalde dahi hakim, kanunun tayin ettiği ve sınırlarını gösterdiği bir alanda takdir yetkisini kullandığından TBK m. 162’ye aykırı bir durumdan bahsedilemez. Sonuç olarak mahkeme kararı ile taraflar arasında müteselsil borçluluğun meydana gelebilmesi için bu hususun kanundan doğması gerektiğinden mahkeme kararlarının da kanundan doğan teselsül halleri içinde değerlendirilmesi gerekir. Bkz. **DAĞDELEN**, s. 78; **ŞAHİN CANER**, s. 69.

¹⁵⁶⁹ Hukuki işlemden doğan müteselsil borçlarda kural kısmi sorumluluktur. Birden fazla borçlu aynı borçtan birlikte sorumlu olduklarını kabul etmedikçe aralarında kısmi sorumluluk bulunur. Bunun istisnasını ticari işlerdeki teselsül karinesi oluşturur. Ticari işlerde birden fazla borçlunun bulunduğu durumlarda, aralarında müteselsil borç ilişkisinin olduğu karine olarak kabul edilir. Bkz. **ARAT**, s. 327.

¹⁵⁷⁰ Öğretide müteselsil borçlulukta iç ilişki; borçlular arasındaki, teselsüle vücut veren veya teselsülden meydana gelen hukukî ilişkilerin bütünü olarak tanımlanmaktadır, bkz. **ALTAY**, s. 395.

¹⁵⁷¹ Kullanılan bu kavramların isabetli olmadığı, dış ilişki kavramının aslında borç ilişkisinin taraflarından biri ile üçüncü kişiler arasındaki ilişkiyi; iç ilişki kavramının ise borç ilişkisinin tarafları arasındaki ilişkiyi ifade ettiği eleştirisi yapılmakla birlikte öğretide, alacaklının dahil olmadığı, borçluların kendi aralarındaki ilişki için iç ilişki, bunun sonucu olarak da alacaklı ile borçlular arasındaki ilişki için dış ilişki terimlerinin kullanılması yerleşmiştir. Bkz. **ARAT**, s. 328, dn. 6.

Alacaklının birden çok müteselsil borçluya karşı avantajlı durumu, TBK m. 163 hükmü gereği borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilmesidir. Bu hak sayesinde alacaklı, alacağını borçlulardan en iyi ödeme gücüne sahip olandan talep edebilecektir. Böylece ödeme gücü riski tamamen borçluların üzerine kaydırılmıştır; borçlulardan birinin iflas etmiş olması veya ödeme güçsüzlüğü içinde kalması alacaklıyı ilgilendirmez¹⁵⁷². Yine müteselsil borçlular arasında nasıl paylaştırılırsa paylaştırılsın borçluların alacaklıya karşı sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder (TBK m. 163/2). TBK m. 167 hükmüne göre borçlular arasındaki iç ilişkide eşit paylaşım ilkesi geçerlidir. Müteselsil borçluların iç ilişkide sorumlu oldukları miktarı kararlaştırmamaları veya hukuki ilişkinin niteliğinden aksinin anlaşılmadığı durumlarda borçlulardan her biri alacaklıya yapılan ifadan eşit paylarla sorumludur¹⁵⁷³.

TBK m. 61 hükmünde ise borcun konusunun tazminat olduğu durumlarda müteselsil borçluluğun doğuşu bakımından özel iki durumdan bahsedilmiştir ki bu haller kanaatimizce de TBK m. 162/2’de işaret edilen “kanunda öngörülen haller”in bir örneğidir¹⁵⁷⁴. TBK m. 61 hükmünde birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde haklarında, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Sistematik olarak haksız fiillerden doğan borç ilişkileri bölümünde yer alan TBK m. 61-62, tazminat borcundan müteselsilen sorumlu olanlar hakkında TBK m. 162 vd.’ye göre özel hüküm niteliğindedir. Nitekim TBK m. 62 hükmü, borçluların birbirine rücu ilişkisini (iç ilişki) kusurun ağırlığı ve yaratılan tehlikenin yoğunluğuna göre hakimin takdir yetkisini ön plana çıkararak özel olarak düzenlemekte ve TBK m. 167/1’de öngörülen eşit pay ilkesinden sapmaktadır. Burada zararın tazmini borcu bakımından teselsül söz konusu olduğundan dış ilişkiden anlaşılması gereken zarar gören ve zarar verenler arasındaki ilişkidir. İç ilişki ise zararı tazmin eden zarar verenin, diğer zarar verenlerle olan ilişkisidir ve özellikle zarar verenler arasındaki rücu meselesidir.

¹⁵⁷² DALCI ÖZDOĞAN, s. 51.

¹⁵⁷³ ŞAHİN CANER, s. 257; DALCI ÖZDOĞAN, s. 100-101.

¹⁵⁷⁴ KILIÇOĞLU, A., s. 578; YAĞCIOĞLU, s. 9; DALCI ÖZDOĞAN, s. 59-60; DOĞAN, G., s. 99. EBK dönemindeki düzenlemeler bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. GÜRSOY, Kemal Tahir, “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, Y. 1973, C. 30, S. 1, ss. 57-83, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42760/516183>, (Erişim T. 09.03.2024), s. 64.

TBK m. 61’de bahsedilen “birden çok kişinin birlikte zarar vermesi” genellikle, aynı zarardan o kimselerin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olmalarını ifade eder¹⁵⁷⁵. Ancak tarafların aynı hukuki sebeple veya ortak kusurla¹⁵⁷⁶ zarara yol açmış olmaları gerekli değildir, sözleşme veya genel davranış kuralının ihlali sonucunda aynı nedensellik bağında bulunan ortak bir zararın doğması yeterlidir¹⁵⁷⁷. Maddi veya manevi zarar olabilen tek ve ortak bir zarar, zarar verenlere paylaştırılamayan, her birinin sorumlu olduğu miktarın belli olmadığı, zararın tamamı bakımından sorumluluk sebeplerinden her birinin zorunlu koşul niteliğinde olduğu zarardır¹⁵⁷⁸.

Bizim çalışmamızın bu kısmında üzerinde duracağımız durum ise “birden çok kişinin birlikte zarar vermesi” değil “aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı” sorumluluktur.

818 sayılı BK’dan farklı olarak 6098 sayılı TBK, birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri ile birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmalarını aynı maddede (TBK m. 61), aynı sonuca (teselsül) bağlı kılarak düzenlemiştir¹⁵⁷⁹. Aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumluluk özellikle şu hallerde söz konusu olur¹⁵⁸⁰:

- a. kusur esasına dayanan haksız fiil sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk hali bir arada bulunabilir,
- b. birden fazla kusursuz sorumluluk hali bir arada bulunabilir,
- c. haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluk bir arada bulunabilir,

¹⁵⁷⁵ DAĞDELEN, s. 67; ŞAHİN CANER, s. 106 vd.; DALCI ÖZDOĞAN, s. 60.

Zarara birlikte sebep olmaktan ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüşler hakkında bkz. AYGÜN, s. 514-524; GÜRSOY, s. 59-61.

¹⁵⁷⁶ Müteselsil borçluluk bahsinde kullanılan ortak kusur kavramı, birden çok kişinin önceden veya en geç olay sırasında anlaşarak bilerek veya isteyerek ya da en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olarak haksız fiil işlemlerini ifade etmek için kullanılmaktadır, bkz. NOMER, Tazminat, s. 169; KILIÇOĞLU, A., s. 576; GÖKYAYLA, s. 283; ŞAHİN CANER, s. 107; DALCI ÖZDOĞAN, s. 77, dn. 216; GÖNÜL KOŞAR, s. 278.

¹⁵⁷⁷ TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 1746; ŞAHİN CANER, s. 107; EREN s. 836.

¹⁵⁷⁸ ŞAHİN CANER, s. 112. Krş. DALCI ÖZDOĞAN, s. 60-61.

¹⁵⁷⁹ Nitekim madde gerekçesinde, 818 sayılı Borçlar Kanununun ikili teselsül sisteminin terk edildiği ve her iki teselsül durumunun bir bütün olarak değerlendirilip, aynı hükümlere tâbi tutulduğu belirtilmektedir.

¹⁵⁸⁰ NOMER, pn. 125.3-125.6; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1173. Krş. GÜRSOY, s. 69-71.

d. özel hukuk kapsamındaki bir sorumluluk ile idare hukuku kapsamındaki bir sorumluluk bir arada bulunabilir.

TBK’de sözleşmesel sorumluluğa özgülenmiş kısımda birden çok kişinin aynı zarardan sorumlu olması hali özel olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumluluk, farklı sözleşmelerin ihlalinin kaynaklanan aynı zarar için de mümkün olabilir. Diğer deyişle farklı sözleşmesel sorumlulukların bir araya gelmesiyle gerçekleşebilir¹⁵⁸¹. Bu durumda da tazminat borcu bakımından alacaklıya karşı, iki ayrı borçlu arasında TBK m. 61 hükmü gereği teselsül bulunabilir¹⁵⁸². Örnek olarak araç

¹⁵⁸¹ **DESCHENAUX/TERCIER**, kiralayana ait bir şeyin bozulmasından dolayı kiracının sorumluluğu ile bu şeyin sigortacısının sorumluluğunu örnek olarak göstermektedir, bkz. s. 240, 245. Aynı yönde **DAGDELEN**, s. 56. **TEKİNAY**’ın “*Akitle borç altına girenler arasında kararlaştırılmıyan teselsülün varlığından söz açılmıyacağı hakkında Borçlar Kanununun 141 ci maddesinde kabul edilen prensip müşterek bir kusurlu akdin ihlal edilmesi hallerini değil, sadece akitle tayin edilen borçların ödenmesini öngörmektedir. Akitteki borcun yerine getirilmemesi yüzünden “tazminat” ödemek gerektiği zaman, bir zarara birlikte sebebiyet veren kimseler hakkındaki 50 ci madde hükmünün tercihan ve 98 ci maddenin açık emrine dayanarak uygulanması pek ala mümkün olur*” ifadelerinden aynı kanaatte olduğu anlaşılmaktadır, bkz. **TEKİNAY**, s. 103. Yazarın atıf yaptığı 50 ve 98’inci maddeler, TBK’de 61 ve 114’üncü maddelere karşılık gelmektedir.

GÜRSOY’un eserinde yer alan “*BK 51’in ön gördüğü hal, aynı zarardan A’nın akte, B’nin ise, haksız fiile, veya kanundan ötürü sorumlu olması, veya aynı zarardan sorumlu olanların hepsinin de akte müsteniden sorumlu olmaları halleridir.*” ifadelerinden aynı fikirde olduğu anlaşılmaktadır, bkz. **GÜRSOY**, s. 68. **YAĞCIOĞLU** da uygulamada, sözleşmeyle yüklenici yanında yine proje hazırlama, mühendislik, kontrol hizmeti sunma gibi edimleri üstlenen başka bir sözleşme sorumlusunun da bulunduğu hallerde bunların aynı zarara sebep olmaları halinde birden fazla sözleşme sorumlusunun birlikte sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirtmektedir, bkz. **YAĞCIOĞLU**, s. 104. **DALCI ÖZDOĞAN**’ın, birden çok sözleşmesel sorumlu arasında iç ilişkide sorumluluk paylaşımının eşit paylarla yapılacağı yolundaki görüşe atıf yapmış olmasından dolayı adı geçen yazarın da aynı kanaatte olduğunu düşünmekteyiz, bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 114, dn. 384.

EBK döneminde müteselsil sorumluların iç ilişkisinde aynı sırada yer alan ancak farklı sebeplerden sorumluluklar da eksik teselsül olarak görülmekteydi ve bunun yargıya yansıyan bir örneği olarak mimar ve müteahhit arasında farklı akdi yükümlülüklerden kaynaklanan teselsül gösterilmekteydi, bkz. **NOMER**, Tazminat, s. 170, dn. 9.

¹⁵⁸² Krş. **HONSELL**, §11, pn. 12; **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 1350. Aksi görüş için bkz. **ARMAĞAN**, s. 626, 629. Yazarın TBK m. 61 hükmünü, salt haksız fiillere hasretmiş olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce bu kabul, gerek maddenin sistematik konumu gerek halefi olduğu eBK m. 50 ve 51/1 hükmünü bünyesinde birleştirmesi dikkate alındığında dayanaksız kalmaktadır. Şöyle ki TBK m. 60, 61 ve 62 hükümleri kanun sistematğinde sorumluluk sebeplerinin çokluğunu düzenlemektedir. Sorumluluk sebepleri ise temel olarak haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanır. Zarara yol açan bir davranış hem bir sözleşmeye aykırılık hem de aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir. Çalışmamızın birinci bölümünde değindiğimiz gibi sözleşmeye dayalı sorumluluk hükümleri birçok açıdan tazminat alacaklısının daha lehinedir ve TBK m. 60 hükmünün esaslarına göre hakimin zarar görene çoğu zaman sözleşme hükümlerine göre muamele etmesi beklenir. TBK m. 60’ı takip eden m. 61 hükmünde de bu bağlamda aynı zarardan çeşitli sebeplerden sorumlu olmak da kanun gereği müteselsil sorumluluk yaratan bir durum olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla sözleşmesel sorumluluğu iddia edildiği gibi her zaman TBK m. 61 dışında görmek mümkün değildir. Diğer yandan TBK m. 61’in selefi olan eBK m. 51/1 hükmünde muhtelif sebeplerin ne olduğu parantez içinde açıkça belirtilmiştir ki bunlar haksız muamele, akit ve kanundur. TBK m. 61 hükmünde çeşitli sebeplerin bu şekilde belirtilmemesi bir eksiklik olmadığı gibi akdi, bu sebeplerin dışında görmenin haklı ve yasal zemini kanaatimizce bulunmamaktadır.

maliki, ulaşım hizmetleri için bir şoför istihdam etmiş ve aracın periyodik bakımları konusunda da bir mekanik ustasıyla eser sözleşmesi yapmış olsun. Mekanik ustasının orijinal parça kullanma taahhüdüne aykırı olarak düşük kalitede parça kullanması ile araç şoförünün sadakat ve özen borcuna aykırı olarak aracı hor kullanması sebepleri birleşerek mekanik yönden araçta daha ağır bir arızaya neden olması halinde araç malikinin zararının giderilmesi talebi bakımından her iki farklı borç ilişkisindeki borçlular arasında TBK m. 61 hükmü çerçevesinde teselsül bulunacağı kanaatindeyiz. Başka bir örnek olarak saç ekim işlemini yaptırmak isteyen kişinin bu işlem için özel bir kliniği kiralaması ve saç ekim işlemini yapacak sağlık personeliyle de eser veya vekalet sözleşmesi yapması düşünülebilir. Kliniğin kiraya veren tarafından gerekli şekilde steril hale getirilmemiş olması ile sağlık personelinin özensiz davranışlarının birleşerek kişide bedensel bir zarara yol açması durumunda uğranılan zarardan kiraya veren ve sağlık personelinin müteselsilen sorumlu olacağını düşünmekteyiz.

Türk hukukunda yeterli açıklıkta ortaya konulmadığını düşündüğümüz bu fikrin, İsviçre hukukunda öğretide daha açık ele alındığı ve uygulamada da karşılık bulduğunu görmekteyiz. Şöyle ki birden fazla zarar verenin “ortak kusura” dayanan sorumluluğu (OR 50, tam teselsül) ile “farklı hukuki sebeplere” dayanan sorumluluğu (OR 51, eksik teselsül) arasında bir ayrım vardır. OR 51 hükmünün temel içeriği rücu, yani “iç ilişki” olarak adlandırılan durumdur. Bu ilişki, sorumlulardan hangisi veya hangilerinin zararı nihai olarak ve ne oranda yüklenmesi gerektiği sorusuyla ilgilidir¹⁵⁸³. Eksik teselsülü düzenleyen OR 51’in uygulama alanına - OR 99 III ile bağlantılı olarak – sözleşmeden tek başına sorumlu olan birden fazla sorumlu kişi arasındaki rücu ilişkisinin de dahil olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁸⁴. Eksik teselsül halleri çok tipli veya tek tip olabilir. Çok tipli eksik teselsül için OR 51 II, sorumluların iç ilişkisinde rücu sırasını da belirleyen farklı hukuki sebeplerden kaynaklanan sorumluluk grupları öngörmektedir. Bunlar kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu; sözleşme ilişkisinden kaynaklanan tazminat sorumluluğu ve son olarak kanun hükümlerine dayanan diğer sorumluluk halleridir. Kanun hükümlerine dayanan diğer sorumluluk grubunun içeriğini özellikle kusursuz

¹⁵⁸³ **FISCHER, Willi/ITEN, Marc’Antonio**, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Haftpflichtkommentar, OR 51, 2016, Dike Verlag AG, Art. 51, pn. 2.

¹⁵⁸⁴ **MAZAN, Stephan**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, OR 51, 2016, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 51, pn. 5; **FISCHER/ITEN**, Art. 51, pn. 5; **FURRER/WEY**, kn. 36.

sorumluluk halleri doldurur¹⁵⁸⁵. Eksik teselsülün diğer görünüm tarzı olan tek tip teselsül, birden fazla kişinin aynı hukuki sebepten dolayı aynı zarardan ancak birbirinden bağımsız olarak sorumlu olmasını ifade eder ve bu durum kanunda açıkça düzenlenmiş değildir. Bu duruma örnek olarak kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda zarara sebep olanların ortak değil ayrı kusurlarının olması; yine sözleşme sorumluluğunda birden fazla kişinin aynı zarar için ayrı sözleşmelerden sorumlu olması gösterilmektedir¹⁵⁸⁶. Aynı hukuki sebepten ileri gelen ve “tektip (eksik) teselsül” olarak adlandırılan bu tür sorumluluk kümelerinde, sorumluların rücu ilişkisine OR 51 II hükmünün kıyasen uygulanacağını genel olarak kabul edildiği belirtilmektedir¹⁵⁸⁷. Buna göre sözleşmenin ihlali nedeniyle birbiriyle yarışan sözleşmesel sorumluluklar söz konusu olduğunda müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide, zarar gören tarafa ödemesi gerekenden daha fazlasını ödeyen müteselsil borçlu, mahkemenin takdirine bağlı olarak diğerlerine rücu etme hakkına sahiptir. Ancak hakimın takdir yetkisinin OR 51 II’deki rücu kuralları ile sınırlandırılmadığı; burada kusurun ağırlığının, zarar gören taraf ile tazminat yükümlüsü arasındaki hukuki işlemin özel niteliğinin önemli değerlendirme kriterleri olacağı ifade edilmektedir¹⁵⁸⁸. Teorik olarak tek tip eksik teselsül kavramı altında yapılan açıklamaların İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararı¹⁵⁸⁹ aracılığıyla pratiği de yansıdığını ve uygulama bakımından önem kazandığını görmekteyiz. Bu uyuşmazlıkta bir mimar ve bir inşaat yüklenicisinin sözleşmeden doğan özen yükümlülüklerini ihlal etmesinden dolayı iş sahibini zarara uğratmaları söz konusuydu. Mahkeme, zarardan sorumluluk bakımından mimar ile yüklenici arasında OR m. 50 anlamında ortak kusurun bulunmadığını ancak OR m. 51’e göre eksik teselsülün bulunduğunu tespit etmiştir. Buna göre teselsül halinde borçlunun, aynı zarardan üçüncü bir kişinin de sorumlu olduğunu iddia edemeyeceğini, ancak üçüncü kişinin davranışının uygun nedensellik bağıını kesmesinin bu ilkenin bir istisnasını oluşturduğunu; somut olayda mimarın gerekli tedbirleri almadan yükleniciye talimat vermesinin kusurlu bir davranış olsa da yüklenicinin bu talimatlara uymasıyla ortaya çıkan zararlar arasındaki uygun nedensellik bağıını kesmeye elverişli olmadığını

¹⁵⁸⁵ MAZAN, Art 51, pn. 13-16.

¹⁵⁸⁶ FISCHER/ITEN, Art. 51, pn. 13; MAZAN, Art 51, pn. 20.

¹⁵⁸⁷ FISCHER/ITEN, Art. 51, pn. 13, 30; MAZAN, Art 51, pn. 20.

¹⁵⁸⁸ FISCHER/ITEN, Art. 51, pn. 36; MAZAN, Art 51, pn. 22.

¹⁵⁸⁹ BGE, 93 II 317, <https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 10.09.2024).

belirlemiştir. Sonuç olarak iş sahibinin uğradığı zarar miktarından yüklenici ve mimarın müteselsilen sorumlu olduğu, yüklenici ile iş sahibinin karşı karşıya geldiği davada yüklenicinin, mimarın kusurunu ileri sürerek iş sahibine karşı kendi durumunu hafifletemeyeceği, tam sorumluluk esasında sapmayı gerektirecek özel bir durumun bulunmadığı ve alt derece mahkemesinin yüklenici ile mimarın iç ilişkideki sorumluluk paylarını dikkate alarak yüklenicinin sorumluluğunda indirim yapmasının temelsiz olduğu, mimarın dahil olmadığı mevcut davada iç ilişki sorunu hakkında karar verilemeyeceği tespitleri yapılmıştır.

Bütün bu hususları göz önünde tuttuğumuzda ve tezimizin bağlamından kopmayacak şekilde bir değerlendirme yaptığımızda tartışılması gereken ilk konuyu, müteselsil borçlular ile alacaklı arasındaki ilişkide yani dış ilişkide borçluların ileri sürebileceği savunmalar olduğunu belirleyebiliriz. Bilindiği üzere müteselsil borçlulukta alacaklı, alacağın tamamına yönelik ifa talebini borçluların tümüne veya sadece içlerinden bir veya birkaçına yöneltebilir. Kendisine ifa talebi yöneltilen borçlu ise alacaklıya karşı ortak veya kişisel savunma imkanlarına¹⁵⁹⁰ sahip olabilir. İşte bu noktada tez konumuzla bağlantılı olarak tazminattan sorumlu tutulan bir borçlunun, zararın meydana gelmesinde kusurunun hafif olmasının alacaklıya karşı bir savunma imkanı sağlayıp sağlamayacağı üzerinde düşünülmelidir. Kusurun hafifliği, tersi ifadesiyle ağır kusurun yokluğu anlamına geldiğinden bu konu tezimizde ağır kusura sonuç bağlanan bir durum olarak çalışmamızın üçüncü bölümüne dahil edilmiştir.

Tartışılması gereken diğer bir konu, tazminattan müteselsil olarak sorumlu olan borçluların birbirlerine karşı durumu, yani iç ilişkide tazminat borcunun aralarında nasıl paylaştırılacağıdır. Sorumluların rücu ilişkisinde kusurun ağırlığı da rol oynadığından bu mesele de ağır kusurun bir uygulama alanı olarak çalışmamızın bu bölümünde kendisine yer bulmuştur. Aşağıda sırasıyla bu konulara yer verilecektir.

