

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA
TAZMİNATIN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN
ZARAR GÖRENİN KUSURU

Yüksek Lisans Tezi

Yeliz KARAN

Ankara - 2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA
TAZMİNATIN BELİRLENMESİ BAKIMINDAN
ZARAR GÖRENİN KUSURU

Yüksek Lisans Tezi

Yeliz KARAN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU

Ankara - 2010

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
§ 1. GİRİŞ	1
I. Konunun Takdimi	1
II. Konunun Önemi	2
III. Konunun Sınırlandırılması	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

VE

TÜRK HUKUKUNDA KONUYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

§ 2. ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI	5
I . Genel Olarak	5
II. Zarar Görenin Kusuru Kavramının Tarihî Gelişimi	14
III. Zarar Görenin Kusurunun Hukukî Niteliği	21
A) Zarar Görenin Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasının Hukuka Aykırı Olup Olmadığı	21
B) Zarar Görenin Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasından Dolayı Kusurlu Sayılıp Sayılamayacağı	25
IV. Zarar Görenin Kusurunun Unsurları	34

A) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Veya Artmasına Sebep Olan Davranışı	34
B) Uygun İlliyet Bağı.....	43
C) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Veya Artmasına Sebep Olan Davranışının Kusurlu Sayılması	47
1. Zarar Görenin Davranışının Mensup Olduğu Çevredeki Örnek Tipin Davranışından Sapması	49
2. Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması	52
§ 3. TÜRK HUKUKUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	58
I. Genel Olarak Tazminattan İndirim Sebeplerine İlişkin Düzenleme.....	58
II. Zarar Görenin Kusuruna İlişkin Genel Düzenleme (BK m. 44/I).....	62
A) BK m. 44/I İle BK m. 43 Arasındaki İlişki.....	70
B) Zarar Görenin Bünyevî İstidadının BK m. 44/I Kapsamında Değerlendirilemeyeceği	73
C) BK m. 44/I'in Uygulama Alanı.....	82
D) Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Düzenleme	87
III. Zarar Görenin Kusuruna İlişkin Özel Düzenlemeler	90
A) Karayolları Trafik Kanunu'nda.....	90
B) Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda.....	95
C) Türk Medenî Kanunu'nda	101
D) Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda	104
E) Diğer Özel Düzenlemeler.....	105

İKİNCİ BÖLÜM
ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK İSNAT EDİLEN HÂLLER
VE
KONUyla İLGİLİ DİĞER DURUMLAR

§ 4. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK İSNAT EDİLEN HÂLLER	108
I. Zarar Görenin Zararın Doğmasına Yardım Etmesi	108
II. Zarar Görenin Zararın Artmasına Sebep Olması.....	134
§ 5. ZARAR GÖRENE İSNAT EDİLEBİLEN DİĞER DURUMLAR	164
I. Zarar Görenin Zarara Razı Olması	164
A) Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Zarar Görenin Zarara Razı Olması	164
B) BK m. 44/I Anlamında Zarar Görenin Zarara Razı Olması.....	171
C) Zarar Görenin Rızasının Tazminattan İndirim Sebebi Olabilmesi İçin Gerçekleşmesi Gereken Şartlar	176
1. Zarar Görenin Rızasının Geçersiz Olması	176
a) Rızanın İçerik Bakımından Hukuka Veya Ahlâka Aykırı Olması	177
b) Zarar Görenin Rıza Beyanında Bulunmaya Ehil Olmaması ...	181
c) Rızanın Öngörülen Şekilde Açıklanmamış Olması	182
d) Rızanın Serbestçe Açıklanmamış Olması	183
2. Rızanın Zarar Verici Fiilden Önce Veya En Geç Bu Fiilin İşlenmesiyle Birlikte Verilmiş Olması.....	184
3. Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması	184

II. Zarar Görenin Zarar Tehlikesini Göze Alması.....	184
--	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURU OLGUSUNA BAĞLANAN HUKUKÎ

SONUÇLAR

§ 6. ZARAR GÖRENİN KUSURU OLGUSUNA BAĞLANAN HUKUKÎ

SONUÇLAR	210
I. Genel Olarak	210
II. Kusur Sorumluluğunda.....	217
III. Sebep Sorumluluğu Hâllerinde	221
SONUÇ.....	225
KAYNAKÇA	233