A. ALACAKLI İLE BORÇLULAR ARASINDAKİ İLİŞKİ (DIŞ İLİŞKİ)

1. Tam Teselsül - Eksik Teselsül Ayrımı Yapılan Önceki Hukuktaki Durum ve TBK'nin Bu Ayrımı Kaldırması Olması

¹⁵⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARAT, s. 342 vd.

Müteselsil sorumluluğu doğuran sebepler dikkate alınarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde öğretide tam ve eksik müteselsil sorumluluk ayrımları yapılmakta ve bu ayırım yargı kararlarına da yansımaktaydı. 818 sayılı Borçlar Kanunu müteselsil sorumluluğu, müteselsil mesuliyet kenar başlığında m. 50-51’de düzenlemişti¹⁵⁹¹. EBK m. 50 hükmü, haksız fiilde birden fazla kimsenin birlikte bir zarara sebep olmasını düzenlemekte iken; m. 51 hükmü, muhtelif sebeplerin -ki bunlar haksız fiil, sözleşme veya kanundan doğan diğer bir sorumluluk olabilir- bir araya gelmesi ihtimaline ilişkindir. Tam teselsül-eksik teselsül ayrımının çıkış noktası eBK m. 51 hükmüdür. Sorumluluğun nedeni aynı hukuki sebep ise tam teselsül, sorumluluk farklı hukuki sebeplere dayanıyorsa eksik teselsül söz konusu olmaktadır¹⁵⁹².

Tam teselsülün hukukî sonucu, borçlular arası teselsülde alacaklı ile borçlular arasındaki münasebeti düzenleyen eBK m. 142 hükmüne göre müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya karşı, borcun tamamından sorumlu olmasıdır. Alacaklı, müteselsilen sorumlu olanlardan dilediğinden bütün zararın tazminini isteyebilir. Borcun tamamen ifasına kadar bütün borçluların sorumluluğu devam eder. Kanun, bu suretle zarar göreni korumak istemiştir¹⁵⁹³. Eğer böyle bir hüküm mevcut olmasaydı, her bir müşterek sorumlu ancak, sebep olduğu zarardan, yani sadece kusuru miktarınca sorumlu olacaktı. Sorumluluğun mevcut olup olmadığını veya bunun genişliğini (şümulünü) de nedensellik (illiyet) kuralları tayin edecekti. Halbuki teselsülün kabulü bu prensibi ihlâl etmekte ve ilk plânda bütün ilgilileri münferiden zararın tamamından

¹⁵⁹¹ VI - Müteselsil mesuliyet

1 – Haksız fiil halinde

Madde 50 – Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ıka ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümulünün derecesini tayin eyler.

Yataklık eden kimse, vakı olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul

olmaz.

2 – Muhtelif sebeplerin içtimai halinde

Madde 51 – Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.

¹⁵⁹² YAĞCIOĞLU, s. 20; ŞAHİN CANER, s. 17-19; DALCI ÖZDOĞAN, s. 77.

¹⁵⁹³ NOMER, Tazminat, s. 173; FISCHER/İTEN, Art. 51, pn. 4.

sorumlu saymaktadır. Tam teselsülde, zamanaşımının borçlulardan birisi hakkında kesilmiş olması, diğerleri hakkında da kesilmesini gerektirir¹⁵⁹⁴.

Eksik teselsül ve tam teselsül ayrımının pratik olarak farklılıklarını belirtmeden önce ortak yanına değinmek gerekirse, her iki durumda da zarar gören zararının tamamı için sorumlu olanlardan dilediğine başvurabilir ve sorumlulardan birinden tahsil edilen miktar kadarıyla diğer sorumluların borcu da sona erer¹⁵⁹⁵. Bu sonuç, eBK m. 51 hükmünde zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olanlar hakkında, zarara birlikte sebep olanlar hakkındaki hükümlere göre muamele olunacağını belirtilmesinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluk bakımından muhtelif sebeplerin bir araya gelmesi (eksik teselsül) halinde ise doğrudan müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıydı¹⁵⁹⁶.

Türk hukukunda mehz İsviçre’den farklı olarak tam ve tam olmayan teselsül ayrımının mevcut olmadığı, kusura dayansın veya dayanmasın, aralarında zararı meydana getirmek için önceden verilmiş bir karar bulunsun veya bulunmasın, eğer bir zararın tazmininden birden ziyade kimseler sorumlu iseler, bunlar arasında tam teselsül ilişkisinin var olduğu ve sonuç olarak zararın vukuuna katılanlardan birisinin eylemi zararın yegâne sebebi sayılacak kadar ağır olmadıkça bunlar hakkında eBK m. 50 ve eBK m. 141 vd. maddelerin uygulanacağı, tam veya tam olmayan teselsül ayrımının sadece teorik bir değer taşıdığı belirtilmiştir¹⁵⁹⁷.

Ancak eBK m. 51 hükmü kapsamında aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olanlar hakkında, müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanmayacağı da ileri sürülmekteydi¹⁵⁹⁸. Burada eksik teselsül ifadesindeki “eksik” sıfatı, müteselsil sorumluluğa ilişkin tüm kuralların uygulanamayacağı anlamında

¹⁵⁹⁴ GÜRİSOY, s. 64.

¹⁵⁹⁵ NÖMER, pn. 126.1.; TUNÇOMAĞ, s. 332, 334; YAĞCIOĞLU, s. 25; DAĞDELEN, s. 38. Krş. GÜRİSOY, s. 58, 68; DOĞAN, G., s. 109. Krş. MAZAN, Art 51, pn. 3.

¹⁵⁹⁶ Türk öğretisinde bu tartışma, Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karar üzerine başlamıştır. Kararda, sorumlulukları çeşitli sebeplerden doğan birlikte sorumlu olanlardan birine karşı zamanaşımı süresinin kesilmesinin, diğer sorumlular açısından da aynı sonucu doğuracağına hükmedilmiştir. Bu hususta bkz. YAĞCIOĞLU, s. 23; DAĞDELEN, s. 39 ve dn. 81.

¹⁵⁹⁷ GÜRİSOY, s. 72; DALCI ÖZDOĞAN, s. 79; ŞAHİN CANER, s. 16 ve dn. 19, s. 105 ve dn. 132; DAĞDELEN, s. 50 ve dn. 106’da belirtilen yazarlar.

¹⁵⁹⁸ AYGÜN, s. 513. Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. DAĞDELEN, s. 39, dn. 82; YAĞCIOĞLU, s. 31, dn. 38.

kullanılmıştır¹⁵⁹⁹. Buna göre tam teselsül, eBK m. 50 hükmü uyarınca aynı zarara ortak kusurla¹⁶⁰⁰ neden olan birden çok kişinin arasında bulunur. Eksik teselsül ise eBK m. 51 uyarınca aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olanlar arasında gerçekleşir¹⁶⁰¹. Aralarında teselsül bulunan borçlulardan birine karşı zamanaşımı süresi kesildiğinde diğerlerine de karşı kesileceğini öngören eBK m. 134'ün, eksik teselsül vakalarında uygulanmaması gerektiği savunulmuştur¹⁶⁰².

Eksik ve tam teselsül ayrımını pratikte önemli kılan hususlar şu şekilde özetlenebilir¹⁶⁰³:

- Tam teselsülde zamanaşımı sorumlulardan birine karşı kesilmiş olunca diğerine karşı da kesilmiş olurken; eksik teselsülde sorumlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerlerine karşı da kesilmiş olmaz.
- Eksik teselsülde sorumlulardan her biri, kendi açısından tazminatta indirim gerektiren (kusurun hafifliği gibi) bir sebebin tazminat hesaplanırken dikkate alınmasını isteyebilirken; tam teselsülde borçlular bu imkana sahip değildir¹⁶⁰⁴.
- Tam teselsülde ifade bulunan borçlu, tatmin edilen alacaklının haklarına halef olur ve diğer sorumlulara karşı rücu sırasında avantajlı bir durum yakalarken;

¹⁵⁹⁹ YENİOCAK, s. 89.

¹⁶⁰⁰ Yargıtay da tam teselsül için birlikte sebebiyet vermenin yeterli olmayacağını, zararın ortak bir kusurdan ileri gelmesini zorunlu görmüştür. Bu hususta bkz. TUNÇOMAĞ, s. 332.

¹⁶⁰¹ TUNÇOMAĞ, s. 334.

¹⁶⁰² NOMER, Tazminat, s. 175; DAĞDELEN, s. 39, 45 ve dn. 96. Yarg. HGK, E. 1984/10250, K. 1986/205, T. 07.03.1986, "... tam teselsül ile eksik teselsül arasındaki en önemli farklardan birisi bu konudur. Tam teselsülde, borçlulardan birine karşı zamanaşımı kesilince, ötekilere karşı da kesilir ve başka bir ifadeyle zamanaşımının kesilmesi diğer müteselsil borçlulara da sirayet ederken, eksik teselsülde zamanaşımının borçlulardan birine karşı kesilmesi, ötekine karşı da kesilmesini gerektirmemektedir. Borçlar kanunu'nun 34. maddesinin 51. maddede öngörülen noksan teselsül hallerinde uygulanması olanağı yoktur. Bu sonuç, teselsülün Borçlar kanunu'nda 50 ve 51. maddelerinde ayrı ayrı ve değişik koşullarla düzenlenmiş olmasına, ayırım fikrine ve adalet düşüncesine uygun düşmektedir. Zira, yalnız başına olsaydı, zamanaşımından yararlanabilecek iken, sırf öteki kişilerin kusurlu eylemlerine iradesi dışında katılması yüzünden, zamanaşımından faydalanmaması, öteki kişilere karşı zamanaşımı süresi içinde açılan davanın, bunun için de zamanaşımını keseceğinin kabulü, hak ve adalet ilkelerine ters düşerdi. Nitekim, doktrinde eksik teselsülde sorumlulardan bir kısmına karşı zamanaşımının kesilmesinin öteki müteselsil sorumlulara sirayet etmeyeceği çoğunlukla kabul edilmektedir.", <https://www.legalonline.com.tr/>, (Erişim T. 07.03.2024).

¹⁶⁰³ NOMER, pn. 126.4-126.7; KILIÇOĞLU, A., s. 583-584; YAĞCIOĞLU, s. 26 vd.; DALCI ÖZDOĞAN, s. 78; DOĞAN, G., s. 109-110. Krş. MAZAN, Art 51, pn. 4; FISCHER/ITEN, Art. 51, pn. 4.

Öğretide eBK m. 51'in muhtevasının, İsviçre Borçlar Kanununun 51'inci maddesinden farklı olduğu, bu yüzden tam ve eksik teselsül türleri arasında bizim hukukumuzda pratik bir fark olmadığından hareketle eksik teselsülün hükümlerinin izahı hakkında bkz. GÜRSOY, s. 71 vd.

¹⁶⁰⁴ YAĞCIOĞLU, s. 30; DAĞDELEN, s. 48; DOĞAN, G., s. 110.

eksik teselsülde diğerlerine karşı rücu hakkını kullanan borçlu, alacaklıya halef olmaz ve bu sebeple alacaklının elindeki teminatlardan yararlanamaz¹⁶⁰⁵.

Eksik ve tam teselsülün yukarıda özetlenen farklı hükümleri, dış ilişkide kişisel def'ilerin zarar görene karşı ileri sürülmesinin ve böylece müteselsil sorumlu olunan ve ortak def'iler de dikkate alınarak belirlenen tazminat miktarının sadece belli bir kısmıyla sorumlu tutulmanın mümkün olup olmadığı sorununu beraberinde getirmektedir. Bu sorunun çalışmamız özelinde sözleşmesel sorumlulukla bağı ise farklı sebeplerle aynı zarara sebep olma yani eksik teselsül hallerinde görülecektir. Şöyle ki aynı zarardan bir kimsenin haksız fiil, diğerinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu olduğu durumlarda ya da her ikisinin de aynı zarardan farklı sözleşmelere aykırılıktan dolayı sorumlu oldukları durumlarda¹⁶⁰⁶ haksız fiil failinin ya da sözleşme borçlusunun kusur derecesinin, alacaklının yönelttiği talep karşısında önem taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir.

Ayrıca bu ihtimallerde dikkat çekilmesi gereken bir nokta, alacaklının kendisinden tazminat talep ettiği borçlu bakımından, bu talebin yöneltmediği diğer müteselsil borçluların üçüncü kişi niteliğinde olacak olmasıdır. Üçüncü kişinin kusuru yeterli ağırlığa ulaşarak nedensellik bağıni kesmedikçe her bir borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu devam edecektir¹⁶⁰⁷. Zarar görenin kusurundan farklı olarak burada müteselsil borçludan biri, diğer müteselsil borçlunun kusurunu ve nedensellik sürecine katkısını gerekçe göstererek tazminattan indirim talep edemez¹⁶⁰⁸. Bu sebeple üçüncü

¹⁶⁰⁵ YAĞCIOĞLU, s. 28-29; DAĞDELEN, s. 46.

¹⁶⁰⁶ Daha önce de dikkat çektiğimiz gibi öğretide “aynı zarardan çeşitli sebeplerle” sorumluluğun iki ayrı sözleşmeden de ileri gelebileceği kabul edilmektedir, bkz. ŞAHİN CANER, s. 20, dn. 34; krş. MAZAN, Art 51, pn. 5; FISCHER/ ITEN, Art. 51, pn. 13.

¹⁶⁰⁷ Eksik teselsül halinin mevcut olabilmesi için, zararın meydana gelmesine katılan üçüncü kimsenin kusurunun, diğerini sorumluluktan tamamıyla kurtarır nitelikte olmaması gerekir. Bazen meydana gelen bir zarara katılan üçüncü kişinin kusuru o derecede ağır olur ki, bu durum, diğerini sorumluluktan tamamen kurtarabilir. Bu takdirde zarar, tamamıyla bu kusurlu fiilin sonucunda meydana gelmiş demektir. Meydana gelen zararlar diğer kişiler arasında nedensellik bağı yoktur; zira üçüncü kişinin bu derecedeki ağır kusuru, diğerlerinin davranışıyla zararlı sonuç arasındaki nedensellik bağıni kesmiş olur. Bkz. GÜRİSOY, s. 70. Krş. DALCI ÖZDOĞAN, s. 61.

¹⁶⁰⁸ İsviçre Federal Mahkemesi de yeni tarihli kararlarında üçüncü kişinin veya diğer zarar verenlerin kusurundan hareketle müteselsil sorumlular hakkında indirim yapılmasını müteselsil sorumluluğun yapısına uymadığını belirtmektedir. Zira müteselsil sorumluluk zaten üçüncü kişi veya diğer zarar verenlerin kusuru sonucu ortaya çıkmaktadır. Üçüncü kişinin kusuru, nedensellik açısından sonucu meydana getiren sebepler birliği arasında yer almaktadır. Ancak üçüncü kişinin kusuru, diğerlerinin kusurunu kesecek ağırlıkta olduğu takdirde bu durum, diğer zarar verenlerin davranışı ile ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağıni keseceğinden onların sorumluluktan kurtulmasını sağlayabilir. Diğer

kişinin kusuru, alacaklının talep ettiği tazminatın hesaplanmasında değil, müteselsil borçluların birbirine karşı rücu ilişkisinin belirlenmesinde rol oynayacaktır¹⁶⁰⁹.

Bireysel sorumlulukta olduğu gibi müteselsil sorumlulukta da zarar verenin zarar görene karşı birtakım def'i ve itiraz ileri sürerek savunma yapabilir ve böylece tazminattan indirim sebepleri gündeme gelebilir. Zarardan sorumlu olan bütün borçluları ilgilendiren ve bu kişiler için tazminattan kurtulma veya belirli bir oranda indirim tanıyan def'iler ortak def'ilerdir. Ortak def'iler daha çok müteselsil borcun sebep ve konusundan doğar. Kişisel def'iler ise sadece bu def'i hakkına sahip olan borçlu tarafından ileri sürülebilen ve sadece bu kişi lehine sorumluluğu hafifleten def'ilerdir¹⁶¹⁰.

Kişisel def'ilerin dış ilişkide ileri sürülüp sürülemeyeceği sorununda eBK döneminde öğretide tam ve eksik teselsül ayrımına göre farklı çözümler üretilmiştir¹⁶¹¹. Bir görüşe göre tam teselsül hallerinde kişisel def'ilerin dış ilişkide ileri sürülmesi kabul edilmemeliydi. Çünkü tam teselsül denilen hallerde zarara sebep olanlar, birlikte zarar verme bilinciyle ve kusurlu bir şekilde zararın oluşmasına katkıda bulunmaktadır. Eğer kişisel def'ilerin dış ilişkide ileri sürülebilmemesine imkan tanınırsa, söz gelimi hafif kusuru bulunan bir müteselsil borçlunun kişisel def'i teşkil eden kusurunun hafifliğine dayanarak zarar görene karşı sorumluluğunun sınırlanması yolu açılmış olur. En fazla kusurlu olanların borç ödemekten aciz olmaları halinde ise zarara, zarar gören katlanmak zorunda ve durumu ağırlaşmış olacaktır. Bu netice ise tam teselsülün gerçekleştiği müteselsil sorumluluğunun yapısına tamamen aykırıdır¹⁶¹². Nitekim

yandan üçüncü kişinin kusuru, iç ilişkide diğerlerinin kusurunu hafifletici bir etki gösterdiği süre tazminatın paylaşılmasında indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Bkz. **YAĞCIOĞLU**, s. 211.

¹⁶⁰⁹ Krş. **NOMER**, pn. 112.6, 125. **TOPUZ**'a göre her ne kadar zararın meydana gelmesinde üçüncü kişilerin kusurunun da bulunması tazminattan indirim nedeni olmayıp her birinin zararın tamamından sorumlu olduğu bir durum yaratacaksa da bu durum mutlak değildir. Eğer üçüncü kişinin kusurunun zarar verenini kusurunu hafifletmesi söz konusu ise tazminattan indirim kabul edilebilir, bkz. **TOPUZ**, s. 316-317. Kanaatimizce bu sonuca ulaşabilmek için kusurun hafifliğinin, alacaklı ile müteselsil borçlu arasındaki dış ilişkide dikkate alınmasının kabul edilmesi gerekir. Aşağıda tartışmaya açık olan bu konu üzerinde duracağız.

¹⁶¹⁰ **AŞIK ZERDALİ, Sebanur**, Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 42-43; **ARAT**, s. 354; **ŞAHİN CANER**, s. 117.

¹⁶¹¹ Görüşler için bkz. **ŞAHİN CANER**, s. 117-120; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 280. Öğretide Oftinger, Engel ve Oser/Schönenberger'e dayandırılan farklı görüşler ile kusurun derecesi ve müterafik kusur bakımından İsviçre Federal Mahkemesi uygulaması için bkz. **GÜRİSOY**, s. 62-63.

¹⁶¹² **NOMER**, Tazminat, s. 178-179; **GÖKYAYLA**, s. 284-285; **AŞIK ZERDALİ**, s. 43. **ARAT**, s. 354, dn. 91: "Tam teselsül teşkil eden hallerde kusur oranına ilişkin bir savunmanın ileri sürülemeyeceği

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de kanunda yer alan istisnalar dışında, kişisel indirim nedenlerinin dış ilişkide ileri sürülmesini, müteselsil sorumluluğun yapısına uymadığı ve zarar gören aleyhine olan bu yönde bir yaklaşımın müteselsil sorumluluk kurumunun içinin boşaltılması anlamına geleceği gerekçeleriyle kabul etmemiş, bunların yalnızca iç ilişkide dikkate alınabileceğini kabul etmiştir¹⁶¹³.

Buna karşın eksik teselsülde kişisel def'ilerin dış ilişkide ileri sürülebileceği ve böylece daha az tazminat ödenmesinin mümkün olacağı kabul edilmekteydi¹⁶¹⁴.

Öğretide eksik teselsül-tam teselsül ayrımını eleştiren görüş dikkate alınarak TBK'de bu ayrıma yer verilmemiştir. Aynı zarardan birden fazla kişinin sorumluluğu da m. 61 hükmüne dahil edilerek maddede tek bir teselsül kabul edilmiştir ki o da tam teselsüldür. Birden çok kişi aynı zarardan aynı sebeple sorumlu tutulabileceği gibi farklı sebeplerle de sorumlu tutulabilir. Bu sorumluluk sebepleri haksız fiil, sözleşme ihlali veya kusursuz sorumluluk öngören bir kanun hükmü olabilir¹⁶¹⁵. TBK m. 61 hükmünün gerekçesinde de 818 sayılı Borçlar Kanununun ikili teselsül sisteminin terk edildiği ve her iki teselsül durumunun bir bütün olarak değerlendirilip aynı hükümlere tabi tutulduğu ifade edilmektedir¹⁶¹⁶. Bunun sonuçları ise şu şekilde özetlenebilir¹⁶¹⁷:

- Zamanaşımı, sorumlulardan birine karşı kesilmiş olunca farklı sebeplerden sorumlu olsalar dahi diğer borçlular bakımından da kesilmiş olur.
- Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını karşılayan borçlu, diğer müteselsil borçlulara rücu hakkına sahip olduğu gibi alacaklının haklarına da halef olup alacaklının sahip olduğu teminatlardan rücu sırasında yararlanabilir. Bu husus TBK m. 62/2 hükmünde açıkça düzenlenmiştir.
- Zarardan farklı sebeplerden dolayı sorumlu olanların artık kendisi açısından tazminatta indirim gerektiren bir sebebin tazminat hesaplanırken dikkate alınmasını isteyebilmeleri mümkün olmayacaktır.

kabul edilirken, eksik teselsülde bu savunma olumlu karşılanıyordu. Ancak bu ayrımı reddederek her durumda böyle bir savunmanın ileri sürülmesinin daha adil olacağını savunan yazarlar da bulunuyordu. Eren (2001), s. 813.”

¹⁶¹³ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1174.

¹⁶¹⁴ REİSOĞLU, s. 212; NOMER, Tazminat, s. 179; AŞIK ZERDALI, s. 44; ŞAHİN CANER, s. 117, dn. 180. Krş. DESCHENAUX/TERCIER, s. 241-242.

¹⁶¹⁵ ŞAHİN CANER, s. 109.

¹⁶¹⁶ YENİOCAK, s. 90; ŞAHİN CANER, s. 106.

¹⁶¹⁷ NOMER, pn. 126.9-126.11; YAĞCIOĞLU, s. 37-38; DOĞAN, G., s. 110.

Hükümetin teklif ettiği Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda¹⁶¹⁸, müteselsil sorumlulukta dış ilişkiyi düzenleyen TBK m. 61 hükmüne karşılık gelen m. 60 hükmü iki fıkradan oluşmaktaydı. Tasarıdaki 60. maddenin ikinci fıkrasına göre, müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır. Bu düzenleme, müteselsil sorumlulardan her biri hakkında, kendisi açısından tazminatta indirimi gerektiren sebeplerin ve konumuz bakımından önem taşıyan kusurun derecesinin dikkate alınmasına hizmet edecek nitelikteydi. Böylece müteselsil borçlulardan her biri, kendisi için belirlenecek olan sorumluluk miktarından fazlası için sorumluluğu taşımayacaktı. Bu düzenlemeyle müteselsil sorumlulardan her birinin kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmişti¹⁶¹⁹.

Tasarıda yer alan bu düzenleme yasalaşmamıştır. Adalet Komisyonu'nda bu hüküm, müteselsil sorumluluğun hukuki yapısına aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli bulunduğu için madde metninden çıkarılmıştır¹⁶²⁰.

2. Müteselsil Borçlunun Kusurunun Ağırlığının Dış İlişkideki Rolü Hakkındaki TBK Dönemindeki Görüşler

¹⁶¹⁸ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem 23, Yasama Yılı 3, (S. Sayısı 321), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>, (Erişim T. 14.02.2024).

¹⁶¹⁹ YENİOCAK, s. 88; ŞAHİN CANER, s. 119.

¹⁶²⁰ Adalet Komisyonu Raporu'nda, "*Tasarının 60 ıncı maddesi, birden çok kişinin birlikte zarar vermeleri hâlinde "paylaşımlı" sorumluluğu esas almıştır (m.60/TI). Oysa birlikte zarar verenlerin sorumluluğunu düzenleyen tüm hükümler, zarar verenlerin birlikte sorumlulukları/ müteselsil borçluluk esası üzerinde kumludur (Türk Medenî Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Çevre Kanunu ve diğerleri). Mukayeseli hukuk, özellikle Avrupa Birliği hukuku da aynı ilkeyi benimsemiştir. Öte yandan Tasarının esin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki paylaşıma dayalı model, İsviçre'de kabul görmemiştir. İliyet bağı varolmak şartı ile zarar göreni, zarar verenlerin iç-işikisine mahkum etmek, sorumluluk hukukunun temellerinden olan zarar göreni koruma ilkesiyle bağdaşmaz. İç-işikideki paylaşım kriterleri (örneğin kusur derecelendirmesi), her zaman nesnel ve gerçeği yansıtan veriler içermez. Aslolan illiyet bağının varlığı ve eylemin birlikteliğidir. Değerli komisyon üyelerimizden bazılarınca öne sürülen "hakkaniyetle bağdaşmazlık" argümanını telafi eden koruyucu hüküm yürürlükteki hukukumuzda ve Tasarıda yer almaktadır. Buna göre, tazminatın miktarı, zarar göreni yoksulluğa düşürecek boyutta ise, kusurunun hafif olması ve hakkaniyetin gerekli kılması hâlinde bu borçlu yönünden tazminat indirilebilecektir (818 sayılı BK. m. 44/11, Tasarı, m.55). Kuşkusuz bu durum, koşulların lehine gerçekleştiği borçlunun ancak yararlanabileceği (kişi ile sınırlı etki doğuran) ve diğer borçluların sorumluluğunu etkilemeyen şahsi bir defî (kişisel savunma) oluşturur (818 sayılı BK.m.143, Tasarı m. 163). Ayrıca müteselsil sorumluluğun, sorumluluk sigortasını teşvik edici bir işlevi de vardır. Belirtilen nedenlerle müteselsil sorumluluğu tasfiyeye yönelik hüküm metninden çıkarılmıştır."* değerlendirmelerinde bulunulmuştur. Bkz. Tasarının 60 ıncı maddesi hakkındaki değerlendirmeler.

TBK m. 61 hükmünün kanunlaşma sürecinde geçirdiği aşamalara yukarıda yer verdikten sonra maddenin yürürlükteki halinin öğretide beğenilmediğini belirtmek gerekmektedir. Bir görüşe göre burada kanun boşluğu olduğu kabul edilerek zarardan farklı sebeplerden dolayı sorumlu olanların her biri hakkında, kendisi açısından tazminatta indirim gerektiren sebeplerin dikkate alınmasını kabul etmek uygun olur¹⁶²¹. Amaçsal, sistematik ve lafzi yorum mevcut durumda kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceğini göstermektedir, TBK’de bunu engelleyen bir hüküm yoktur¹⁶²². Öğretide giderek ağırlık kazanan ve özellikle son dönemde hakim görüş haline gelen bu görüşe göre kişisel def’iler, özellikle zarar verenlerden birinin hafif kusuru, dış ilişkide tazminat hesaplanırken dikkate alınmalı ve tazminat miktarında indirim yapılan kişinin zarar verene karşı sorumluluğu, diğer müteselsil sorumlularla birlikte bu indirimli tazminat tutarıyla sınırlı olmalıdır¹⁶²³. Bu görüşün temelini, bir kimseyi sırf yanında başka sorumlular bulunmasından, yani müteselsil sorumluluktan dolayı, zarardan tek başına sorumlu olduğu zaman ödeyeceği tazminattan daha fazla miktarda tazminat ödeme zorunluluğu altında bırakmama düşüncesi oluşturmaktadır¹⁶²⁴. Özellikle zarar verenin hafif kusurlu davranışı sebebiyle TBK m. 51 hükmüne göre tazminattan indirim yapabilme imkanı varken bu indirimden zarar vereni yararlandırmamak ve sonrasında onun bu sorunu iç ilişkide çözmesini beklemek adalet, hakkaniyet ve dürüstlük kuralına ters düşmektedir¹⁶²⁵. İç ilişkide rücu edilecek olan diğer sorumluların iflas etmiş olması, borç ödemededen aciz olması gibi bir durum söz konusu olduğunda zararın tümünü karşılayan borçlu, hafif kusurlu olmasına rağmen rücu girişimi sonuçsuz kalacağı için tüm tazminat yükünü taşımak zorunda kalacaktır. Halbuki tazminat hukukunda tazminat borçlusunun ödeme gücünün hiç olmaması veya zayıf olmasının rizikosuna zarar görenin katlanması asıldır. Müteselsil sorumlulukta bu rizikonun, diğer bir müteselsil sorumluya başvurarak zararını giderme imkanı bulunan

¹⁶²¹ NÖMER, pn. 126.11.

¹⁶²² DALCI ÖZDOĞAN, s. 198.

¹⁶²³ YAĞCIOĞLU, s. 129-130; AŞIK ZERDALİ, s. 44; DEMİRSATAN, Vakıf, s. 121; GÖNÜL KOŞAR, s. 285.

İsviçre öğretisinde de eksik teselsül halinde sorumlulardan her birinin alacaklı ile olan dış ilişkilerinde kusurun hafifliğini indirim sebebi olarak ileri sürebileceği kabul edilmekteyken tam teselsülde bu mümkün görülmemekte ve ancak iç ilişkide ileri sürülebileceği belirtilmektedir, bkz. TERCİER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, pn. 2055.

¹⁶²⁴ GÖKYAYLA, s. 286; YAĞCIOĞLU, s. 130; AŞIK ZERDALİ, s. 44.

¹⁶²⁵ YAĞCIOĞLU, s. 131; ŞAHİN CANER, s. 120-121; DALCI ÖZDOĞAN, s. 198.

zarar görene değil de zarar verenlere yüklenmesi ve onların aleyhine bu kadar genişletilmesi hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaktadır¹⁶²⁶. Bu nedenle alacaklı ve borçlular arasında bir denge sağlanmalı ve borçlular dış ilişkide kişisel indirim sebeplerini ileri sürebilmeli ve alacaklı da indirim nedeniyle elde edemediği kısım için diğer borçluların kişisel sorumluluk hadleri içinde onlara başvurabilmelidir¹⁶²⁷.

Müteselsil sorumluluğun kişisel defiler aracılığıyla sınırlandırılmamasını savunan yazarlar da vardır¹⁶²⁸. Kişisel defilerin dış ilişkide değerlendirilmesi, müteselsil sorumluluğun yapısına uygun düşmez. Zarardan sorumlu olanların hangi indirim sebeplerinden yararlanabileceğini zarar gören bilemeyeceğinden her sorumluya ayrı ayrı dava yöneltmesi ve bu davalarda davalıların kişisel defileriyle uğraşmak zorunda kalması söz konusu olur ki bu durum müteselsil sorumluluğun özüne tamamen aykırıdır. Zarardan sorumlu olanların, savunma olarak bir diğerinin daha ağır kusurunun bulunduğunu ileri sürmesi, üçüncü kişinin kusurunun bir indirim sebebi teşkil etmesi sonucuna götürür. Halbuki üçüncü kişinin kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde zarar görenin kusuru gibi rol oynamaz. Müteselsil sorumluluğun sınırlandırılması görüşünü benimseyenlerin sundukları “zarar veren tek başına sorumlu olsaydı sahip olacağı avantajı sırf yanında başka sorumlular var diye kaybetmemesi gerektiği” argümanı da eleştirilmektedir. Çünkü burada zarardan sorumlu olanların her birinin zarara tek başına değil birlikte sebep olmalarından dolayı birbirlerinin durumunu ağırlaştırdıkları göz ardı edilmektedir¹⁶²⁹. Yine tazminat borçlusunun ödeme gücünün hiç olmaması veya zayıf olmasının rizikosunu zarar verenlerin üzerinde bırakılması nasıl hakkaniyetsiz görülüyorsa, bu rizikonun zarar gören üzerine bırakılması da hakkaniyetsizdir. Kendi fiiliyle zarara sebep olmayan ve ortaya çıkan olumsuz durum sebebiyle mağduriyet yaşayan zarar görenin tazminattan indirim sebepleri nedeniyle tahsil edemediği miktar için sürekli diğer bir sorumluya yönelmesini beklemek ve başka da sorumlu kalmadıysa zarara katlanmasını savunmak adalete uygun düşmez. Zarar görenlerin sorumluluklarının sınırlandırılması, hem zarar görenin zarar verici olaydan önceki durumunun yeniden sağlanması hem de müteselsil sorumluluğun öncelikle zarar

¹⁶²⁶ YAĞCIOĞLU, s. 132; ŞAHİN CANER, s. 120; DALCI ÖZDOĞAN, s. 133.

¹⁶²⁷ DALCI ÖZDOĞAN, s. 199.

¹⁶²⁸ Bkz. YAĞCIOĞLU, s. 166, dn. 299; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 1174; BAYSAL, HFH, pn. 8.19; DOĞAN, G., s. 120.

¹⁶²⁹ YAĞCIOĞLU, s. 168.

göreni koruma amacıyla bağdaşmamaktadır¹⁶³⁰. Öğretide kişisel defilerin dış ilişkide ileri sürülmesinin kabul edilmesi halinde bu durumun müteselsil borçlular arasında rücu ilişkisini devre dışı bırakacağı da belirtilmektedir. Çünkü bu halde zararın dağıtımı zaten yapılmış olmaktadır. Halbuki müteselsil sorumlukta dış ve iç ilişki kapsamlarında farklı hukuki sorunlar oluşturur ve bu ilişkiler birbirinden kesin olarak ayrı ele alınmalıdır¹⁶³¹.

Öğretide bir görüş ise haksız fiilden kaynaklanan müteselsil sorumluluğu diğerlerinden ayırarak bu meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre müteselsil borçlunun, alacaklıya karşı olan kişisel savunmalarını her zaman ileri sürebileceği ancak haksız fiilden doğan müteselsil borçlulukta durumun farklı olduğu; haksız fiil sebebiyle sorumlu olan müteselsil borçlunun kendi kusurunun az olduğu savunmasının alacaklıya karşı yöneltilemeyeceği, bunun sadece iç ilişkideki rücu hakkı bakımından önem taşıdığı belirtilmektedir¹⁶³².

Bizim kanaatimiz, gittikçe hakim görüş haline gelen yaklaşımın kanunlaşma sürecinde sekteye uğramasının Adalet Komisyonun TBK tasarısının m. 60 hükmü hakkında değerlendirmelerinden açıkça anlaşıldığı, kanun koyucunun farkında olduğu bir meseleyi olumsuz yönde tavır alarak yani tasarı metnindeki ifadeleri müteselsil sorumluluğu tasfiyeye yönelik görüp bu hükmü metinden çıkarmak suretiyle çözdüğü dikkate alındığında kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesinin kabul edilmesinin kanuna karşı yorum teşkil edeceği yönündedir. Olması gereken hukuk bakımından bu görüş değer taşısa da olan hukuk bakımından uygulanma kabiliyetine sahip değildir.

B. TAZMİNATIN BORÇLULAR ARASINDAKİ PAYLAŞIMI (İÇ İLİŞKİ)

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi müteselsil sorumlulukta zarar verenler arasındaki iç ilişki, tazminatın sorumlular arasında paylaştırılması ve tazminatın kendi payına düşen

¹⁶³⁰ YAĞCIOĞLU, s. 174; ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Haksız Fiillerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, ss. 499-512, *GSÜHFD*, Y. 3, S. 1-2, C. 1, 2004, s. 509-511.

¹⁶³¹ Bu görüş ve kanaatimizce tatmin edici olmayan eleştirisi için bkz. DALCI ÖZDOĞAN, s. 139-140.

¹⁶³² ARAT, s. 354; DAĞDELEN, s. 102, dn. 43.

kısımından fazlasını ödeyenin, fazla ödediği kısım için diğerlerine rücu imkanını ifade etmektedir. İç ilişkinin amacı, müteselsil sorumlular arasında dış ilişkide zarar görenin korunması nedeniyle yapılamayan zarar paylaşımının yapılmasıdır¹⁶³³. Bir sorumlunun diğerlerine rücu hakkına sahip olabilmesi için alacaklıya ifada bulunulmuş olması, alacaklıyı tatmin edenin borçlunun iç ilişkide payına düşenden fazlasını ifa etmiş olması, yapılan ifanın geçerli olması, rücu edilen borçlunun ifadan kaçınmasının mümkün olmaması gerekir¹⁶³⁴.

Müteselsil borçlulukta alacaklının avantajlı durumu, borçlulardan birini dış ilişkide alacaklıya tek başına ifada bulunarak borcun tüm ekonomik yüküne tek başına katlanmak durumunda bırakabilir. Bu noktada borçlular arasındaki iç ilişkinin, bu ekonomik yükün borçlular arasında hakkaniyete uygun bir şekilde dağıtımına elverişli olması gerekmektedir¹⁶³⁵.

Tazminatın aynı zarardan sorumlu olan müteselsil borçlular arasında paylaştırılması konusunda da eBK dönemi ile TBK'nin yürürlüğünden sonraki dönem arasında fark vardır. Eksik teselsül hallerinde rücu ilişkisi eBK döneminde özel bir rücu sıralamasına tabi kılınmış iken TBK, eksik ve tam teselsül arasında fark gözetmeyip bu konunun başta borçluların kusurunun ağırlığı olmak üzere bütün durum ve koşulların dikkate alınarak belirlenmesinin hakimnin takdirinde olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla iç ilişki bakımından da ağır kusura sonuç bağlanmış olduğu görülmektedir.

1. Tam Teselsül-Eksik Teselsül Ayrımı Yapılan Önceki Hukuktaki Durum

Tam teselsülde iç ilişkiye ilişkin düzenleme, eBK'deki m. 50/1, c.2 hükmüdür. Söz konusu hükümde hakimnin, müteselsil borçluların birbiri aleyhinde rücu haklarının olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin edeceği düzenlenmişti. Bu bakımdan, haksız fiilden doğan teselsül hali ile sözleşmeden doğan (eBK m. 146) teselsül hali arasında önemli bir fark vardır: Akitten doğan teselsülde, her bir sorumlu kendi aralarında, kural olarak eşit surette sorumlu oldukları halde (eBK m. 146), haksız fiilden sorumlulukta, bir tek borçlunun nihaî sorumlulukta payını hâkim tayin eder. Hâkim bunu tayin ederken, her bir sorumlunun kusurunu ayrı ayrı göz

¹⁶³³ DALCI ÖZDOĞAN, s. 83.

¹⁶³⁴ ŞAHİN CANER, s. 263-266. Krş. DALCI ÖZDOĞAN, s. 89-92.

¹⁶³⁵ ALTAY, s. 393-396.

önünde tutacaktır. Kusuru olmayan, nihaî zarardan sorumlu olmayacağı gibi, kusuru ağır olan da zararın daha fazla bir miktarından sorumlu tutulacaktır¹⁶³⁶.

Eksik teselsülde iç ilişkiye ilişkin düzenleme, muhtelif sebeplerin içtimaı halinde kenar başlığıyla eBK m. 51/2 hükmüdür. Bu hükümde zarardan birlikte sorumlu olanların birbirine rücusu yasal bir sıraya bağlanmıştı¹⁶³⁷. Hükme göre kural olarak, haksız bir fiil ile zarara sebebiyet vermiş olan kişi ilk sırada; kusuru bulunmayan ancak kanun gereği sorumluluğu olan kişi en son sırada yer alır¹⁶³⁸. Buna göre öğretide birinci sırada haksız fiil sorumlusunun, ikinci sırada sözleşme uyarınca sorumlu olanın, üçüncü sırada ise diğer sorumluluk (kusursuz sorumluluk) hallerinin bulunacağı belirtilmiştir¹⁶³⁹. İç ilişkinin bu sıraya göre belirlenmesi, müteselsil sorumlulardan tazminatı ödeyenin kendisinden sonraki sırada bulunana rücu edemeyeceği, ancak kendisinden önceki bir sırada bulunan müteselsil borçluya rücu edebileceği anlamına gelmektedir¹⁶⁴⁰. Buna göre zararı kusursuz sorumlu olan tazmin etmişse hem sözleşme sorumlusuna hem haksız fiil sorumlusuna; sözleşmesel sorumlu olan tazmin etmişse haksız fiil sorumlusuna rücusu mümkün iken haksız fiil sorumlusunun diğerlerine rücu etmesi kabul edilmez¹⁶⁴¹. Bu sıralama başlangıçta tamamlayıcı hukuk normu olarak görülmekteyken daha sonraları emredici bir kural gibi algılanmış ve hakim in bu sıralamadan ayrılabilmesi için esaslı gerekçelere dayanması, çok özel sebeplerin bulunması ve hakkaniyetin gerektirmesi gerekli görülmüştür¹⁶⁴².

¹⁶³⁶ **NOMER**, Tazminat, s. 183; **GÖKYAYLA**, s. 288; **GÜRSOY**, s. 65-66; **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 103; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 286.

¹⁶³⁷ Mehaz kanundan hukukumuza aktarılmış olan bu sıralamanın İsviçre Borçlar Kanunu'na giriş süreci için bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 105.

¹⁶³⁸ Bu düzeleme mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'na 1911 yılında beklenmedik bir şekilde ve üzerinde fazla düşünülmeden girmiştir. Temelinde ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir içtihadı bulunmaktadır. Sorumluluğu taşıyan yapı maliki ile sigortacıya ilişkin Federal Mahkeme'nin kararı o dönemde hakkaniyete aykırı bulunmuş ve eleştiriye uğrayan bu içtihat İBK m. 51'in şekillenmesinde rol oynamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **YAĞCIOĞLU**, s. 310-311, 315.

¹⁶³⁹ **NOMER**, pn. 127.2; **KILIÇOĞLU, A.**, s. 581; **GÖKYAYLA**, s. 289; **YAĞCIOĞLU**, s. 272; **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 104; **DOĞAN, G.**, s. 121. Krş. **GÜRSOY**, s. 76. İsviçre hukukunda geçrl olan aynı sıralama için bkz. **MAZAN**, Art 51, pn. 13-16.

Sözleşme sorumluluğu ile kanun gereği sorumluluğun bir araya gelmesi halinde son sırada sözleşme sorumlusunun bulunacağı görüşü için bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 335.

¹⁶⁴⁰ **KILIÇOĞLU, A.**, s. 581; **DAĞDELEN**, s. 165; **TUNÇOMAĞ**, s. 335; **GÖKYAYLA**, s. 289.

¹⁶⁴¹ **KILIÇOĞLU, A.**, s. 581; **ŞAHİN CANER**, s. 122; **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 106. Krş. **NOMER**, Tazminat, s. 185.

¹⁶⁴² **YAĞCIOĞLU**, s. 321-322; **TUNÇOMAĞ**, s. 334-335. Krş. **MAZAN**, Art 51, pn. 17.

Aynı zarardan aynı kategoriye dahil kimseler sorumlu iseler nasıl hareket edileceği hakkında öğretide, yarışan sözleşmesel sorumluluklar söz konusu olduğunda taraflar arasındaki hukuki işlemin nitelikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, rücu sırasının hâkim tarafından tayin olunacağı; burada kusur sorumluluklarının bulunması halinde, zararın muhtelif failler arasında kusurları ile orantılı olarak dağıtılması; kusursuz sorumlulukların bulunması halinde, sorumluluğu tehlike mesuliyeti niteliğinde olanın zararın daha fazlasına katlanması; bunun dışındaki kusursuz sorumluluk hallerinde eşit paylaştırmanın yapılması gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁴³.

Zarar gören zararını müşterek sorumluların birisinden alır, o da kısmen veya tamamen diğer müşterek bir sorumluya karşı rücu hakkına sahip olduğu görüşünde olursa kendi aleyhine açılmış olan dâvayı ona ihbar etmelidir. Böylelikle, hâkim aynı dâvada rücu sorununu da hükme bağlar ve daha sonra birbiriyle çelişen farklı hükümlerin verilmesi tehlikesi bertaraf edilmiş olur¹⁶⁴⁴.

2. TBK m. 62 Hükmüne Göre Müteselsil Borçlunun Kusurunun Ağırlığının İç İlişkideki Rolü

TBK, muhtelif sebeplerin içtimai yani, aynı zarardan farklı sebeplerden dolayı sorumluluğu farklı hükümlere tabi tutmadığından iç ilişki bakımından da farklı bir rejim öngörmemiştir. Müteselsil borçluların iç ilişkisini düzenleyen TBK m. 62/1 hükmünde, tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşulların özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün eBK'deki iç ilişkiyi düzenleyen karşılığı, yukarıda yer verdiğimiz tam teselsülde rücuyu düzenleyen m. 50/1, c.2 hükmü ile eksik teselsülde rücuyu düzenleyen m. 51/2 hükmüdür. Görüldüğü üzere TBK, eksik teselsül olarak ifade edilen durumlarda rücu ilişkisini sıraya bağlamamıştır¹⁶⁴⁵. Ayrıca hakimin takdirine bırakılan

¹⁶⁴³ GÜRSOY, s. 78. Krş. ŞAHİN CANER, s. 124. Söz konusu olabilecek çeşitli ihtimallere ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. NOMER, Tazminat, s. 193-201; GÖKYAYLA, s. 291-294. Krş. FISCHER/ ITEN, Art. 51, pn. 32, 36, 40.

¹⁶⁴⁴ GÜRSOY, s. 78-79.