KISALTMALAR

ABGB	:	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AC	:	Law Reports, Appeal Cases (England & Wales)
ACK	:	Askeri Ceza Kanunu
All ER	:	All England Law Reports (England & Wales)
AP	:	Audiencia Provincial (İspanya Temyiz Mahkemesi)
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:	bent
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	:	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	:	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BK	:	Borçlar Kanunu
BKKK	:	Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu
Bkz.	:	Bakınız
BolMinJust	:	Boletim do Ministério da Justiça (Lizbon Adalet Bakanlığı Bülteni)
C.	:	Cilt
CA	:	Court Of Appeal (England)
Cass. civ.	:	Cour de Cassation, Chambre civile
CD	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
D.	:	Digesta

DLR 3d	:	Dominion Law Reports, 3rd Series (Canada, 1969-1984)
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
EllDik	:	Elliniki Dikeosini (Yunan Adaleti Dergisi)
FSEK	:	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Gaz.Pal.	:	Gazette du Palais (Fransız Adalet Sarayı Gazetesi)
HD	:	Hukuk Dairesi
HD.	:	Højesteretsdom (Danimarka Temyiz Mahkemesi)
HDD	:	Högsta Domstolens Domar (Finlandiya Temyiz Mahkemesi)
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HHU	:	Hukuk Heyeti Umumiyesi
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILRM	:	Irish Law Reports Monthly (İrlanda Aylık Hukuk Bülteni)
İBGK	:	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	:	Karar
K.B.	:	Law Reports, King's Bench Division (England & Wales, 1901-1952)
KTk	:	Karayolları Trafik Kanunu
KTY	:	Karayolları Trafik Yönetmeliği
L.R.C.P.	:	Law Reports, Common Pleas Division (England & Wales, 1865-1875)
LG	:	Landesgericht
m.	:	madde

MHB	:	Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
NedJur	:	Nederlandse Jurisprudentie (Hollanda Yargı Kararları Dergisi)
NJA	:	Nytt Juridiskt Arkiv (İsveç Temyiz Mahkemesi Kararları Dergisi)
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
No.	:	Numara
NoB	:	Nomiko Bima; miniaion nomikon periodikon (Yunanistan Yargı Kararları Dergisi)
Nr.	:	Number/Nummer
ODASNHK	:	Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
OGH	:	Oberster Gerichtshof
OLG	:	Oberlandesgericht
OR	:	Obligationenrecht
p.	:	page
P.I.Q.R. P	:	Personal Injuries and Quantum Reports – Liability (England & Wales)
QB	:	Law Reports, Queen’s Bench (England & Wales)
r+s	:	Recht und Schaden
RAJ (TSJ Y AP)	:	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia. Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales

Rb.	:	Arrondissementsrechtbank (Hollanda İlk Derece Mahkemesi)
RG	:	Reichsgericht
RG.	:	Resmî Gazete
RGZ	:	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
RHDA	:	Redogörelser och meddelanden angående högsta domstolens avgöranden (Finlandiya Temyiz Mahkemesi Kararları Dergisi)
RO	:	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RTR	:	Road Traffic Reports (England & Wales)
S.	:	Sayı
s.	:	sayfa
SGK	:	Sosyal Güvenlik Kurumu
SLT (Rep.)	:	Scots Law Times
SSGSSK	:	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SSİY	:	Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği
Stark	:	Starkie's Nisi Pirius Reports (England & Wales, 1814-1822)
STJ	:	Supremo Tribunal da Justiça (Portekiz Temyiz Mahkemesi)
SZ	:	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
T.	:	Tarih

TCK	:	Türk Ceza Kanunu
Tem. M.	:	Temyiz Mahkemesi
TMK	:	Türk Medenî Kanunu
TSHK	:	Türk Sivil Havacılık Kanunu
TŞSTİDK	:	Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
UfR	:	Ugeskrift for Retsvæsen
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
VersR	:	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VR	:	Verkeersrecht (Holland)
vs.	:	vesaire
WLR	:	Weekly Law Reports (England & Wales)
Y.	:	Yargıtay
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi
ZVR	:	Zeitschrift für Verkehrsrecht

§ 1. GİRİŞ

I. Konunun Takdimi

Bu çalışmada, yüksek lisans tez konusu olarak, “*Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru*” konusu incelenmiştir.