¹⁶⁴⁵ Öğretide, eBK m. 51/2'de yer alan düzenlemenin hakime yardımcı olan son derece mantıklı ve hakkaniyete uygun bir düzenleme olduğu, TBK'de buna yer verilmemesinin doğru olmadığı ve hakimin iş yükünü arttıracak eleştirisi yapılmıştır. Bu hususta bkz. DAĞDELEN, s. 165, dn. 163.

rücu ilişkinin belirlenmesinde yol gösterici ve objektif kıstaslar olarak “bütün durum ve koşullar”ın, sorumlulardan “her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı”nın ve “yarattıkları tehlikenin yoğunluğu”nun göz önünde tutulacağı ifade edilmiştir¹⁶⁴⁶. TBK m. 62 hükmüyle zarar, sorumluluk sebeplerinin sınıflandırılmasına göre değil bütün sorumluluk sebepleri dikkate alınarak sorumlular arasında paylaştırılacaktır¹⁶⁴⁷.

Öğretide bir görüş TBK’de her ne kadar rücu ilişkisi açıkça bir sıraya bağlamış olmasa da eBK’de olduğu gibi bir rücu sırasının hala daha bulunduğunu kabul etmektedir. Zira hukuk düzeni kusuru ve kusur sorumlusunu kınamakta ve onu korumaya değer görmemekte olduğundan kural olarak zararın giderilmesi yükü kusur sorumlusunun üzerinde kalmalıdır¹⁶⁴⁸.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre eBK’de yer alan rücu sıralamasından olayın özelliğine uyduğu sürece yararlanılabilecek olsa da TBK’nin böyle bir sıraya artık yer vermediği, esas olanın kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğu ölçütleri olduğu ve bunlardan yararlanılması gerektiğini kabul etmektedir¹⁶⁴⁹. Kanaatimizce tehlike sorumlusu, sözleşme sorumlusu ve en dar anlamda kusur sorumlusunun birbirlerine rücu ilişkisinde artık öncelik-sonralık gibi bir sıralamadan bahsedilemez¹⁶⁵⁰. Örneğin dış ilişkide zararın tamamını tazmin eden tehlike sorumlusu, tazmin ettiği miktarın

Buna karşılık öğretide, eBK m. 51’in zararın paylaştırılmasına yönelik değil bir sorumluluk düzeni kurmaya yönelik olduğu; hükmün, kusur esasına dayandığı, kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk arasında bir kural-istisna ilişkisi olduğu kabulünden hareket ettiği, halbuki modern sorumluluk hukukunda kusursuz sorumluluk hallerinin çok yaygın olması nedeniyle istisna olarak görülemeyeceği; diğer taraftan kusur, hem haksız fiil hem de sözleşme sorumluluğunun şartlarından biri olduğu için bu sorumluluk türleri arasında rücu düzeninde kusur kriterinin dikkate alınmasının elverişli olmadığı gerekçeleri sunularak TBK ile bu hükmün kaldırılmış olmasının isabetli olduğu da savunulmaktadır. Bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 106-107.

¹⁶⁴⁶ **TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU**, pn. 2059.

¹⁶⁴⁷ **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 109.

¹⁶⁴⁸ **EREN**, s. 850-851; **NOMER, Haluk Nami**, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 53-60, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 59-60.

¹⁶⁴⁹ **KILIÇOĞLU, A.**, s. 582; **REİSOĞLU**, s. 213-214; **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 1177; **ŞAHİN CANER**, s. 128; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 291.

¹⁶⁵⁰ Şöyle bir örneklerle somutlaştırmak gerekirse, ivazlı bir saklama sözleşmesiyle kolaylıkla kırılabilir nitelikteki bir taşınırı teslim alan saklayan, zarar görmemesi için gerekli önlemleri almaksızın açıkta bırakıyor. Üçüncü bir kişinin dikkatsizce teması neticesinde taşınır yere düşüp kırılıyor. Bu örnekte saklayan sözleşmeye aykırılıktan ağır kusur ile üçüncü kişi ise haksız fiilden hafif kusur ile taşınırın malikine karşı sorumludur. TBK m. 61 vd. hükümlerine göre aralarında teselsül gerçekleşir. Zararın tamamen haksız fiil faili tarafından karşılandığı ihtimalinde eBK’deki düzenlemeye göre rücu sırasında haksız fiil faili daha önce geldiğinden sözleşmesel sorumluya rücu edemeyecektir. TBK sisteminde ise iç ilişkiyi hakim takdir edecektir ve ağır kusur sözleşme borçlusunda olduğu için haksız fiil failinin ona hakim takdir edeceği ölçüde rücusu mümkün olacaktır.

tamamını iç ilişkide ağır kusuru bulunsa bile kusur sorumlusuna yükleyemez¹⁶⁵¹. Çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olanların tamamı, zararın belirli bir kısmını taşımak zorunda olmalı, kendisinin daha sonra geldiğini veya son sırada bulunduğunu ileri sürerek bu yükü diğerlerine yükleyememeli ve hakim tümünün sorumlu tutulduğu bu tabloda her birinin sorumlu oldukları payı kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğuna göre belirlemelidir¹⁶⁵².

Hafif kusur hali müteselsil sorumlulukta dış ilişkide kişisel defî olarak kabul edilip tazminatta indirim sebebi sayılamasa da iç ilişkide payın diğerlerine göre daha düşük tespitinde rol oynar. Her bir sorumluya isnat edilen kusurun ağırlığının açıkça tespit edilemediği durumlarda hakimin sorumluluk paylarını eşit takdir etmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁵³. Sorumlulardan birinin ağır kusuru, onun diğerlerine karşı rücu talebine sahip olamayacağı anlamına gelmez. Eğer olayın özellikleri ve diğer ölçütler haklı gösteriyorsa hakim, bu kimselerinde rücu talebini kabul edebilir¹⁶⁵⁴.

Birden çok kusursuz sorumlunun varlığı halinde, her bir zarar verenin davranışının yahut yaratılan tehlikenin nedensellik bağı içerisinde zararın ortaya çıkmasında ne derecede etkili olduğunun paylaşımında dikkate alınması ve örneğin sorumluluğun tehlike sorumlusu ile olağan sebep sorumlusu arasında paylaştırılmasında tehlike sorumlusuna daha çok pay verilmelidir¹⁶⁵⁵. Çünkü her bir sorumlunun yarattığı tehlikenin yoğunluğunun dikkate alınacak olması bunu gerektirmektedir¹⁶⁵⁶.

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN AĞIR KUSURU VE ZARAR GÖRENİN AĞIR KUSURU

A. KAVRAM

Üçüncü kişi, zarar gören ve zarar veren ile bunların davranışından sorumlu olduğu müstahdemlerin ve yine ev başkanın gözetimi altındakilerin dışından kalan kişileri ifade

¹⁶⁵¹ Öğretide örneğin dar anlamda haksız fiil sorumlusu ve yapı malikinin sorumlusunun bulunması durumunda eski sistemden gelen alışkanlıkla zararın tamamının kusur sorumlusuna yüklenmesinin TBK m. 62 hükmüne aykırı olacağı, burada her iki sorumluluk sebebine eşit yaklaşıp somut durumun gerektirdiği ölçüde paylaşım yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 116.

¹⁶⁵² Krş. **YAĞCIOĞLU**, s. 334-335.

¹⁶⁵³ **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 114.

¹⁶⁵⁴ **YAĞCIOĞLU**, s. 286.

¹⁶⁵⁵ **FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER**, pn. 1177; **DOĞAN, G.**, s. 122.

¹⁶⁵⁶ **DALCI ÖZDOĞAN**, s. 115.

eder¹⁶⁵⁷. Zarar görenin¹⁶⁵⁸ veya üçüncü kişinin kusuru, zararın meydana gelmesinde hafif bir etken olmak ile bu zararın oluşmasında başlıca etken olmak arasında dağılım gösterebilir. Bu bakımdan etki derecesine göre kusur, ağır veya hafif olabilir.

Zararın oluşmasına bilerek ve isteyerek sebep olan ya da en basit dikkat ve özeni göstermemek suretiyle katkı sağlayan üçüncü kişinin veya zarar görenin kusuru, ilk durumda kast ikinci durumda ağır ihmal olacağından, ağır kusur teşkil eder¹⁶⁵⁹. Buna karşın kişinin, o şartlar altında makul bir kimsenin göstereceği davranıştan büyük ölçüde dikkatsiz ve tedbirsizlikle sapmamışa hafif ihmale dayanan hafif kusuru söz konusu olur¹⁶⁶⁰. Bu noktada belirtilmelidir ki kusuru açıklayan teoriler burada yine gündeme gelecektir. Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru belirlenirken tecrübesizlik, asabiyet, yorgunluk, stres, zekâ düşüklüğü gibi sübjektif kriterlerin dikkate alınıp alınmayacağı; bu belirlenimin, ilgilinin bulunduğu yer ve zamanda, onunla yaş, meslek, cinsiyet, fizik bakımından aynı şartlar altında bulunan makul bir kişinin sergileyeceği davranışa göre belirlenip belirlenmeyeceği benimsenen kusur teorisine göre cevaplandırılacaktır. Biz objektifleştirilmiş kusur teorisini kabul ettiğimiz için zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun da, aynı şartlar altındaki ortalama bir zarar görenin veya üçüncü göstereceği davranışın ölçü alınarak bu ölçüden sapmanın boyutuna göre belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁶⁶¹. Zarar görenin kusurunun

¹⁶⁵⁷ KILIÇOĞLU, M., s. 103; EREN s. 592-593.

¹⁶⁵⁸ Zarar görenin kusuruna kavramsal olarak, tazminatın hesaplanmasında borçlunun ağır kusuru ile zarar görenin (müterafik) kusuru arasındaki ilişki bahsinde değindiğimiz için tekrara düşmemek adına burada sadece zarar görenin ağır kusurunun sonucu üzerinde duracağız.

¹⁶⁵⁹ FURRER/MULLER-CHEN/CETİNER, pn. 859.

¹⁶⁶⁰ TANDOĞAN, s. 320; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, kn. 379; EREN, s. 607; KURT, s. 800; ALTINOK ORMANCI, s. 92.

¹⁶⁶¹ EREN, s. 607-608; KURT, s. 800; ALTINOK ORMANCI, s. 89; CANBOLAT/GÖNÜL KOŞAR, s. 174. Yargıtay da aynı görüştedir: **Yarg. 10. HD.**, E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012: “Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır”; **Yarg. 4. HD.**, E. 1981/1247, K. 1981/3013, T. 11.03.1981: “ ... birlikte kusur, akli başında (makul) bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Ancak bir kimsenin zararın doğmasına veya artmasına engel olmak için ne suretle hareket etmesi gerektiği hususu her olayda ayrı ayrı araştırılmalı, her olayın niteliği ve özelliği gözönünde bulundurulmalıdır. Bunlar az yukarıda da değinildiği gibi her halde makul bir kişinin kendi çıkarını korumak için alacağı tedbirler dışına çıkamaz. Bu bakımdan zarar görenin kusuru değerlendirilirken objektif bir ölçüye başvurulacaktır. Bu ölçü, benzer durum ve şartlar altında zarar görenin mensup olduğu çevredeki makul, normal bir insanın zararlı sonucun doğmasını önlemek

belirlenmesinde zarar görenin içinde bulunduğu dışsal kıstaslar, içsel kıstaslar, somut koşullar ve işlerdeki güven ilkesinin dikkate alınacağı; hâkimin bu kıstasların hiçbirini tek başına esas almayıp tüm kıstasları ve koşulları bir arada ve her birinin bir diğeri ile olan etkileşimini dikkate almak suretiyle bir karara varması gerektiğı belirtilmektedir¹⁶⁶². Bununla birlikte zarar görenin veya üçüncü kişinin kusur ehliyetine, dolayısıyla bunun tek şartını oluşturan ayırt etme gücüne herhalde sahip olması gerekir¹⁶⁶³.

B. HÜKÜMLERİ

Zarara uğramakta zarar görenin veya üçüncü kişinin sürece katkısı, sorumluluğun nedensellik bağı unsuru ile ilgilidir. Kural olarak kimse, aynı zarardan üçüncü kişinin de sorumlu olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Her biri müteselsil sorumluluk esaslarına göre zarardan sorumludur¹⁶⁶⁴. Buna karşı zarar görenin kusuru, nedensellik bağına kesecek seviyeye ulaşmadıkça zararın ortaya çıkmasında ne oranda etki göstermişse o oranda zarardan sorumluluğı azaltacak bir işleve sahiptir¹⁶⁶⁵.

1. Sorumluluğı Kaldırma

Zarar görenin birlikte kusuru veya üçüncü kişinin kusuru, ağır kusur teşkil ediyorsa diğeri deyişle zararın meydana gelmesinde başlıca etken ise zarar verenin fiili ile zararın arasında uygun nedenselliğın bulunmadığı veya kesildiğı söylenebilir¹⁶⁶⁶. Bu durumda

için sarfedeceğı çaba, göstereceğı dikkattir”, <https://legalbank.net/arara/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 29.01.2024).

¹⁶⁶² CANBOLAT/GÖNÜL KOşAR, s. 175. Başlıca dışsal kıstaslar; olayın gerçekteleştığı yer ve zaman (zamansal ve mekânsal koşullar), faaliyetin türü ve özellikle faaliyetin tehlikeliliğı, faaliyette bulunan kişinin sahip olması gereken uzmanlık, ilgililer arasındaki ilişkinin yakınlığı ya da aralarındaki özel güven ve de zararın meydana gelmemesi için önleyici ya da alternatif yöntemlerin mevcut olup olmadığı ve bu yöntemlerin maliyetidir. Kişisel özellikler -içsel kıstaslar- ise belli bir dereceye kadar dikkate alınır. Öncelikle, örnek davranışa esas teşkil eden soyut ve ortalama tip belirlenirken failin yaşı dikkate alınır. Buna karşı alışkanlıklar, bilgisizlik, deneyimsizlik, karakter farklılığı, yorgunluk, dalgınlık, stres, eksik bilgi, unutkanlık gibi salt sübjektif sebeplerin dikkate alınmayacağını vurgulamak gerekir. Kıstaslar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. CANBOLAT/GÖNÜL KOşAR, s. 175-178.

¹⁶⁶³ GÜNAL, s. 209; KAHVECİ, s. 135.

¹⁶⁶⁴ KILIÇOĞLU, M., s. 104.

¹⁶⁶⁵ TANDOĞAN, s. 322-323.

¹⁶⁶⁶ Yargıtay’ın vermiş olduğu bir karara ve karşı oy yazısına yansıyan değerlendirmeleri burada alıntılanmayı uygun görüyoruz. Kararda, davacının banliyö trenindeki yolculuğunda düşerek yaralanmasından kaynaklanan tazminat talebi, tüm kusurun davacıda olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Karşı oy yazısında ise “...taşıyıcının kendisinin veya adamlarının kusuru bulunmadığını ispat etmesi, ancak illiyet sebebini kesen sebebın mağdurun fiilinin kazada yalnız başına amil olması ve illiyet rabatasının kesecek şiddette kesafette ağır olması ile mümkündür Tandoğan, age. sh. 236). Olayda

ağır kusurlu davranış, zararlı sonucu doğurmaya elverişli fiil veya olayı ikinci plana atmış ve yoğunluğu itibariyle zararlı sonucun uygun sebebi haline gelmiş olmaktadır¹⁶⁶⁷. Dolayısıyla zarar veren, daha doğrusu zararın oluşumunda ilk sebebi gerçekleştiren kişi, uygun nedensellik bağı yönünden sorumluluk olgusu sağlanamadığından zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulur¹⁶⁶⁸. Burada ağır kusurun nedensellik bağı kesip sorumluluktan kurtulma sebebi olması dürüstlük kuralına ve ahlaki değer hükmüne dayandırılmaktadır¹⁶⁶⁹.

Sözleşmesel sorumluluk özelinde düşünüldüğünde borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulan borçlunun, ifa engelinin kendi risk alanından kaynaklanmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. İfa engelinin alacaklının risk alanında kalması ve dolayısıyla borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesinin bir örneği zarar görenin kusuru olgusudur. Zarar gören taraf olarak alacaklının kusuru, sözleşmeye aykırılığın inhisari nedenini teşkil ettiğinde borçlunun davranışıyla alacaklının uğradığı zarar arasında uygun nedensellikten bahsedilemeyeceği için borçlu zarardan sorumlu tutulamayacaktır¹⁶⁷⁰. Alacaklının bu nitelikte davranışı, alacaklı temerrüdü veya alacaklının yol açtığı ifa imkansızlığı olabilir. Alacaklının bu davranışlarının

davacıya atfedilebilecek fiil açık kapı ile hareket etmiş olan trende açık kapının yanında durması veya tam kapanmamış kapıya dayanmış olmasıdır ki bunun ağır bir kusur olduğunun kabul etmek mümkün değildir.” değerlendirmesi yapılarak davalının sorumluluğunun devam ettiği kanaatine varılmıştır. Karar için bkz. **Yarg. 11. HD.**, E. 1985/834, K. 1985/1045, T. 28.02.1985, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 26.03.2024).

¹⁶⁶⁷ **KAHVECİ**, s. 133; **KILIÇOĞLU, M.**, s. 104.

¹⁶⁶⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, C.2, kn. 379; **ÜNAL**, s. 436; **KURT**, s. 802-803; **KAHVECİ**, s. 133. **Yarg. 10. HD.**, E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012: “Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir: zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağı kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır.”.

¹⁶⁶⁹ **KILIÇOĞLU, M.**, s. 101; **EREN**, s. 589. Zararın oluşmasında ilk sebep ve üçüncü kişinin nedensellik bağı kesen sebebi ayrı sonuçlar meydana getirirse her biri kendi sebep oldukları sonuçtan sorumlu olur. Örneğin aracın çarpmasıyla yaralanan kişinin, hastanede personelin ağır kusurlu bir müdahalesiyle ölmesi durumunda araç sürücüsü yaralamadan, hastane personeli ölümden sorumlu olur. Hastane personelinin müdahalesi, üçüncü kişinin ağır kusuru teşkil eder ve araç çarpmasıyla ölüm arasındaki uygun nedensellik bağı kurulmasına engel olur. Bu hususta bkz. **KILIÇOĞLU, M.**, s. 104; **EREN**, s. 592. Bu örnek olaya ilişkin olarak **BAYSAL**, üçüncü kişinin kusuru kurumuna başvurmaya gerek olmadığını, nedensellik bağı bağlamında hastane personelinin ortaya çıkan zarar bakımından üçüncü kişi değil zarar veren olarak kabul edilmesi gerektiğini, otomobil sürücüsünün verdiği zarar bakımından üçüncü kişi sayılmasının pratik bir önemi olmadığını belirtmektedir, bkz. **BAYSAL**, s. 63.

¹⁶⁷⁰ **BAYSAL**, s. 292.

nedensellik bağıını kesmesi için gerçekten kusurlu olmasının gerekip gerekmeyeceği tartışması, daha genel olarak zarar görenin kusurunun gerçek anlamda bir kusur teşkil edip etmediği tartışmasına uzanır. Biz zarar görenin kusurunu teknik anlamda bir kusur olmadığını savunan görüşü benimsediğimiz için alacaklının nedensellik bağıını kesen temerrüt veya ifa imkansızlığına sebep olan davranışının kusurdan bağımsız değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer deyişe nedensellik bağıını kesen bu davranışın ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda zarar görenin fiilinin nedensellik bağıına etkisi de tam olarak bu konu bağlamında ele alınmalıdır. Çünkü ayırt etme gücünden yoksun olana kusur isnadı yapılamayacağına göre zarar görenin ağır kusurundan da söz edilememesi dolayısıyla da bu kişinin davranışının nedensellik bağıını kesen bir sebep olarak kabul edilmemesi gibi bir düşünce ortaya çıkmaktadır¹⁶⁷¹. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre¹⁶⁷², nedensellik bağı değerlendirme objektif bir değerlendirmedir. Nedensellik bağıının kesilmesi için zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmez, kusurlu olsun olmasın zarar görenin fiili nitelik ve yoğunluğu itibarıyla zararın tek sebebini oluşturuyorsa nedensellik bağı kesildiği kabul edilmelidir¹⁶⁷³. Örneğin bilet aldığı bir trene yetişmek için tren hareket halindeyken ve kapılar kapalıyken zorla binmeye çalışan yolcunun düşüp yaralanması ile trene binmek üzere olan bir yolcunun o esnada sara nöbeti geçirip yaralanması vakalarının ilkinde alacaklı teknik anlamda olmamakla birlikte ağır kusurlu iken ikincisinde hiçbir kusuru yoktur. Ancak bu iki vakada da uygun nedensellik bağı kurulamayacağından borçlu, alacaklının uğradığı zarardan sorumlu olmayacaktır¹⁶⁷⁴.

Sözleşme yükümlülüğünün, olağandışı tehlikeleri önlemeye yönelik olması, özellikle karşı tarafın kendi ağır kusuruna karşı korumayı amaçlaması mümkün olabilir. Böyle bir durumda alacaklının kendi ağır kusuru, borçlunun sorumluluğunu kaldırmayacaktır. Örneğin, bir psikiyatri kliniğinin yükümlülüklerinden biri bir mahkumun intiharını

¹⁶⁷¹ FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 862.

¹⁶⁷² CANBOLAT/GÖNÜL KOŞAR, s. 183.

¹⁶⁷³ BAYSAL, s. 294.

¹⁶⁷⁴ BAYSAL, s. 295, dn. 1025.

önlemekse, buna rağmen yüküm ihlali sonucunda intihar meydana gelirse, klinik ağır kusurluluğa atıfta bulunarak kendini temize çıkaramaz¹⁶⁷⁵.

Zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru, kusursuz sorumluluk gerektiren bir olguyla bir araya gelmiş olabilir. Burada sebebiyet verme ya da tehlike derecesi belirlenerek zararın ne oranda zarar görenin kusuruna atfedilebileceği araştırılmalıdır. Özellikle kusura dayanmayan sorumluluk hallerinde mağdurun ve üçüncü kişinin ağır kusurları, nedensellik bağıını kesen sebepler olarak görülmektedir¹⁶⁷⁶. Ancak nükleer enerji, hava yolu işletmeleri gibi büyük tehlike arzeden işletmelerin sorumluluğunda ağır kusurun nedensellik bağıını kesmeyeceği, tehlikenin yoğunluğunun buna engel olduğu belirtilmektedir¹⁶⁷⁷.

2. Sorumluluğu Azaltma

Zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru, zararın oluşumunda tek sebep değil ortak sebeplerden biri de olabilir. Bu durumda uygun nedensellik bağıını kesecek yoğunlukta olmayan bu davranışlara bağlanan sonuçlar farklılaşır. Üçüncü kişinin davranışı zararın doğumuna etki etmiş ve zarar ile bu davranış arasında uygun nedensellik bağı bulunuyor ise müteselsil sorumluluk kuralları devreye girer. Bu ihtimalde esasen üçüncü kişiden değil zarar veren birden çok kişiden bahsedilmesi gerekir¹⁶⁷⁸. Her biri diğerinin kusurunu bir indirim gerekçesi olarak sunamaz¹⁶⁷⁹.

Zarar göreninin davranışı, ortaya çıkan zararda zarar verenin davranışıyla birlikte uygun nedensellik bağı içinde kalıyorsa, sorumluluğun belli bir oranı zarar görene yüklenir. Bunun için de tazminatın belirlenmesi aşamasında zarar görenin kusurunun ağırlığı tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır ve o miktarda zarara kendisinin katlanması sağlanır¹⁶⁸⁰. Roma hukukunda geçerli olan kusurların mahsubu “compensatio culparum” ilkesi, Pandekt hukukunda kimin kusuru ağırsa zarara onun

¹⁶⁷⁵ KOLLER, § 48, pn. 92.

¹⁶⁷⁶ TANDOĞAN, s. 81.

¹⁶⁷⁷ KILIÇOĞLU, M., s. 104; EREN, s. 591-592. Krş. BAYSAL, s. 276.

¹⁶⁷⁸ BAYSAL, s. 65.

¹⁶⁷⁹ DESCHENAUX/TERCIER, s. 203. Krş. KOLLER, § 48, pn. 98, 99.

¹⁶⁸⁰ KURT, s. 803; KILIÇOĞLU, M., s. 103; DESCHENAUX/TERCIER, s. 205; GÖNÜL KOŞAR, s. 244. Antalya, zarar görenin hafif kusurunun bir indirim sebebi oluşturabilmesini, durumun gereği olarak hakkaniyetin tazminattan indirim yapılmasını haklı göstermesine bağlı görmektedir. Örneğin zarar görenin ekonomik olarak güçsüz olması hakkaniyet gereği indirimi haklı göstermeyeceğinden tazminattan indirim yapılmamalıdır, bkz. ANTALYA, BHGH C.V/1,2, pn. 2371.

katlanması gerektiği kuralına dönüşmüştür. Buna göre zarar gören, failden daha ağır ya da onunla eşit kusurlu ise bu durumda tazminata hak kazanamaz¹⁶⁸¹. Ancak adil görülmeyen ve eleştirilen bu durum, tazminatın kusurun ağırlığına göre belirlenmesi ve zarar görenin kusuru varsa karşılıklı kusurların tartılması gerektiği görüşünün ağırlık kazanmasına neden olmuştur¹⁶⁸². Artık kusurların eşit olduğu bir olayda yapılacak paylaştırma hemen hiçbir zaman tazminata hükmetmeye gerek olmayan bir durum ortaya çıkarmaz¹⁶⁸³.

Kusurların birbirini götürmesi (kompanse etmesi) yerine karşılıklı kusurların tartılması esas alındığında bu kusurlardan birbirine eşit olması ya da birinin diğerine göre ağır olması söz konusu olabilir. Zarar görenin kusuru, zarar verenin kusuruna nazaran daha hafifse o oranda zarardan ona düşen pay azalır. Aksine zarar görenin kusuru, zarar verenden daha ağır ise hükmedilecek tazminatta zarar görenin kusuru oranında indirim yapılmalıdır¹⁶⁸⁴. TBK m. 52 hükmüne göre zarar görenin ağır kusurlu olması halinde hakim zarar verenin hafif kusurunu hiç dikkate almayarak tazminata hükmetmeme yetkisine de sahiptir¹⁶⁸⁵.

Zarar veren ile zarar görenin kusur oranları birbirine eşit olduğu durumlarda bu, kusurların birbirini etkisizleştirerek zarar verenin sorumluluktan kurtulmasına yol açacağı şeklinde değil, zarar verenin zarar miktarının yarısını karşılaması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır¹⁶⁸⁶. Zarar görenin kusuru, zarar verenden daha ağır ise hükmedilecek tazminatta zarar görenin kusuru oranında indirim yapılmalıdır¹⁶⁸⁷.

TBK m. 52/1 hükmüne göre zarar görenin kusuru, hakimın takdirine göre tazminattan bir indirim sebebi olmaktan öte tazminatın tamamen kaldırılması için bir gerekçe de

¹⁶⁸¹ **SCHWARZ**, s. 144.

¹⁶⁸² Bkz. **NOMER**, Tazminat, s. 71; **SCHWARZ**, s. 145; **GÖNÜL KOŞAR**, s. 245. Krş. **ANTALYA**, BHGH C.V/1,2, pn. 2497.

¹⁶⁸³ **GÖKYAYLA**, s. 255.

¹⁶⁸⁴ **BAYSAL**, HFH, pn. 5.44. Krş. **GÖKYAYLA**, s. 255.

İsviçre uygulamasına yansıyan bir örnekte, hasta bir çocuğun durumu, bir fizyoterapistin yanlış tedavisi nedeniyle ağırlaşmıştır. Terapist sorumlu tutulmuş, ancak çocuğun babası terapistin çocuğun hastalığı hakkında çok az bilgi verdiği için tazminat düşürülmüştür. Bkz. **KOLLER**, § 48, pn. 99.

¹⁶⁸⁵ **GÖNÜL KOŞAR**, s. 247. Krş. **NOMER**, Tazminat, s. 97.

¹⁶⁸⁶ **NOMER**, Tazminat, 96; **GÖKYAYLA**, s. 255. Ancak somut olayda dikkate alınması gereken başka bir etmen varsa eşit paylaşım yerine başka bir oran da kabul edilebilir. Bkz. **GÖNÜL KOŞAR**, s. 247.

¹⁶⁸⁷ **BAYSAL**, HFH, pn. 5.44. Zararın paylaştırılmasının duruma göre yarı yarıya veya üçte bir, dörtte bir gibi bir oranda azaltılması ya da zarar vereni sorumluluktan tamamen kurtarma şeklinde olabileceği yönünde bkz. **SCHWARZ**, s. 145.

olabilir¹⁶⁸⁸. Ancak zarar görenin kusuru halinde zararın bu kusura isabet eden payın indirilmesinin esas olduğu, zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise istisnai bir durum olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶⁸⁹.

Sözleşmesel borç ilişkisinde alacaklının davranışının, uğradığı zarar bakımından borçlunun davranışıyla arasındaki nedensellik bağına kesecek yoğunlukta olmadığı durumlarda TBK m. 52/1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda kusur oranlarının ve alacaklı dışındaki diğer etkenlerin de dikkate alınarak sorumluluğun paylaştırılması gerekmektedir¹⁶⁹⁰. Zarar görenin kusuru ve zararı azaltma külfeti, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda da tazminatın belirlenmesi ve sorumluluktan kurtulma bakımından kendisine sonuç bağlanmış kurumlardır¹⁶⁹¹.

Zarar görenin kusurunun tazminatta indirim nedeni olması, 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde hakkında özel hüküm bulunmayan kira sözleşmelerine uygulanması Yargıtay içtihatlarında kabul edilmekteydi. TBK m. 325/2 hükmünde ise bu uygulama

¹⁶⁸⁸ TBK m. 52'ye göre özel bir hüküm olup onu daraltan KTK m. 86/2'de hâkime sadece indirim yapma yetkisi tanınmış; TBK m. 52'den farklı olarak sırf zarar görenin kusuruna binaen tazminata hükmetmeme yetkisi tanınmamıştır. Bu hususta bkz. **CANBOLAT/GÖNÜL KOŞAR**, s. 184.

¹⁶⁸⁹ **Yarg. 10. HD.**, E. 2012/21455, K. 2012/21185, T. 12.11.2012: “*Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın ortak kusur halinde zararın bu kusura isabet eden payın indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir*”.

Örneğin, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun ağır olmasına karşılık, failin kusurunun oldukça hafif kalması gibi hallerde, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçilebileceği savunulmaktadır, bkz. **KAHVECİ**, s. 134.

¹⁶⁹⁰ **BAYSAL**, s. 297. Yargıtay içtihadına yansıyan bir uyuşmazlık, davacının davalı bankada bulunan Türk Lirası hesabından 2.100 TL, Euro hesabından 319.88 Euro ve USD hesabından 1000 USD'nin izni ve bilgisi dışında internet bankacılığı yoluyla 3. Şahıs hesaplarına havale yapılmasına ilişkindir. Davacı, bankanın internet bankacılığı sisteminin işletilmesindeki kusurlu davranışları sonucu zarara sebep olduğu gerekçesiyle 2.100 TL'nin 31.03.2006 tarihinden itibaren işletilecek yasal faizi ile 319,88 Euro ve 1000 USD'nin 31.03.2006 tarihinden itibaren işletilecek Euro ve dolar ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına verilen en yüksek faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Bu uyuşmazlıkta Yargıtay'ın uygun bulduğu ilk derece mahkemesinin kusur oranlarına göre yapmış olduğu sorumluluk paylaşımı şu şekildedir: “*Mahkemece, tüm dosya kapsamına ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalı bankanın mevduatı özenle saklaması gerekirken objektif özen görevini yerine getirmediği, dolandırıcılığı önleyecek mahiyette yeterli güvenlik tedbirlerini almadığı, olayın gerçekleşmesinde %65 oranında kusurlu olduğu, davacının da zararın oluşmasında katkısı bulunduğu ve %35 oranında kusurlu olduğu gerekçesiyle müterafik kusur dikkate alınarak 1.384.27 TL'nin 31.03.2006 tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle, 207,88 Euro ve 649,88 USD'nin 31.03.2006 tarihinden itibaren işletilecek euro ve dolar ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına verilen en yüksek faizi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.*”. Karar için bkz. **Yarg. 11. HD.**, E. 2011/6688, K. 2012/13423, T. 17.09.2012, <https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 26.03.2024).

¹⁶⁹¹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **KÜÇÜKAYDIN, Emine Aşlı**, “Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki Görünümü”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 289-310.

yasal bir dayanağa kavuşmuştur. Buna göre kiralananın sözleşmenin bitiminden önce yani kiracı tarafından sözleşme süresine veya fesih dönemine uyulmaksızın geri verilmesi halinde kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralanayı başka biçimde kullanmakla ele ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür. Hesaplamada dikkate alınacak olan elde etmekten kaçınılan yararlar bakımından kiraya verenin kusurunun ağır olmaktan da öte kastının bulunması gerekmektedir¹⁶⁹².

Üçüncü kişinin kusuru ise ağır nitelik taşımadığı için zararlı sonucun tek sebebi değilse, diğer deyişle nedensellik bağıını kesmediği takdirde karşımıza ortak nedensellik bağlamında aynı zarardan birden çok kimsenin sorumlu olması durumu çıkacaktır¹⁶⁹³. Bu hususun sorumluluk üzerindeki etkisi, müteselsil sorumluluk bahsinde ele alındığından burada tekrar incelenmeyecektir.

¹⁶⁹² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 291.

¹⁶⁹³ BAYSAL, s. 62; FURRER/MULLER-CHEN/ÇETİNER, pn. 864.

SONUÇ

Tezimizde ulaştığımız sonuçlar aşağıda maddeler halinde gösterilmektedir:

1. Tazminat borcu, hukuka uygun olmayan bir davranışa karşı özel hukukun bir yaptırımıdır ve bu yaptırım kişileri hukuk dışına çıkmamaya yönlendirdiği gibi zarara da zarar görenin değil zarara yol açanın katlanmasını sağlar. Tazminat sorumluluğu için gerekli olan unsurlar, hukuka aykırılık, zarar, uygun nedensellik bağı ve kusurdur. Sözleşmesel sorumlulukta sözleşmesel bir yükümün ihlali, hukuka aykırılık unsuruna karşılık gelir. Bu yüküm, edim yükümü olabileceği gibi bütünlük menfaatini koruyan bir yan yüküm de olabilir. Bir davranışın yüküm ihlali teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde o davranış haklı gösteren sebeplerin olup olmadığı da araştırılmalıdır. Rıza, daha üstün nitelikte özel yarar, bir özel hukuk yetkisinin kullanılması, davranışın hukuka uygun görülmesini, dolayısıyla bir yükümün ihlali olarak görülmemesini sağlayabilir. Bu takdirde sözleşmesel sorumluluk şartları gerçekleşmeyecektir.
2. Haksız fiil hukukunda sorumluluğun sınırlandırılması için başvuru normunun koruma amacı teorisi, sözleşmesel sorumlulukta da işleve sahiptir. Sözleşmesel sorumluluğun mevcut olup olmadığı veya kapsamı tespit edilirken sözleşmenin amacına bakılmalı, tarafların hangi şahısları, hangi varlıkları, hangi tehlikelere, hangi ihlâl tarzlarına karşı, hangi kapsamdaki zararlar için korumak istedikleri göz önünde tutulmalıdır.
3. Kusur kavramsal olarak haksız fiil sorumluluğu veya sözleşmesel sorumluluk için farklı olan bir kavram değildir. Borca aykırılık hallerinin çoğu zaman sözleşme temelinde ortaya çıkacağı göz önünde alınarak sözleşmesel kusur veya eski ifadeyle akdi kusurdan bahsedilmektedir. Borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal bir borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçiminin niteliği sözleşmesel kusur olarak anlaşılmalıdır.
4. Kusurluluk fikri, insanların kendi davranışlarını kontrol ettiklerine dair genel olarak hakim olan inanca dayanmaktadır. İnsan, davranışlarının efendisi olduğu için davranışından ve sonuçlarından sorumlu tutulur. Birey, kusurlu davranışları

için sürekli yaptırım tehdidi yoluyla diğerlerine ve hukuk topluluğuna karşı sorumlu olmak üzere eğitilir. Kendini kontrol edemeyen -çocuk ve akıl hastası gibi- kimseler ise sebep oldukları kötülüklerden dolayı sorumlu tutulamaz.

5. Kusurun sorumluluk üzerinde işleve sahip olması, insanlığın ve uygarlığın gelişimiyle ve bu arada soyut düşünme becerisiyle yakından ilgilidir. Basit bir gözleme dayanan ve zarara yol açanın bunu gidereceği veya kısasa katlanacağı şeklinde özetlenebilecek olan kusursuz sorumluluk esası, Roma hukukunun eski dönemlerinde uygulanmıştır. Ancak bu sorumluluk türünün haksız ve ağır sonuçlarının giderilmesi, zaman içinde sözleşme ilişkilerinde kendisini göstermiştir ve *diligentia* ölçütü kusur sorumluluğuna geçişte önemli bir rol oynamıştır. *Diligentia* yani özenli hareketin değerlendirilmesinde de kişinin kendi kişiliğine göre değişen bir ölçünün esas alınması sübjektif ve somut; dikkatli tedbirli bir insandan beklenen özenin esas alınması objektif ve soyut bir değerlendirmeye dayanır. Herkesin bildiğini bilmemek, en basit özeni göstermemek olarak tanımlanan *culpa latanin* bulunmadığı durumlarda *culpa levisin* bulunup bulunmadığının tespitinde yararlanılan somut ölçü “*diligentia quam suis*”, soyut ölçü “*diligentia boni patri familias*”tır. Burada Latinceleriyle zikredilen kavramlar, günümüzdeki ağır kusur ve hafif kusur ile hafif kusurun belirlenmesinde kullanılan objektif ve sübjektif özen ölçülerinin ve diğer kriterlerin özünü oluşturmaktadır.
6. Kusur, belirli bir durumda geçmişe dönük olarak mevcut koşullar altında farklı bir davranış mümkün olduğu için o davranışın yanlış olduğu yargısını yapmaktır ve bir tür sistemi içinde barındırır. Bu yönüyle bir değer yargısı olan kusur yargısı, davranışın neden tasvip edilmemeyi hak ettiğini ve yaptırıma layık olduğunu açıklar; böylece sorumluluğu o kişiye yüklemenin gerekçesi ve haklılığı ifade edilmiş olur. Kusur yargısının yapılması, kişinin davranışının bir ölçüte göre değerlendirilmesini gerektirir. Ayırt etme gücü bulunan failin sübjektif özellikleri de dikkate alınarak detaylandırılmış bir örnek davranış tipi belirlenmelidir. Ayırt etme gücü yerinde olan bir kişinin model davranıştan sapan hukuka aykırı davranışı, onun kusurunu teşkil edecektir. Dolayısıyla kusurun iradeyle bağlantısı onun sübjektif unsurunu, davranışla bağlantısı objektif unsurunu oluşturur. Ayırt etme gücü dışındaki diğer psikolojik

yetersizlikler, objektif unsurun belirlenmesinde dikkate alınarak bu tipinin tamamen soyut ve objektif değil belli ölçüde somut ve sübjektiflikten koparılmayan bir genelleme ile belirlenmesi gerekir. Kusurun ağırlığı da ayırt etme gücünün derecelendirilmesine göre değil, model davranıştan sapmanın derecesi esas alınarak belirlenmelidir.

7. Borçlunun davranışının, karşılaştırmada kullanılan örnek borçlu tipinin beklenen davranışından az veya çok uzaklaşması söz konusu olabilir. Kusurun belirlenmesi için kullanılan ölçütten sapmanın büyük olması ağır kusur iken küçük olması hafif kusur anlamına gelir. Kastta, ihmalden daha ağır bir kusur bulunur, çünkü yaptığı yanlış isteyenin, buna bilmeden, hatta düşünmeden, özensizlikten sebep olandan daha ağır bir tekdiri hak ettiğinin açıktır. Ancak doğal kast ve normatif kast ayrımının da burada dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre doğal anlamda her kasıtlı davranış kusurlu bir davranış anlamına gelmez. Doğal kast, sadece failin farklı bir karar vermesi ve dolayısıyla farklı davranmasının beklenebildiği durumlarda kusurlu bir davranış teşkil eder. Sorumluluk bakımından önem taşıyan, kasıtlı davranışın kusurlu da olmasıdır. Bu durum normatif kast olarak adlandırılır. Doğal kastın varlığına rağmen maddi cebire varmayan zorlama, korkutma veya tahrik nedeniyle kusur ortadan kalkabilir veya derecesinde azalma olabilir.
8. İhmal, özen eksikliğini, dikkatsiz ve özensiz davranışı içinde barındıran bir kavramdır. İradeyi yeter derecede kullanmamaya dayanan kınama yargısı olarak sunulan ihmal, Roma hukukunun “diligens pater familias” ölçüsünün modern hukuklara uyarlanmasıyla objektifleştirilmiştir. Objektifleştirilmiş ihmal kavramına göre önemli olan, davranışta bulunanın bireysel yeteneklerine, gücüne, deneyimine ve bilgisine göre objektif gerekli özeni tanıyabilir ve uygulayabilir durumda olup olmadığına bakılmaksızın, ilgili durumdaki ilgili iş çevresine mensup olan ve ortalama gereksinimleri karşılayan bir kişiden ne beklenebileceğidir. Utangaçlık, bitkinlik veya sinir boşalması, büyük endişe veya depresyon, “dürüst, makul normal bir insan”ın özenli davranma yeteneğini geçici olarak bozmadığı sürece yakın akrabaların yaşamı veya uzuvlarıyla ilgili korku gibi zihinsel stres mazeret sebebi olarak kabul edilmemelidir. İş çevrelerinde yerleşmiş kötü adet ve hareketsizlik veya “yaygın bir uygulama”nın

varlığı da mazeret teşkil etmez. TSE veya DIN gibi kurumların belirlediği standartlar, teknik yönetmelikler, diğer mesleki kurallar veya spor kuralları gibi düzenlemeler de işlem hayatında gerekli özeni yerine getirmek için kullanılabilir.

9. Bilinçli – bilinçsiz ihmal ayrımının kusurun ağırlığının tayininde ölçü olarak kullanılmaya elverişli bir ayrım olduğu, zira bilinçli ihmalin bilinçsiz ihmalden daha ağır bir kusur teşkil ettiği belirtilmektedir. Biz ise bu ifadenin her zaman geçerli olmadığını, çünkü özen ihlalinin özellikle ağır olduğu anlaşılıyorsa ağır ihmalin söz konusu olduğunu düşünüyoruz. Bilinçli ihmalin aynı zamanda ağır olması gerekmez, dolayısıyla bilinçli ihmal ile ağır ihmal bize göre aynı değildir. Bir durumun tehlikeliliğine veya bir sözleşmeye aykırılık ihtimaline gözlerini kapatan kimse, korunmaya layık değildir ve davranışı ağır ihmal olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla bilinçli ihmal, ağır ihmalin zorunlu bir unsuru olmadığı gibi “bilinçsiz ihmal de her zaman hafif ihmal teşkil eder” önermesinde bulunulamaz.
10. Ağır ihmali tanımlamadaki güçlük, ihmal teşkil eden durumlara ilişkin olarak bu kavramla yapılmak istenen soyutlamanın zor olmasıdır. Tanım girişimlerinde “ağır” ifadesi yerine “özellikle ciddi”, “olağan dışı” gibi ifadelerin kullanılması da kavramın içeriğini ortaya koymak bakımından verimsizdir ve detaylara hakim olmayan kişiler için ağır ihmal kavramı hakkında bir fikir sunabilirse de hukukçular için çok az pratik önem taşır. Bu bakımdan, öğretide ağır ihmalin, dört başı mamur bir tanımının yapılamayacağını söyleyen görüşe üstünlük tanımak gerekir. Ağır ihmal, işlem hayatında gerekli özen için aranan koşulların objektif olarak ağır ve sübjektif olarak mazur görülemeyecek şekilde ihlali olduğunda ortaya çıkar. Hafif ihmal ise ağır ihmal için aranan bu özel nitelikler karşılanamadığında söz konusu olur; diğer deyişle ağır ihmalin zıddı olarak ağır olmayan ihmal, hafif ihmaldir. Orta ihmal ise bize göre kavramsal olarak kullanılabilir olsa da kendisine hukuki sonuç bağlanmamış olduğundan pratik anlamda önem taşıyan bir kavram değildir. Ağır kusurun bulunduğu söylenemedikçe ağır kusura bağlanan sonuçların orta ihmalde gündeme getirilmesi söz konusu olmamalıdır.

11. TBK’de kastın yanına ağır ihmal de ilave edilmek suretiyle ağır kusur yapısı oluşturularak ikisinin de aynı hükümlere tabi tutulması amaçlanmıştır. Kanaatimizce TBK’nin ağır kusur – hafif kusur ayrımını benimsemesi, aynı zamanda objektifleştirilmiş ölçüye göre kusurun belirlenmesinin istenmesinden kaynaklanmaktadır. Bunun en önemli göstergeleri, eser sözleşmesinde yüklenicinin (TBK m. 471/2), vekalet sözleşmesinde vekilin (TBK m. 506/3) sorumluluğu konusunda, artık hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna atıf yapılmaması ve basiretli bir yüklenici ile basiretli bir vekil ölçütünün esas alınmasıdır. Kusurun ağırlığı veya hafifliği, bir referans davranışla kıyaslamayı ve kıyaslamadan elde edilecek sonuçlara göre tespit edilebilir. Failin hareket tarzının ortalama hareket tarzından uzaklaştığı ve hukuka aykırı sonucu önlemeye engel olan hususları bertaraf etme kolaylığının bulunduğu ölçüde kusur ağırdır.
12. Ulusal hukukumuz bakımından yerleşmiş olmayan pervasızca hareket şeklindeki kusur türüne TBK’de yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olmadığı; kusurun derecelerinin soyutlanmasıyla yapılan ağır kusur-hafif kusur ayrımının yeterli olduğu ve bu terimlerin istikrar kazanarak yerleşik hale gelmesi halinde kusur bakımından yeni değerlendirme yöntem ve kavramlarına ihtiyaç kalmayacağı düşüncesindeyiz.
13. Ağır kusur- hafif kusur ayrımında kast ve ihmalin türlerinin yol gösterici olabileceği ama kesin ölçütler oluşturmadığı kanaatindeyiz. En uç noktadan örnek verecek olursak bir kişinin kasten hareket ettiği öyle örnekler olabilir ki kişinin kusurunun hafiflediği veya tamamen ortadan kalktığı yine de söylenebilir. Böyle durumlarda basit bir tabirle kast en büyük kusurdur ve bu sebeple failin kusur derecesi ağır kusurdur denilememelidir. Kasten hukuka aykırı davranan bir kimse, cebre maruz kalmış ise hafif kusurun bulunduğu yargısının yapılabileceği düşüncesindeyiz. Zira model tipin somut olayın şartlarında ve bu arada cebrin tesiri altında göstermesi gereken davranış tespit edildiğinde ve failin davranışı ile model davranış arasında sapma yok denecek kadar azsa bu fikir yürütme süreci bizi bu sonuca vardırılmaktadır.
14. Objektif kusur teorisi hem haksız fiil hem sözleşme alanında geçerli olup borçlunun göstermesi gereken özen derecesi, mensup olduğu sosyal ve mesleki

çevredeki makul, dürüst ve orta düzeydeki objektif bir tipin göstereceği özen derecesine göre belirlenir. Güven prensibi de sözleşmeler alanında kusurun objektifleştirilmesini haklı göstermektedir. Sözleşmesel kusur, borçlunun önlenmesi mümkün olan sözleşmesel bir yüküme aykırı hareketi olarak anlaşılabilir. Sözleşmesel bir yüküme aykırılığı bilinçli bir şekilde isteyerek ya da göze alarak hareket eden borçlunun bu davranışı kasıtlıdır. Borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmemek için gerekli olan özeni göstermemesi; sözleşmeye aykırı sonucu istememekle birlikte bunu önlemek için gerekli çabayı göstermemesi ise sözleşmesel alanda ihmali betimler.

15. Sonuç taahhüdü içeren borçlarda sonucun sağlanamaması bir borca ayrılık teşkil etmekle birlikte kusurlu bir ifa ihlalinin bulunup bulunmadığı objektifleştirilmiş kusur teorisinin önerdiği yöntemle tespit edilecektir. Örneğin eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirirken ve teslim ederken benzer bir eserin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak, kullanmak zorundadır. Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu dikkat ve çabanın kusura ilişkin olduğu kanaatindeyiz. Objektifleştirilmiş bu ölçütten sapma gerçekleşmiş ise bu defa sapmanın derecesine göre de kusurun ağırlığı belirlenecektir. Borçlunun hareket tarzının sözleşmeye aykırılığa neden olması ihtimali ne kadar fazla görünüyorsa, bu hareket tarzı ortalama bir borçlunun hareket tarzından ne derecede ayrılıyorsa kusur o derecede ağır olur.

16. Kanun koyucu TBK’de eser sözleşmesinde yüklenicinin (m. 471/2), vekalet sözleşmesinde vekilin (m. 506/3) sorumluluğunun belirlenmesinde hizmet sözleşmesindeki işçinin sorumluluğuna atıf yapmamıştır. Bilinçli olarak yüklenici ve vekilin sorumluluğunun belirlenmesinde objektif bir kritere yer verilmiştir. Böylece TBK’nin yürürlüğünden önce mevcut olan düzenlemelere yönelik öğretilerdeki eleştirilerin kanun koyucu nezdinde karşılık bulduğu, objektifleştirilmiş kusur teorisine göre önerilen özen ölçütünün benimsendiği ve bunun önceden beri hukukumuzda yeri olan “basiretli iş adamı” formülünün uyarlanması suretiyle kanun metnine yerleştirildiğini görmekteyiz. Bunun bir sonucu olarak vekil, fiziksel ya da manevi olarak yetersiz olduğunu, bilgi ve

deneyim bakımından eksik olduğunu, mesleki alandaki yenilikleri takip edemediğini, işlerinin yoğunluğunu vs. ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

17. İş görme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesinde iş gören işçi için özen borcu işçiye yüklenmekle birlikte bu borca aykırılıkta sorumluluğunun belirlenmesinde objektifleştirilmiş bir kusur ölçüsünden açıkça bahsedilmemiştir. Diğer deyişle benzer işi üstlenen, basiretli bir işçinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygunluk gibi ağır bir ölçü getirilmemiştir. İşçinin kusuru bakımından dahi bize göre kanunun sübjektif teori lehine yorumlanmasına yer yoktur. İşçinin yetenek ve niteliklerinin önem taşıması işveren tarafından bilinmesi veya bilinebilir olması halinde mümkün olabilir ki bunun altlanacağı bahis, teknik olarak işverenin birlikte kusurudur. İşçinin dış dünyaya yansımayan sübjektif niteliklerinin önem taşımaması, işçinin kusurunun belirlenmesinde sübjektif-somut kriterin uygulanmasına engeldir. Bize göre işçinin kusurunu tespit ederken de objektifleştirilmiş teoriden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur. Öğretide genellikle sübjektif kriter olarak belirtilen yetenek ve nitelikler, işverenin bunları en azından bilmesi gerekmesi şartına bağlı olduğu için işçinin sorumlu olduğu bir zararda, işverenin birlikte kusuru bağlamında tazminatta bir indirim sebebi teşkil etmelidir ve böylece işçinin sorumluluğu hafifletilmelidir. Yoksa işçinin kusurunun belirlenmesinde bir sübjektifleştirme gerekçesi olarak kullanılmamalıdır.
18. TBK'de sözleşmesel sorumluluk hükümlerinde ağır kusura, sorumluluğun doğuşunda, hukuki durumun ağırlaşmasında, müteselsil sorumluların birbiriyle arasındaki ilişkide ve zarar verenin dışındaki kimselerin zarar üzerinde etkisi olan davranışlarında sonuçlar bağlandığı görülmektedir. İlk olarak bağışlayan, zarara ağır kusuruyla sebep olmadıkça bağışlanana karşı sorumlu değildir.
19. Sorumluluğun niteliği, hukuki işlemin niteliğine göre belirlenir. TBK m. 114/1 c. 3 hükmüne göre iş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Kanaatimizce bu hükmün amacı, işin kendisi için bir fayda sağlamaması halinde, borçlunun göstereceği özenin derecesini sınırlamak değildir; burada, borçlunun sorumluluğunun, yani hükmedilecek tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin bir düzenleme söz konusudur.

Dolayısıyla tazminatın hesaplanmasında bir kriter olarak kullanılması gereken fayda ölçütü, kusur bahsinde değerlendirilmemelidir.

20. Kişinin kendi işlerinde gösterdiği özen ölçüsünün diğer deyişle subjektif ve somut kriterlerin, ancak ağır kusurunun bulunmadığı durumlarda dikkate alınabileceğini düşünmekteyiz. Bunun sonucu, *diligentia quam in suis* vakıalarında ağır ihmalin sorumluluğu kurma işlevine sahip olmasıdır. Diğer deyişle hafif ihmalinin bulunduğu durumlarda borçlu, kendi işlerinde de özensiz olduğunu ispat ederek *diligentia quam in suis* ölçütünün geçerli olduğu vakılarda sorumluluktan kurtulabilecek iken ağır ihmalinin varlığı halinde kendi işlerinde de çok özensiz ve lakayt olduğunu gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamayacaktır.
21. Hayvan satımında ayıp sorumluluğu, bu konuda yargı mercilerini fazla meşgul etmemek, kısa zamanda durumu açıklığa kavuşturmak gibi düşüncelerle bazı özel düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu noktada ağır kusur, hayvan satışında satıcının ayıp sorumluluğu için var olan muafiyetini ortadan kaldıran bir işlev görmekte ve ayıp sorumluluğunu yeniden tesis etmektedir.
22. Borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmadığı yönünde ya da hiçbir kusurundan sorumlu olmadığı yönünde yapılan sorumsuzluk anlaşması borçlunun hafif kusurlu olduğu zararlarda sorumluluğunu sınırlar veya kaldırır. Kusurun ağır olmadığını (hafif kusurun bulunduğunu) ispat yükününün borçluya mı yoksa kusurun ağır olduğunu (hafif kusurun bulunmadığını) ispat yükünün alacaklıya mı yükleneceği bir ispat hukuku problemi olarak karşımıza çıkabilir. Bu sorunda, sözleşmesel sorumluluğu konu alan sorumsuzluk anlaşmasında borçlunun ağır kusurunun olmadığını ispat etme; olası bir haksız fiil sorumluluğunu konu alan sorumsuzluk anlaşmasında ise zarar görenin, failin ağır kusurlu olduğunu ispat etme yükü altında olduğunu kabul etmenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.
23. Ağır kusurdan sorumluluğu bertaraf eden bir sorumsuzluk anlaşmasının, esas sözleşmede bir kayıt olarak yer alması halinde gündeme gelecek olan bir sorun, kısmi hükümsüzlüğün sözleşmenin bütününe teşmil edilebilip edilemeyeceğidir. Kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırılığın olmadığı, özellikle henüz borçların ifası aşamasına geçilmediği dolayısıyla borca aykırılığın söz konusu olmadığı

evrede sorumsuzluk kaydının geçersiz olduğunu öğrenen (hukuki bilgisizliğini sonradan gideren) borçluya TBK m. 27/2 hükmü esaslarına göre sözleşme bağtından tamamen sıyrılabilme imkanı tanınabilir.

24. Satıcının alıcıya karşı zapttan sorumsuzluğunu öngören anlaşmanın sınırı, TBK m. 214/3 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse yani üçüncü kişinin satılan üzerinde zapta elverişli üstün hakkını bilerek ve isteyerek alıcıdan saklamışsa sorumsuzluğunu öngören anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Gizleme dışındaki bir sebeple satıcının ağır kusurun bulunmasının bu anlaşmanın geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce sorumsuzluk anlaşmalarının sınırına ilişkin TBK m. 115, 116 hükümlerinin zapttan sorumsuzluğa da uygulanabilir. Dolayısıyla satıcının ağır kusurlu olduğu diğer durumlarda satıcıyı zapttan sorumluluktan kurtaran anlaşmalar da kesin olarak hükümsüz sayılmalı ve satıcının ayıp sorumluluğu hakkındaki düzenleme ile uyumsuzluk yaratılmamalıdır.
25. TBK m. 221'in selefi olan eBK m. 196 hükmünde ayıptan sorumsuzluk anlaşmasının geçersizliği, satıcının ayıbı gizlemesi suretiyle alıcıyı aldatmasına bağlı kılınmıştı. Kastı dışında satıcının, malın ayıplı olarak devredilmesinde ağır ihmalinin bulunması da ağır kusur teşkil eder ve TBK m. 221 gereği sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüzlüğüne neden olur. Bu durum TBK m. 115 hükmüyle uyumludur. Satıcılığı meslek edinen kişi, bilmesi gereken ayıpların farkında olmayarak ayıplı bir mal teslim etmiş ise, kendisini sorumluluktan kurtaran anlaşma kesin hükümsüz olacaktır.
26. Kanaatimizce isteğe bağlı açık arttırmada da satıcının ayıptan ve zapttan sorumsuzluğunu öngören anlaşmalar satıcının ağır kusurunun bulunduğu tüm hallerde geçersiz olacaktır. Sorumsuzluk kaydı, arttırma koşullarında yer alıyorsa isteğe bağlı arttırma işlemi değil sadece sorumsuzluk kaydına ilişkin arttırma şartları geçersiz sayılır. Satıcı TBK m. 27/2 c. 2 hükmünden de yararlanamaz. Yani bu hükümler olmaksızın açık arttırmayı yapmayacağını çok açık olduğunu ileri sürerek geçersizliğin bütün işleme yayılmasını sağlayamaz.
27. İşçinin verdiği zararın sonuçlarına katılıp katılmayacağı ve eğer katılacaksa ne ölçüde katılacağı, özellikle zararın nedeni ve sonuçları ile ilgili olarak hakkaniyete ve isnadiyetin özelliklerine bağlıdır. İsviçre Federal Mahkemesinin,

özellikle işçinin gelirinin, faaliyetin zarar riskiyle açıkça orantısız olması durumunda ağır ihmal durumunda dahi sorumluluk sınırlamasını göz ardı etmemesi, bizim hukuk uygulamamızda da benimsenebilir niteliktedir.

28. Zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulanması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılabilir. Kusur ne kadar ağır, zarar verici olay ne kadar vahimse hükmedilecek tazminat, zarar miktarını aşmamak kaydıyla, o derece yüksek olmalıdır.
29. Benimsediğimiz görüşe göre TBK m. 52/2 hükmü, hafif kusur halinde tazminatın indirilmesini yoksulluğa düşecek olmak ve hakkaniyetin gerektirmesi ek unsurlarına bağlamamaktadır. Bu hüküm, borçlunun tazminatı ödediği takdirde yoksulluğa düşecek olmasının tazminatın indirilmesi için bir sebep olup olmadığına sorusuna cevap vermektedir. Tazminat alacaklısının ve borçlusunun ekonomik durumları kural olarak tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaz. TBK m. 52/2 bu durumu hem teyit etmekte hem de bir noktada istisna getirmektedir. Eğer zarar verenin ekonomik durumu kırılgan olup da sorumlu tutulduğu tazminat borcunu ifa etmesi halinde zor bir duruma düşecek ise ancak hafif kusuruyla bu zarara sebep olmuş olması halinde -hakkaniyet şartı da sağlanmak kaydıyla- tazminat indirilebilir.
30. Somut olayın şartlarına göre zarar verenin ağır kusuru, zarar görenin kusuru sebebiyle tazminatta indirim yapılmasını engelleyebilir. Diğer deyişle zarardan sorumlunun ağır kusuru, zarar görenin hafif kusurunu nötralize eder ve tazminatın tamamına hükmedilebilir.
31. Satıcının ağır kusurunun sonuçları kenar başlığını taşıyan TBK m. 225 hükmüne göre ticari ve mesleki faaliyeti çerçevesinde başkalarına mal satanlar, sattıkları maldaki mesleki olarak bilmeleri gereken ayıptan dolayı alıcının ayıbı ihbar külfeti bulunmaksızın sorumlu olacaklardır. Bu tür satışlarda artık satıcı ayıplı mal teslim etmekte hafif kusurlu olsa bile alıcı, ayıp bildirimini külfetinde olmadan zamanaşımı süresi boyunca satıcıya karşı ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir. Kanaatimizce satıcının bildiği ayıplar söz konusu ise, onun meslekten satıcı olup olmamasından bağımsız olarak TBK m. 225 birinci fıkra

hükmüne göre ağır kusur durumu özellikle kast gerçekleşmekte ve birinci fıkra kapsamında satıcı zaten süresinde ihbarın yapılmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır. Satıcının bilmesi gereken ayıplar, satıcının varlıklarını esasında bilmediği, fark etmediği ancak gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebileceği ayıplardır. Buna göre satıcının ayıplı ifade kusurunun ihmale dayandığı durumlardır. Bu nokta gerekçede belirtildiği üzere, hükmün özelliği daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır ki bu özellik, meslekten satıcının her türlü ihmalinin -bu arada hafif ihmalinin- de aynı sonucu doğuracak olması, ağır kusur sayılacak olmasıdır.

32. TBK m. 225/2 hükmüyle kanaatimizce ağır ihmalin Roma hukukundan bu yana benzer şekilde ifade edilen “*herkesin gördüğü, anladığı, yaptığı şeyi görmemek anlamamak, bilmemek*” şeklindeki formülünün, satıcılığı meslek edinmiş kişilere uyarılama isteğine dayanmaktadır. *Herkesçe bilinmesi gereken şeyin bilinmemesi* yerine, *satıcılığı meslek edinmiş herkesçe bilinmesi gereken ayıbı ilgili meslekten satıcının fark etmemiş olması* geçmektedir. Meslekten satıcının bilmesi gereken ayıplar, o meslek çevresi için gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ölçüsünü arttırmaktadır. Herkesten göstermesi beklenen en basit özeni göstermekle birlikte arttırılmış dikkat ve özen ölçüsünden sapmak ise ihmalin hafif olduğuna işaret eder. Çünkü normal, dürüst, ortalama bir satıcıdan beklenen dikkat ve özeni göstermek ağır ihmalin bulunmadığını gösterir. TBK m. 225/2 hükmü satıcılığı meslek edinenler bakımından hafif ihmale işaret eden bir olguyu ağır ihmal hükümlerine tabi tutmuştur. Bu olgu, normal, olağan bir satıcı olmak değil satım işlerini meslek olarak icra etmektir. Kanaatimizce bu hüküm, kusur değerlendirmesinde özellikle tüketicileri korumak amacıyla istisnai bir durum ortaya çıkarmıştır ve bu sebeple de sadece ilişkin olduğu satıcının satılanın ayıbından sorumluluğuyla sınırlıdır. Ayıp hükümleri dışında satıcının satış sözleşmesine aykırılıktan doğan sorumluluğunda, satıcı meslekten bir satıcı olsa dahi onun kusurunun değerlendirilmesinde TBK m. 225/2 hükmünden kıyasen yararlanılamaz; diğer deyişle sözleşmeye aykırılıktaki hafif ihmalinin, ağır kusur sayılacağı kabul edilemez.

33. Kanaatimizce satılanın ayıbından sorumluluğu değerlendirilen bir satıcının durumu, bu sorumluluğu düzenleyen sistem içinde tutarlı ve yeknesak olmalıdır.

Kanun tarafından onun hakkında ağır kusurlu olduğu yargısı yapılmışken artık kanunun diğerk hükümlerinde açıkça bu yargıya yer verilmediğı için sorumluluğun başka bir yönü itibarıyla hafif kusurlu sayılamamalıdır. Satıcının satılanın ayıbından sorumluluğunda ağır kusuruna bağlanan sonuçlar, sorumsuzluk anlaşması, ihbar külfeti ve kısa zamanaşımı hakkındadır. Gerek bu sistemi düzenleyen hükümlerin gerekçesine yansıyan kanun koyucunun iradesi gerek menfaatler dengesi gerekse de hukuki güvenilirliği sağlayan tutarlık, satıcı hakkında bir kere ağır kusurluluk yargısına varılmış ise buna bağlanan tüm sonuçların yürürlüğe girmesini gerektirir. Ancak alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etmesi durumunda, meslekten satıcının ayıptaki ihmalinin hafif olduğunu ve tazminatın kapsamının buna göre belirlenmesini istemesi mümkün olmalıdır.

34. TBK m. 477/3 hükmünü, aynı maddenin ilk fıkrasıyla birlikte değerlendiren bir görüş yüklenicinin gizli ayıbı kasten saklamış olması halinde, iş sahibinin sonradan ortaya çıkan bu gizli ayıbı yükleniciye zamanında bildirmemiş olmasının kendi durumunu ağırlaştırmayacağını ve ayıptan doğan haklarını kaybetmeyeceğini savunmaktadır. Biz de gerek maddenin sistematik yorumunun gerek kanun koyucunun amacının gerekse de menfaatler dengesinin bu görüşe üstünlük tanınmasını gerektirdiğini düşünmekteyiz.
35. Taşınır satışında kısa zamanaşımı süresinden yararlanamayacak olan ağır kusurlu satıcının sorumluluğunun, taşınmaz satışı hakkında açıkça düzenlenen yirmi yıl gibi daha uzun bir zamanaşımına tabi tutulmadığı görölmektedir. Kanaatimizce TBK m. 146’da düzenlenen genel on yıllık zamanaşımı süresinin, taşınır satışında ayıplı ifade bulunan satıcının sorumluluğu için de uygulanması gerekir.
36. Yüklenicinin ağır kusurunun bulunması halinde eserin ayıbından sorumluluğunun eserin taşınır veya taşınmaz olması gibi niteliğinden bağımsız olarak yirmi yıllık zamanaşımına tabi kılınmış olmasının yerindeliği kanaatimizce tartışmaya açıktır. Taşınmaz yapı dışındaki eserlerde yüklenicinin ağır kusuru bulunsa dahi yirmi yıl gibi uzun bir zamanaşımı süresi kanaatimizce yerinde değildir.

37. TBK m. 316 hükmünün son fıkrasında kiracının kiralanan kisten ağır bir zarar vermesi, kiraya verenin doğrudan yazılı fesih bildirimini yapabileceği bir hal olarak belirtilmiştir. Ağır kusur örneği olarak bu durumda hem ihtar zorunluluğu ortadan kalktığından hem de fesih için bir bildirim süresi olmadığından konut ve çatılı iş yeri kiralarında feshe muhatap olmak bakımından kiracının durumu ağırlaşmaktadır.
38. TBK’de sözleşmesel sorumluluğa özgülenmiş kısımda birden çok kişinin aynı zarardan sorumlu olması hali özel olarak düzenlenmemiştir. Kanaatimizce aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumluluk, farklı sözleşmelerin ihlalden kaynaklanan aynı zarar için de mümkün olabilir. Diğer deyişle farklı sözleşmesel sorumlulukların bir araya gelmesiyle gerçekleşebilir. Bu durumda da tazminat borcu bakımından alacaklıya karşı, iki ayrı borçlu arasında TBK m. 61 hükmü gereği teselsül bulunabilir.
39. Müteselsil sorumluluğun kişisel defiler aracılığıyla sınırlandırılmasının bu kurumun amacına uygun düşmediğini düşünmekteyiz. Zarardan sorumlu olanların hangi indirim sebeplerinden yararlanabileceğini zarar gören bilemeyeceğinden her sorumluya ayrı ayrı dava yöneltmesi ve bu davalarda davalıların kişisel defileriyle uğraşmak zorunda kalması söz konusu olur ki bu durum müteselsil sorumluluğun özüne tamamen aykırıdır. Kendi fiiliyle zarara sebep olmayan ve ortaya çıkan olumsuz durum sebebiyle mağduriyet yaşayan zarar görenin tazminattan indirim sebepleri nedeniyle tahsil edemediği miktar için sürekli diğer bir sorumluya yönelmesini beklemek ve başka da sorumlu kalmadıysa zarara katlanmasını savunmak adalete uygun düşmez.
40. Müteselsil sorumluluğun iç ilişkide paylaşımında bizim de katıldığımız görüşe göre eBK’de yer alan rücu sıralamasından olayın özelliğine uyduğu sürece yararlanılabilecek olsa da TBK’nin böyle bir sıraya artık yer vermediği, esas olanın kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğu ölçütleri olduğu ve bunlardan yararlanılması gerektiğini kabul etmektedir. Kanaatimizce tehlike sorumlusu, sözleşme sorumlusu ve en dar anlamda kusur sorumlusunun birbirlerine rücu ilişkisinde artık öncelik-sonralık gibi bir sıralamadan bahsedilemez. Çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olanların tamamı, zararın belirli bir kısmını taşımak zorunda olmalı, kendisinin daha sonra geldiğini veya son sırada bulunduğunu

ileri sürerek bu yükü diğerlerine yükleyememeli ve hakim tümünün sorumlu tutulduğu bu tabloda her birinin sorumlu oldukları payı kusurun ağırlığı ve tehlikenin yoğunluğuna göre belirlemelidir.



KAYNAKÇA

Kitaplar

ACAR, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017.

AEBI, Hans Kaspar, Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht, Verlag P. G. Keller, Winterthur 1957.

AKÇAAL, Mehmet, Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2021.

AKINTÜRK, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.

AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, Zararı Azaltma Külfeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

ALTOP, Atilla, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

ANTALYA, O. Gökhan, Hizmet Akdinin Tanımı, Unsurları Ve Hukuki Niteliği, YD., C. 13, Ocak — Nisan 1987, S. 1-2, ss. 123-141.

ANTALYA, O. Gökhan, Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, (Kıs. ANTALYA, Manevi).

ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, Seçkin, Ankara 2019, (Kıs. ANTALYA, BHGH C. V/1, 2).

- ANTALYA, O. Gökhan**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 63-83, (Kıs. ANTALYA, *Sorumluluk*).
- ARAL, Fahrettin**, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ARMBRÜSTER, Christian**, Prölss/Martin Versicherungsvertragsgesetz, 31. Auflage, VVG § 81, C. H. Beck, München, 2021, (Kıs. Prölss/Martin/Armbrüster VVG § 81).
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu**, Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema**, Medeni Usul Hukuku, Yekın Yayınları, Ankara 2016.
- AŞIK ZERDALİ, Sebanur**, Müteselsil Sorumlulukta Zarar Verenlerin Birbirine Karşı Rücu İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ATAMER, M. Yeşim**, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, (Kıs. ATAMER, İfa Engelleri).
- ATAMER, Yeşim M.**, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 187-221, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ATAMER, Yeşim M.**, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları (Kıs. ATAMER, Kuramlar), Beta Basım, İstanbul 1996.
- AYAN, Serkan**, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

AYBAY, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, Tıpkı On Beşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.

AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık 2004.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

BAŞALP, Nilgün, Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

BAŞOĞLU, Başak, Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler, *İNÜHFD*, Y. 2015, C. 6, S. 2, ss. 29-56.

BAŞPINAR, Veysel, Hukuk Tekniği Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan.

BAŞPINAR, Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

BAYSAL, Başak, Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76, On İki Levha Yayıncılık, (Kıs. BAYSAL, HFH).

BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

BeckOK BGB/LORENZ, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 276.

BeckOK BGB/Lorenz, 61. Ed. 1.2.2022, BGB § 280.

BELN, Herdem, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh), Beta Basım, İstanbul 2014.

BERK ERİŞİR, Bengi, Roma Hukukunda Sözleşmeye Dayalı Kusursuz Sorumluluk Çerçevesinde Custodia'dan Diligentia'ya Geçiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

BOKELMANN, Erika, Grobe Fahrlässigkeit Ein Beitrag insbesondere zu Individualisierungstendenzen im Haftungs- und Regreßrecht, Verlag Versicherungswirtschaft e. V., Karlsruhe 1973.

BUCHER, Eugen “Verschuldensfähigkeit und Verschulden” Festschrift zum 65; Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et al., Stämpfli, Bern 1990, ss. 287-312, (Kıs. BUCHER, Verschulden).

BUCHER, Eugen, Obligationenrecht Besonderer Teil, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich 1988.

BUZ, Vedat, “Borçların İfası ve İfa Edilmemesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 91-111, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.

BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, (Kıs. BÜYÜKAY, Tazmin).

CENTEL, Tankut, İş Hukuku, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul 1994.

CUENDET, Jean, La Faute Contractuelle Et Ses Effets, Imprimerie Staempfli & Cie Sa, Berne 1970.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha, İstanbul 2016.

ÇAKIRCA, Seda İrem, Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- ÇEBİ, Sezgin Seymen**, Liberal Teori, Toplumcu Yurttaşlık Kavramı ve Aristotelesçi Kentli Arkadaşlık, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. 2, ss. 1595-1612, Beta İstanbul 2010.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta İstanbul 2019.
- DAĞDELEN, Ahmet Hakan**, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarına Borçlular Arası Teselsül, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan**, Müteselsil Sorumluluk (Özellikle TBK md. 61 ve md. 162 vd. Hükümleri Bağlamında), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan**, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Yetkin Yayınları, Ankara 2009, (Kıs. DEMİRCİOĞLU, CiC).
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan**, *Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Çabalarının Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları (ss.219-230)*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009.
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre**, Sorumluluk Hukuku, (Çev. Salim Özdemir), Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- DI MARZO, Salvatore**, Roma Hukuku, (Çev. UMUR, Ziya), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1954.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**, "Hizmet Sözleşmesi", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 297-336, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

- DOĞAN, Gökçen**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Öngörülen Müteselsil Sorumluluk Sistemi”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 97-135, (Kıs. DOĞAN, G.).
- DUMAN, İlker Hasan**, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2016.
- DURAL, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat**, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- DUYSAK, Erkan**, Gazâlî’nin Nedensellik Anlayışı Ve Kuantum Fiziği Kopenhag Yorumu Belirsizlik İlkesinin Karşılaştırılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi, Mardin 2015.
- EKONOMİ, Münir**, İş Hukuku Cilt I Ferdî İş Hukuku, Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul 1984.
- ENGİN, B. İlkey**, “Alacağın Temliki ve Borcun Nakli”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 159-167, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- ERDOĞMUŞ, Belgin**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, (Kıs. EREN, BHÖH).

- EREN, Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Sevinç Matbaası, Ankara 1975, (Kıs. EREN, İliyet).
- ErfK/Preis**, 22. Aufl. 2022, BGB § 619a Rn. 13 (Müller-Glöße, Preis, Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22., neu bearbeitete Auflage, München: C.H. Beck, 2022).
- ERGÜNE, Serkan**, Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul 2008.
- ERLÜLE, Fulya**, “Manevi Tazminatta Kusurun ve Zararın Özel Ağırlığının İşlevi”, *İKÜHFD*, C. 15, S. 2, ss. 647-668, Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2016, (Kıs. ERLÜLE, Kusurun İşlevi).
- ERLÜLE, Fulya**, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ERMAN/WESTERMANN, Harm Peter**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 14. neu bearbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2014, § 276.
- ERTEN, Ali**, Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1977.
- ERZENGİN, Ertuğrul Doğan**, “Türk Hukuku ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda (CISG) Benimsenen Tazminatı Sınırlandırma Yöntemlerine “Öngörü” Kavramı Çerçevesinden Bir Bakış”, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018 (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, ss. 205-242.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, Beta İstanbul 2016.
- FELLMANN, Walter**, “Der Verschuldensbegriff im Deliktsrecht”, *ZSR*, C. 106, S. I, Y. 1987, ss. 339-366, (Kıs. FELLMANN, Verschulden), Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel.

FELLMANN, Walter, “Objektivierung der Sorgfaltspflichten im Auftragsrecht”, HAVE, Schulthess Verlag, Zürich 2016.

FELLMANN, Walter, “Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes”, *ZBJV*, C. 123, S., Y. 1987, ss. 317-335, (Kıs. FELLMANN, Schadenersatz), Stämpfli, Bern.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, Cilt II, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969.

FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. völlig neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/Boston 2017.

FISCHER, Willi/ITEN, Marc’Antonio, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Haftpflichtkommentar, OR 51, 2016, Dike Verlag AG, Art. 51.

FURRER, Andreas/MULLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

FURRER, Andreas/WEY, Rainer, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Auflage 3, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 99.

GAUCH, Peter, Die Korrelation von Nutzen und Haftung im Vertragsrecht, AISUF, 2013, Band/Nr. 331, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, ss. 172-206.

GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, (Kıs. OR AT II).

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

GEZDER, Ümit, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in contrahendo Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 2009.

GIGER, Hans, “Berührungspunkte zwischen Widerrechtlichkeit und Verschulden. Gleichzeitig ein Beitrag zur Klärung des Begriffs der Sorgfaltspflichtsverletzung”, In Dubio Pro Libertate, Ausgewählte Schriften von Hans Giger über Rechts- und Ordnungspolitik im Bereich von Wirtschaft und Konsum Festgabe zum 65. Geburtstag, Verlag Stämpfli, Bern 1994, ss. 571-595.

GIGER, Hans, Haftpflichtkommentar Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 99 OR.

GÖKYAYLA, Emre, “Eser ve Vekalet Sözleşmeleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 287-295, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, (Kıs. GÖKYAYLA, Sempozyum).

GÖKYAYLA, K. Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, (Kıs. GÖKYAYLA, Avukatlık).

GÖKYAYLA, K. Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

GÖNÜL KOŞAR, Günhan, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II, Ekin Basım, Bursa 2020.

GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin Basım, Bursa 2020.

GRIEDER, Thomas, Die unsorgfältige Unsorgfalt Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden, AJP 2002, Dike Verlag AG, ss. 959-967.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, (Kıs. GÜMÜŞ, BHÖH).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul 2001.

GÜNDÜZ, Ş. Deren, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri Çerçevesinde Alıcıya Yüklenen Kanuni Külfet ve Borçlar”, *BÜHFD*, C. 11, S. 145-146, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Seçkin Yayıncılık, 2016, ss. 973-1019, (Kıs. GÜNDÜZ, Satış).

GÜNDÜZ, Ş. Deren, Olumlu Zarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2014.

HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt Sözleşme – Dışı Sorumluluk Hukuku (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

HATEMİ/GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

HEISENBERG, Werner, The Physical Principles of Quantum Theory, (çev. Carl Eckart ve F. C. Hoyt), Dover Publications, New York 1949).

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, (Kıs. HELVACI, *Kişiler*).

HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021.

HİRŞ, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Üçüncü Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001.

HONIG, Richard, Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1938, (Çev. TALİP, Şemseddin).

HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich - Basel - Genf 2005.

HONSELL, Heinrich/Zafer ZEYTİN, "Reform Attempts in Swiss Liability Law" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, vol. 22, no. 4, December 2004, p. 179-202, HeinOnline, (Erişim T. 10.01.2022).

İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, (Kıs. İMRE, Kusursuz Mesuliyet).

İMRE, Zahit, Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler, *İÜHFM*, Y. 1981, C. 45, S. 1- 4, ss. 401-420.

İNAL, H. Tamer, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

JÄGGI, Peter, "Zum Begriff Der Vertraglichen Schadenersatzforderung", Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Universitätsverlag, Freiburg (Schweiz) 1968, ss. 181-197.

JAUERNIG/STADLER, 18. Aufl. 2021, BGB § 276.

KABAKCI, Mahmut, Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü ve Eksik) İş Görme, Beta Basım, İstanbul 2012.

KAHRAMAN, Zafer, "Madeni Hukuk Bakımından Pervasızca Hareket", Prof. Dr. Sermet Akman'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, ss. 405-428.

KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

KANETİ, Selim, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

KAPANCI, Kadir Berk, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

KAPANCI, Kadir Berk, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha, İstanbul 2012, (Kıs KAPANCI, Garanti).

KARAN, Yeliz, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

KELLER, Max/SCHMIED-SYZ, Carole, Haftpflichtrecht Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, Schulthess, Zürich 2001.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, (Kıs. KILIÇOĞLU, A.).

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, (Kıs. KILIÇOĞLU, BHÖH).

KILIÇOĞLU, Kumru, Yansıma Yoluyla Zarar, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, (Kıs. KILIÇOĞLU, K.).

KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, (Kıs. KILIÇOĞLU, M.).

KIRCA, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Sözkesen Matbaacılık, Ankara 2004.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Kullanım Ödücü (Ariyet) Sözleşmesi Kısa Şerhi, 2. Baskı, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Haksız Eylem (Fiil) Kusuru, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006.

KORKMAZ, Fırat, Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları 2021.

KOSCHAKER, Paul/**AYİTER, Kudret**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993.

KÖNIG, Volker, Die Grobe Fahrlässigkeit, Duncker und Humblot GmbH, Berlin – 1998.

KRING, F. Banu, “Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kurallar 600 (UCP 600) Ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler”, *DEÜHFD*, Y. 2009, C. 11., Özel Sayı, ss. 1219-1237.

KURT, Ekrem, Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, (Kıs. KURT, E.).

KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, “Zarar Görenin Kusurunun Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’ndaki Görünümü”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002.

LÜCHINGER, Niklaus, Schadenersatz im Vertragsrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1999.

MARTIN, Alfred, Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation, in RDS 1914.67-127, (Naklen, CUENDET, kn. 226).

MAZAN, Stephan, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, OR 51, 2016, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 51.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu Ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım, YD., C. 13, Ocak — Nisan 1987, S. 1-2, ss. 114-122.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.

MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 280.

MüKoBGB/Grundmann, 9. Auflage 2022, BGB § 276.

MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB § 619a.

MüKoBGB/WAGNER, 8. Aufl. 2020, BGB § 823.

MüKoBGB/WAGNER, 8. Aufl. 2020, BGB § 827.

NART, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

NARTER, Sami, Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul 2021.

NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta Basım, İstanbul 1996, (Kıs. NOMER, Tazminat).

NOMER, Haluk Nami, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler, ss. 53-60, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

- NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Seçkin, Ankara 2021, Madde 213.
- OĞUZ, Arzu**, Roma ve Çağdaş Türk Hukukunda Kusur Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara -1989, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, (Kıs. OĞUZMAN/ÖZ, C.2).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- ORBAY ORTAÇ, Nurdan**, Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden Veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- OSWALD, Christoph**, Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Schulthess Juristische Medien, Zürich 1988.
- ÖNAY, Işık/KARAŞAHİN, Yasin Alperen**, “Borcun Kapsamına Ve Riskin Paylaşılmasına Dair Anlaşmaların Sorumsuzluk Anlaşmalarından Ayırt Edilmesi Sorunu”, *BATİDER*, Y. 2019, C. 35, S. 4, ss. 31-88.
- ÖZ, M. Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, (Kıs. ÖZ, Eser).
- ÖZ, Turgut**, “Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- ÖZEN, Burak**, Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

ÖZKAYA, Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2014.

REİSOĞLU, Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, (Kıs. REİSOĞU, S.).

ROBERTO, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2002.

SANLI, Kerem Cem, “Hukuk ve Ekonomi Yönetiminden Haksız Fiil Hukukuna Bakış”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

SAVATIER, René: Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural, Tomes I et II, 2ème éd., Paris 1951 (Naklen, CUENDET, kn. 186).

SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1966.

SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, Editörler: Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, (Kıs. CISG Şerhi/Yazar), CISG Şerhi/SCHWENZER, (Madde 40 çev. Dila Okyar).

SCHMIDT, Andrea, Weber Rechtswörterbuch, *Verschulden*, C.H. Beck, München, 7. Edition, 2022.

SCHRÖDER, Horst, “Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs”, Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Walter de Gruyter Berlin 1949, s.

208, (naklen: **GÖKTÜRK, Neslihan**, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

SCHWARZ, Andreas B.; Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, (Çev. *DAVRAN, Bülent*), Kardeşler Basımevi, İstanbul 1948.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.

SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha, İstanbul 2018 (Kıs. SEROZAN, B. Özel).

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, (Kıs. SEROZAN, Dönme).

SOMER, Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Derin Yayınları, İstanbul 2008.

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Hukukunda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), İmaj Yayınevi, Ankara 2002, (Kıs. SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN *Quasi*).

SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 13. Baskı, Beta İstanbul 2017.

ŞAHİN CANER, Ayşenur, Türk Borçlar Kanununda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

ŞAHİNİZ, C. Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

ŞENOCAK Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Sözkese Matbaacılık, Ankara 1998, (Kıs. ŞENOCAK, Hekim).

- ŞENOCAK, Zarife**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınları Hukuk Yayınları, Ankara 1995.
- TAHİROĞLU, Bülent**, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2020.
- TAMER GÜVEN, Diler**, Roma Hukukunda Yardımcı Şahsı Seçmede Kusur Nedeniyle Sözleşmeden Doğan Sorumluluk (Culpa in Eligendo), *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1993.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, (Kıs. TANDOĞAN, ÖBİ, C. I/1).
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, (Kıs. TANDOĞAN, ÖBİ, C. II).
- TANDOĞAN, Haluk**, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk – İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini (Kıs. TANDOĞAN, Üçüncü Şahıs), Ajans Türk Matbaası, Ankara 1963.
- TANDOĞAN, Haluk**, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TAŞATAN, Caner**, “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcunun Ölçüsü”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 357-373.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

TOPUZ, Murat, *12 Bankaya Karşı 3 Kat Tazminat Davasına İlişkin Yeni Yaklaşımlar*, ss. 77-86, (Edt. ÇAKIR/TOKBAŞ/ÜÇİŞİK/ZAFER) Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2018, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, (Kıs. TOPUZ, 3 Kat Tazminat).

TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, Seçkin, Ankara 2020.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku 1. Cild, Genel Hükümler, Üçüncü Bası, Garanti Matbaası, İstanbul 1968.

UÇARYILMAZ, Talya Şans, Bona Fides (Dürüstlük Kuralı), Yetkin, Ankara 2019.

ULUSAN, İlhan, Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan kitabındaki makalesinin ayrı basımı, Aristo, İstanbul 2021.

UMUR, Ziya, IUSTINIANUS, INSTITUTIONES, Türkçe Metin, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, (Kıs. UMUR, Institutiones, T. M.).

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, Beta Basım, İstanbul 1999, (Kıs. UMUR, Ders N.).

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İÜHF Yayınları, İstanbul 1983.

UZEL, Necdet, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Kusurun İspatı”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 375-413.

v. REUTER, Eberhard, Grobe Fahrlässigkeit im Privatversicherungsrecht, juristische Dissertation, Karlsruhe 1977, s. 43, (naklen KÖNIG, s. 129).

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunu, Cilt II Borçlar Kanunu, Üçüncü Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1979.

von TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1974.

von TUHR, Andreas/PETER, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 1979.

WALDVOGEL, Marvin, Die Haftung des Vereinsvorstands für grobe Fahrlässigkeit, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 526, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2021.

WEBER, Rolf H, Sorgfaltswidrigkeit – quo vadis?, ZSR, 1988 I, s. 39–59; (naklen: GÜMÜŞ, s. 92-93).

WEBER, Rolf H./EMMENEGGER, Susan, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2020, Art. 99 / I. Allgemeines.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım, İstanbul 1989, (Kıs. YAVUZ, Satıcının Sorumluluğu).

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2022.

YAVUZ, Nihat, Satış Sözleşmeleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, (Kıs. YAVUZ, N.).

YENİOCAK, Umut, Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

YOLDAŞ, Ömer, Satış Sözleşmesinde Zapttan Doğan Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

YURTMAN, Hazalcan, “TTK M. 625/2 Kapsamında Limited Şirket Müdürlerinin Hukuki Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukuku 2017 Seminerler-Makaleler (Ed. Başak Baysal), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, ss. 469-517.

YÜCE, Melek Bilgin, “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 2. Bası, 2012.

YÜCER AKTÜRK, İpek, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

YÜKSEL, Murat, Liberal Düşünce ve Hukuk Anlayışı, Legal Hukuk Dergisi, Temmuz 2004 (19), ss. 1873-1884.

YÜKSEL, Sera Reyhani, “Vekalet Sözleşmesinde Vekilin Özen Borcu ve Bu Borca Aykırılığın Ayıptan Sorumluluğa Yol Açıp Açmayacağı Üzerine Düşünceler”, Borçlar Hukukunun Güncel Sorunları, (Ed. Av. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi, İstanbul 2024, ss. 215-232.

ZELLER, Rebecca, Haftungsbeschränkungen des BGB Funktion und Wirkungsweise, Rechtskultur Dogmatik Band 3, H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regenstauf, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.



İnternet Kaynakları

ABİK, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, *AÜHFD*, Y. 2010, C. 59, S. 3, ss. 345-448, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624748>, (Erişim T. 11.02.2024).

AKKURT, Sinan Sami, Yapay Zekanın Otonom Davranışlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, *UMD*, Y. 2019, S. 13, ss. 39-59, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/45986/581875>, (Erişim T. 31.01.2024).

AKÜNAL, Teoman, Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliği Prensibinin Aşılması, *YD.*, Y. 1975, Sıra 14, S. 55, ss. 222-237, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/temmuz1988.pdf>, (Erişim T. 25.05.2022).

ALTAY, Sabah, “Müteselsil Borçlunun Rücu Hakkının Doğumundan Önce Borçtan Kurtarılma Talebi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2011, C. 17, S. 1-2, ss. 393-411, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/315/1489>, (Erişim T. 08.03.2024).

ARAT, Ayşe, “Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları”, *SÜHFD*, Y. 2018, C. 26, S. 2, ss. 325-366, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/39131/409641>, (Erişim T. 08.03.2024).

ARIKAN, Mustafa, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, *SÜHFD*, Y. 2009, C. 17, S. 1, ss. 69-89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262715>, (Erişim T. 26.05.2022).

ARIKAN, Seda, Türkçede İkili Karşıtlık Kavramları Olarak “Erdem ve Kusur”, *Uluslararası Türkçe Edebiyat Kültür Eğitim Dergisi*, Y. 2018, S. 7/1, ss. 592-606, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/443391>, (Erişim T. 12.11.2022).

- ARMAĞAN, Davut**, “Sözleşmesel Çerçeve de Meydana Gelen Müteselsil Borçlulukta Borçlu Temerrüdü”, *İHM*, Y. 2019, C. 77, S. 2, ss. 617-667, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/52205/682352>, (Erişim T. 16.02.2024).
- ASPECT, Alain/GRANGIER, Philippe/ROGER, Gérard**, Experimental Realization of Einstein-Podolsky-Rosen-Bohm Gedankenexperiment: A New Violation of Bell's Inequalities, *Physical Review Letters*, C. 49, S. 2, 02.07.1982, ss. 91-94, <https://journals.aps.org/prl/pdf/10.1103/PhysRevLett.49.91>, (Erişim T. 06.07.2022).
- ATAMER, Yeşim M.**, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, *YD.*, 1996, C. 22, S. 1-2, ss. 99-132, (Kıs. ATAMER, Üçüncü Kişi Zararı) <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1996.pdf>, (Erişim T. 30.05.2022).
- ATASOY, Kemal**, Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları, *AndHD*, Y. 2019, C. 5, S. 1, ss. 101-134, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd/issue/56764/793781>, (Erişim T. 17.11.2022).
- AVCI, Ali**, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, *TBBT*, Y. 2015 (119), ss. 367- 394, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-119-1499>, (Erişim T. 11.11.2022).
- AYGÜN, Mustafa Yaşar**, “Haksız Eylemlerde Tam Zincirleme Sorumluluk İle Karşılaştırmalı Olarak Eksik Zincirleme Sorumluluk (BK. m. 50-51)”, *YD.*, Y. 1978, C. 4, S. 4, ss. 503-527, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1978.pdf>, (Erişim T. 08.03.2024).
- BAK, Başak**, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, *TAAD*, Y. 2018, S. 35, ss. 211-232,

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693619>, (Erişim T. 31.01.2024).

BAşALP YILDIRIM, Nilgün, Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce Ve Eleştiriler, *GSÜHFD*, Y. 2019, C. 1, S. 1, ss. 293-332, <https://app.trdizin.gov.tr/>, (Erişim T. 20.06.2022).

BURCKHARDT, C. Chr., “Die Revision des Schweiz. Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht”, *ZSR*, C. 22, Y. 1903, ss. 469-586, <https://www.e-periodica.ch/cntmng?pid=zsr-001%3A1903%3A22%3A%3A804>, (Erişim T. 08.09.2024).

CANARIS, Claus Wilhelm, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen: Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, *Juristen Zeitung*, 13. August 1965, S. 15/16, ss. 475-482, <https://www.jstor.org/stable/20807608>, (Erişim T. 25.05.2022).

CANBOLAT, Ferhat/GÖNÜL KOşAR, Günhan, “Sigorta şirketinin Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluğunda Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru Ve Dikkate Alınması”, *HHFD*, Y. 2022, C. 12, Özel Sayı, ss. 165-199, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/hacettepehdf/article/1114338>, (Erişim T. 22.02.2024).

CÖMERT AKBAY, Büşra, Türk Rekabet Hukukunda Özel Hukuk Cezası, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2018, C. 4, S. 2, ss. 149-175, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/594363>, (Erişim T. 12.09.2022).

ÇABRİ, Sezer, “Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22 S. 3, ss. 585-613, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/333935>, (Erişim T. 26.02.2024).

ÇARIKÇI, İlker Hasan/KOYUNCU, Osman, Bireyci-Toplumcu Kültür Ve Girişimcilik Eğilimi Arasındaki İlişkiyi Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2010, Y. 2, S. 3, ss. 1-18, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/181739>, (Erişim T. 27.07.2022).

ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Haksız Fiillerde Teselsül Düzenlemesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, ss. 499-512, *GSÜHFD*, Y. 3, S. 1-2, C. 1, 2004.

ÇEKİN, Mesut Serdar, Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk, *TAAD*, Y. 2018, S. 33, ss. 283-346, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52649/693701>, (Erişim T. 31.01.2024).

ÇETİNER, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *İÜHFM*, Y. 2009, C. 67, S. 1-2, ss. 97-113, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9182/114973>, (Erişim T. 19.02.2024).

DALGIÇ ATABAŞ, Nuşen Pelin, “UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı”, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1746>, (Erişim T. 06.03.2024).

DEMİR, Remzi, Yüklenicinin Eserde Meydana Gelen Ayıplardan Sorumlu Olmadığı Haller, *MHFD*, Y. 2022, S. 2, ss. 131-152, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2857372>, (Erişim T. 12.07.2024).

DEMİRSATAN, Barış, “Satıcının Zapattan Sorumluluğunun Maddi Koşulları”, *DEÜHFD*, Y. 2020, C. 22, S. 1, ss. 216-253, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/54409/704807>, (Erişim T. 26.02.2024).

DEMİRSATAN, Barış, Vakıf Yönetim Organını Oluşturan Kişilerin Vakıf Tüzel Kişisine Karşı Hukuki Sorumluluğu, *İMİHFD*, C. 9, S. 1, 2024, s. 109-133, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3789385>, (Erişim T. 12.07.2024), (Kıs. DEMİRSATAN, Vakıf).

DEUTSCH Erwin, “Die Fahrlässigkeit im Neuen Schuldrecht” *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 202, (2002): 889–911; <https://www.jstor.org/stable/pdf/40995817.pdf>, (Erişim T. 01.06.2023), ss. 889–911, (Kıs. DEUTSCH, Fahrlässigkeit).

DEUTSCH, Erwin, “Die Fahrlässigkeit Als Außerachtlassung Der Äußerer Und Der Inneren Sorgfalt.” *JuristenZeitung* 43, no. 21 (1988): 993–96; <http://www.jstor.org/stable/20819607>, (Erişim T. 01.06.2023), ss. 993-996.

DİNÇER ARAZ, Nilgün, Roma Hukukunda Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütlerinden Biri Olarak “Özen Yükümü (Diligentia)”, *DEÜHFD*, Y. 2020, C. 22, S. 1, ss. 171-218, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1009154>, (Erişim T. 17.09.2022).

DURAK, Yasemin, Güven Sorumluluğu ve “Culpa in Contrahendo”, *SÜHFD*, Y. 2017, C. 25, S. 1, ss. 239-288, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/333283>, (Erişim T. 25.09.2022).

EMİROĞLU, Haluk, Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis Ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu, *AÜHFD*, Y. 2002, C. 51, S. 3, ss. 85-96, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629046>, (Erişim T. 30.05.2023).

ERBEK ODABAŞI, Özge, Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması, *İzBD*, Eylül 2020, Y. 85, S. 3, ss. 61-155, <https://www.izmirbarosu.org.tr/pdfdosya/borc-iliskisind2021122155211460.pdf>, (Erişim T. 22.05.2022).

ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları, *GÜHFD*, Y. 2013, C. 17, S. 4, ss. 81-116,

- <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48105/608308>, (Erişim T. 24.11.2022).
- ERDOĞAN, İhsan**, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, *SÜHFD*, Y. 1990, C. 3, S. 1, ss. 109-134, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/suhfd/issue/26614/280260>, (Erişim T. 23.11.2022).
- ERFİDAN, Yavuz Selim**, İki Özgürlük Anlayışı ve Thomas Hill Green'in Pozitif Özgürlüğe Etkisi, *Liberal Düşünce Dergisi*, Y. 2021, C. 26, S. 102, ss. 29-53, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1600195>, (Erişim T. 28.06.2022).
- ERKAN, Vehbi Umut/YÜCER, İpek**, Ayırt Etme Gücü, *AÜHFD*, Y. 2011, C. 60, S. 3, ss. 485-522, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/624387>, (Erişim T. 17.09.2022).
- ERLÜLE, Fulya**, “Müteselsil Kefalet Ve Müteselsil Borçluluk Kavramlarının Karşılaştırılması”, *EÜHFD*, Y. 2003, C. VII, S. 1-2, ss. 629-644, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/issue/63553/973973>, (Erişim T. 07.03.2024).
- FLEMING, John G.**, The Role of Negligence in Modern Tort Law, *Virginia Law Review*, 1967, Vol. 53, No. 4, ss. 815-846, <https://www.jstor.org/stable/pdf/1071415.pdf>, (Erişim T. 27.07.2022).
- GENÇTÜRK, Muharrem**, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları Ve Türk Mahkemelerinin CMR'yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi”, *AHBVÜ-HFD*, Y. 2012, C. 16, S. 4, ss. 117-148, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd/issue/48111/608435>, (Erişim T. 05.02.2024).
- GÖNENÇ, Fulya İlçin**, Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihi Gelişimi, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 13-28,

<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/2008C.14S.4/13-28.pdf>, (Erişim T. 17.09.2022).

GÜLTEKİN, Fatih, “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, *TAAD*, Y. 2018, S. 35, ss. 375-403, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693638>, (Erişim T. 05.02.2024).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.18/II’de Yer Alan “Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı” Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22 Sayı: 3, ss. 1221-1240, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/334220>, (Kıs. GÜMÜŞ, Basiretli İş Adamı), (Erişim T. 11.01.2024).

GÜNAL, H. Yılmaz, “Müterafık Kusur”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Y. 1961, C. 16, S. 1, ss. 208-220, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3177/44207>, (Erişim T. 30.01.2024).

GÜRİSOY, Kemal Tahir, “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, *AÜHFD*, Y. 1973, C. 30, S. 1, ss. 57-83, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42760/516183>, (Erişim T. 09.03.2024).

GÜRİSOY, Kemal Tahir, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, *AÜHFD*, Y. 1972, C. 29, S. 1, ss. 143- 198, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/631994>, (Erişim T. 24.09.2022).

GÜVEL, Övünç, Roma Hukukunda Sorumluluk, *SÜHFD*, Y. 2017, C. 25, S. 2, ss. 375-404, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/387034>, (Erişim T. 17.09.2022).

GÜVEN, O. Sabri, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1982, C. 8, S. 1-2, ss. 154-186, (Kıs. GÜVEN, II), <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1982.pdf>, (Erişim T. 09.01.2024).

GÜVEN, Osman Sabri, Kusur Kavramı ve Çeşitleri, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1981, C. 7, S. 4, ss. 570-588, <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1981.pdf>, (Erişim T. 15.11.2022).

HELVACI, İlhan, Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine, *İHFM*, C. 55, S. 4, Y. 1997, ss. 145-172, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9073/113184>, (Kıs. HELVACI, İ., *Temyiz Kudreti*), (Erişim T. 26.08.2022).

HELVACI, Serap/KARASU, Bülent, “Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu”, *MÜHF-HAD*, Y. 2018, C. 24, S. 1, ss. 197-214, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/38395/445665>, (Erişim T. 02.02.2024).

HILLENKAMP T./CORNELIUS K., “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarının Hatalı Varsayılması Kastı Ortadan Kaldırır Mı?” (çev. ABANOZ ÖZTÜRK, Buket), *İHM*, Y. 2020, C. 78, S. 4, ss. 2111-2129, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm/issue/60298/879287>, (Erişim. T. 14.11.2022).

İZVEREN, Adil, Akdi Mükellefiyetlerin İfa Edilmemesi (Akdin İhlali) ve Neticeleri, *Adalet Dergisi*, Y. 44, S. 10, Ankara Ekim 1953, ss. 1180-1192, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/adalet-dergisi.html>, (Erişim T. 31.10.2022).

İZVEREN, Adil, İşçinin İhtimam Mükellefiyeti, *Adalet Dergisi*, Y. 44, S. 11, Ankara Kasım 1953, ss. 1308-1321, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/adalet-dergisi.html>, (Kıs. İZVEREN, İhtimam).

KAHVECİ, Nuri, Sorumluluk Hukuku Açısından Zarar Görenin Kusurunun Sonuçları”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, Y. 2002, C. 2, S. 2, ss. 131-142, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/52658>, (Erişim T. 29.01.2024).

KAPANCI, K. Berk, Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri, *İn.ÜHFD*, Y. 2015, C. 6, S. 2, ss. 319-368,

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/inuhfd/issue/22412/239893>, (Erişim T. 17.11.2022).

KARA, Doğan, İsviçre-Türk Hukuk Sisteminde Ayıptan Sorumluluk erevesinde Doğrudan ve Dolaylı Zarar Ayrımı, *GSÜHFD*, Y. 2018, S. 1, ss. 483-530, <https://dosya.gsu.edu.tr/Sayfalar/2018/7/gsuhfd-2018-1-330.pdf>, (Erişim T. 25.09.2022).

KILIçOğLU, Ahmet M., Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, *AÜHFD*, Y. 1973, C. 29, S. 3, ss. 185-225, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42765/516306>, (Erişim T. 08.09.2022).

KİBAR, Sibel, Dört Bireyci Kuramın Toplumsal Adalet Sorununu Ele Alışlarındaki Temel Varsayımlarının Bir Eleştirisi, *Kaygı* 2016, S. 28, ss. 1-16, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307169>, (Erişim T. 27.07.2022).

KOçHİSARLIOğLU, Cengiz, Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 4, ss. 1-17, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628551>, (Erişim T. 20.09.2022), (Kıs. KOçHİSARLIOğLU, Derecelendirme).

KOçHİSARLIOğLU, Cengiz, Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi, *AÜHFD*, Y. 2004, C. 53, S. 3, ss. 1-17, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/628570>, (Erişim T. 19.09.2022), (Kıs. KOçHİSARLIOğLU, Kusurun Obj.).

KOçHİSARLIOğLU, Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, *DÜHFD*, Y. 1984, C. 2, S. 2, ss. 175-305, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213641>, (Erişim T. 17.09.2022), (Kıs. KOçHİSARLIOğLU, Obj. Sorumluluk).

KURT, L. Müjde, “Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti”, *AÜHFD*, Y. 2015, C. 64, S. 3, ss. 775-814, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42388/510521>, (Erişim T. 26.01.2024).

- KURTULAN, Gökçe**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, *MÜHF-HAD*, Y. 2017, C. 23, S. 1, ss. 465-504, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/30773/332748>, (Erişim T. 15.11.2022).
- KÜÇÜK, Eşref**, XII. Yüzyıl Rönesansı Ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, *AÜHFD*, Y. 2007, C. 56, S. 4, ss. 111-122, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/627357>, (Erişim T. 17.09.2022).
- MAKARACI BAŞAK, Aşlı**, “Türk Borçlar Kanunu Madde 225/II Hükmünün Değerlendirilmesi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 1915-1930, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/36500/359197>, (Erişim T. 20.02.2024).
- MAKAS, Recep**, Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Gore İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, *GÜHFD*, C. XVI, Y. 2012, S. 4, ss. 149-180, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/16_4_5.pdf, (Erişim T. 14.08.2023).
- MERAL, Ömer Oğuzhan**, “Türk Borçlar Kanunu Ve Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sorumsuzluk Anlaşmalarının Geçerliliği”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Y. 2017, C. 19, Özel Sayı, ss. 1139-1206, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/31-OMER-OGUZHAN-MERAL.pdf>, (Erişim T. 06.02.2024).
- MINDİZ, Emine**, Roma Hukukuna Göre Sorumluluk Ölçütleri İçerisinde Imperitia’nın Yeri, *TBB Dergisi*, Y. 2021/34, S. 157, ss. 381-406, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2021-157-2015>, (Erişim T. 30.01.2024).
- MÜLLER, Klaus**, Die grob fahrlässige Herbeiführung des Versicherungsfalles nach § 61 VVG; (naklen: KÖNIG, s. 55).

- OĞUZ, Habib**, Sorumluluk Hukukunda Kusur, *TAAD*, Y. 2016, S. 28, ss. 273-286, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52664/694113>, (Kıs. OĞUZ, H.), (Erişim T. 15.11.2022).
- OSMANOĞLU, Mehlika**, Birlikte Kusur, *İBD*, Y. 2019, C. 93, S. 2, ss. 111- 128, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/barodergisi/files/assets/basic-html/page112.html>, (Erişim T. 12.11.2022).
- ÖCAL, Bahar**, Damnum Iniuria Datum'da Iniuria ve Culpa İlişkisi, *İnÜHFD*, C. 2, S. 1, Y. 2011, ss. 345-387, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/208248>, (Erişim T. 30.05.2023).
- ÖZCAN, Mehmet Tefik**, John Locke'un Birey Anlayışının Felsefî Temelleri, *İÜHFM*, Y. 1987, C. 52, S. 1-4, ss. 559-586, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95732>, (Erişim T. 28.06.2022).
- ÖZÇELİK, Ş. Barış**, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi veya Çalınmasından Sorumluluğu", *MÜHF-HAD*, Y. 2016, C. 22 Sayı: 3, ss. 2283-2303, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/373218>, (Erişim T. 22.01.2024).
- ÖZÇELİK, Ş. Barış**, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları, *AÜHFD*, Y. 2014, C. 63, S. 3, ss. 569-621, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622697>, (Erişim T. 20.05.2022).
- ÖZEL, Çağlar**, Türk Özel Hukukunda Sözleşme Dışı Sorumluluk Olgularına Genel Bakış, *H.Ü. İİBFD*, Y. 2000, C. 18, S. 2, ss. 415-432, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/huniibf/issue/30302/327757>, (Erişim T. 15.11.2022).
- PEKMEZ, Cüneyt**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, *TAAD*, Y. 2015, S. 21, ss. 489-522, <https://taad.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/dergiler/taad/taad-21/taad-21.pdf>, (Erişim T. 14.11.2022).

- PICHONNAZ, Pascal**, Die Schweiz und das Römische Recht Ein Bild in groben Zügen, *DEÜHFD*, Y. 2014, C. 16, Özel Sayı, ss. 3123-3148, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/PASCAL-PICHONNAZ.pdf>, (Erişim T. 12.01.2024).
- RÖHL, Klaus F.**, “Zur Abgrenzung Der Groben von Der Einfachen Fahrlässigkeit”, *JuristenZeitung*, C. 29, S. 17, Y. 1974, ss. 521–28, <http://www.jstor.org/stable/20813483>, (Erişim T. 15/07/2023).
- SAKA, Zafer**, Kusur Kavramı, *Adalet Dergisi*, Y. 64, S. 5-6, Ankara Mayıs-Haziran 1973, ss. 441-455, <https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1973/sayi5-6-mayis-haziran1973-sene-64-148%20sayfa-cilt1.pdf>, (Erişim T. 04.01.2024).
- SANLI, Kerem Cem**, İhmalin Belirlenmesinde Bir Ölçüt, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 99-131, <https://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/2008C.14S.4/99-131.pdf>, (Erişim T. 12.01.2024).
- SAVAŞ, Abdurrahman**, “Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi”, *İHM*, Y. 2022, C. 80, S. 2, ss. 537-582, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2022.80.2.0006>, (Erişim T. 10.01.2024).
- SEROZAN, Rona**, "Culpa In Contrahendo", "Akadin Müsbet İhlali" Ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", *İÜMHAD*, Y. 1968, C. 2, S. 3, (Kıs. SEROZAN, Bağımsız Borç İlişkisi), ss. 108-129, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/14093>, (Erişim T. 18.05.2022).
- SEROZAN, Rona**, Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: “Sözleşmenin Müspet İhlali” ve “Culpa in Contrahendo”,

- İÜMHAD*, Y. 1990, C. 15, S. 18, ss. 27-42, (Kıs. SEROZAN, Kavramlar), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/259924>, (Erişim T. 30.05.2022).
- SONNENSCHNEIN, Jürgen**, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Yeni Sorunları, (Çev. KARAPINAR, İsmail), *UÜİİBD*, Y. 1984, C. V, S. 1, ss. 255-282, https://acikerisim.uludag.edu.tr/bitstream/11452/20655/1/5_1_25.pdf, (Erişim T. 25.05.2022).
- STAUB, Hermann**, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag, I. Guttentag, Berlin 1902, ss. 31-56 (Naklen: **LEHMANN, Heinrich**, Die Positiven Vertragverletzungen, Archiv für die civilistische Praxis, 96. Bd., H. 1, Y. 1905, ss. 60-113, <https://www.jstor.org/stable/41039420>, (Erişim T. 25.05.2022).
- STOLL, Heinrich**, Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, Archiv für die civilistische Praxis, 1932, 136. Bd., H. 3 (1932), ss. 257-320, <http://www.jstor.com/stable/40999473>, (Erişim T. 24.05.2022).
- TAŞKIN, Zeynep Damla**, “Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi”, *MÜHF-HAD*, Y. 2020, C. 26, S. 2, ss. 1305-1348, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/maruhad/issue/58488/790312>, (Erişim T.05.02.2024).
- TAŞTEKİN, Sinem**, Vekilin Vekalet Sözleşmesinden Kaynaklanan Özen Borcu, *İMÜHFD*, Y. 2019, C. 6, S. 2, ss. 83-105, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/54308/736978>, (Erişim T. 02.02.2024).
- TİRYAKİ, Betül**, “Özen Yükümlülükleri İle Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, *EÜHFD*, Y. 2008, C. XII, S. 3-4, ss. 267-279, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1849325>, (Erişim T. 22.01.2024).

- TOK, Ozan**, Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması, *MÜHF-HAD*, C. 21, S. 1, ss. 239- 260, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271095>, (Erişim T. 12.07.2024).
- TOKAT, Hüseyin**, Karayoluyla Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Akdî Sorumluluk, *AÜHFD*, Y. 2016, C. 64, S. 4, ss. 2909-2975, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42360/510064>, (Erişim T. 21.01.2024).
- TURABİ, Selami**, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *TBB Dergisi*, Y. 2012, S. 101, ss. 267-292, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1205>, (Erişim T. 22.01.2024).
- UYUMAZ, Alper**, “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”, *SDÜHFD*, C. XIII, S. 1, 2023, ss. 503-546, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3062317>, (Erişim T. 08.01.2024).
- ÜNAL, Mehmet**, Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, *AÜHFD*, Y. 1978, C. 35, S. 1, ss. 397-437, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/637584>, (Erişim T. 24.06.2022).
- YAVUZ, Cevdet**, “Meslekten Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, *İMÜHFD*, Y. 2019, C. 6, S. 2, ss. 107-136, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd/issue/54308/736979>, (Erişim T. 20.02.2024), (Kıs. YAVUZ, M. Satıcı).
- YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, *MÜHF-HAD*, Y. 2008, C. 14, S. 4, ss. 29-61, <https://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/2008C.14S.4/29-61.pdf>, (Erişim T. 22.01.2024).
- ZİLELİOĞLU, Hilal**, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, *AÜHFD*, Y. 1987, C. 39, S. 1, ss. 241-264, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/630487>, (Erişim T. 17.09.2022).

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j1990/20_U_146_89urteil19900328.html,

(Erişim T. 20.07.2023).

<http://www.verkehrsexikon.de/Urteile/Rspr9147.php>, (Erişim T. 20.07.2023).

<https://islamansiklopedisi.org.tr/kesb--kelam>, (Erişim T. 06.07.2022).

<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>, (Erişim T. 15.02.2024).

<https://openjur.de/u/31635.html>, (Erişim T. 30.05.2022).

<https://www.bger.ch/de/index.htm>, (Erişim T. 28.08.2024).

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-24953.html>, (Erişim T. 05.06.2024).

<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht.html>
(Erişim T. 05.06.2024).

<https://www.fallrecht.ch/c2061228.pdf>, (Erişim T. 10.09.2024).

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>, (Erişim T. 18.09.2024).

https://www.gesetze-im-internet.de/vvg_2008/VVG.pdf

<https://www.gesetze-im-internet.de/vvgeg/EGVVG.pdf>

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136340/#LEGISCTA000032040792, Erişim T. 29.08.2022).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.818.pdf>, (Erişim T. 20/08/2024).

<https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>, (Erişim T. 03.09.2024).

<https://www.ris.bka.gv.at/NormDokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622&FassungVom=2024-06->

[23&Artikel=&Paragraf=1295&Anlage=&Uebergangsrecht=&ShowPrintPreview=True](#), Erişim T. 29.08.2022).

https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal_Duzenlemeler/Turk_Borclar_Kanunu_Tasarisi/TBB_gorusu_Turk_borclar_Kanunu_Tasarisi.doc, (Erişim T. 13.06.2024).

<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf>, (Erişim T. 14.02.2024).

www.hukukturk.com, (Erişim T. 30.05.2022).

www.legalbank.net, (Erişim T. 21.08.2024).