Haksız fiil sorumluluğunun yaptırımı, haksız fiil sonucunda meydana gelen zararın tazminidir. Kural olarak, meydana gelen bu zararın, tamamının tazmin edilmesi gereklidir. Buna, zararın giderilmesinde “*tam tazmin (totalreparation) ilkesi*” denilmektedir. Ancak, bazı hâllerde, somut olayda gerçekleşen özel sebepler, tazminattan indirim yapılmasını ve bu suretle, tazminat miktarının, zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. İşte, zarar görenin kusuru da bu sebeplerden biridir¹. Esasen, zarar görenin kusuru, sadece tazminattan indirim sebebi olarak değil, derecesine göre, illiyet bağıını kesen (ve böylece, zarardan sorumlu kişiyi, sorumluluktan tamamen kurtaran) bir sebep olarak da karşımıza çıkabilir. Ancak, bu

¹ **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976, s. 532-533; **Tiftik**, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 84; **Tandoğan**, Hâlûk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara 1961, s. 315; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010, s. 728-729; **Aybay**, Aydın, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 1995, s. 91; **Deschenaux**, Henri/ **Tercier**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, (Çeviren: Salim Özdemir), Ankara 1983, s. 202; **İnan**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 344; **Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, Birinci Cilt, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul 2003, s. 1483.

çalışmada, zarar görenin kusurunun, sadece tazminatın belirlenmesindeki rolü üzerinde durulmaktadır.

Doktrinde ve uygulamada yerleşmiş bulunan zarar görenin kusuru deyimi, teknik anlamda kusuru ifade etmemektedir. Zira, teknik anlamda kusur, bir kimsenin, başkasına zarar veren, hukuk düzenince kınanan davranışının bir niteliğidir. Hâlbuki, zarar görenin kusurunda, bir kimsenin, başkasına değil, kendi kendisine zarar veren bir davranışı söz konusudur². Bu bakımdan, zarar görenin kusuru, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzı olarak tanımlanmaktadır³.

II. Konunun Önemi

Zarar görenin kusurunun, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınması bakımından, tazminata esas teşkil eden sorumluluğun, kusur sorumluluğu ya da

² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 318; **Eren**, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 189; **Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul 1976, s. 484; **Nomer**, Hâluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 86; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Eren**, Borçlar, s. 542; **Arsebük**, Esat, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt ve İkinci Cilt, Üçüncü Basım, Ankara 1950, s. 142; **Gönensay**, Samim A., Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1948, s. 189; **von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983, s. 98-99.

³ **İnan**, s. 345; **Eren**, İlliyet, s. 190; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Eren**, Borçlar, s. 542, 732; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Tunçomağ**, s. 484-485; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 319; **Güleç (Uçakhan)**, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 2008, s. 352; **von Tuhr**, s. 99; **Arsebük**, s. 142; **Gönensay**, s. 189.

sebeup sorumluluğu olması yahut haksız fiilden veya sözleşmeden doğmuş olması önem arz etmez⁴. Bu bakımdan, zarar görenin kusuru, çok geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ancak, bu çalışmada, zarar görenin kusuru, sadece haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat yükümlülüğü açısından incelenmektedir. Bununla birlikte, zarar görene kusur olarak isnat edilen hâller incelenirken, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, zaman zaman sözleşmeden doğan sorumlulukta rastlanan zarar görenin kusuru hâllerine de örnek olarak yer verilmektedir.

III. Konunun Sınırlandırılması

İncelememiz, üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, zarar görenin kusuru kavramının, tanımı, tarihî gelişimi ve hukukî niteliği ile bu kavrama ilişkin Türk Hukukundaki düzenlemeler incelenmektedir. Bu bağlamda, zarar görenin kusuru kavramına ilişkin genel düzenleme niteliğinde olan BK m. 44/I hükmü ile konuya ilişkin özel düzenlemeler ayrıntılı olarak incelenmektedir.

İkinci bölümde ise, çalışmamızın ağırlık noktasını oluşturmakta olan, BK m. 44/I uyarınca, zarar görene kusur olarak isnat edilen hâller (zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesi ve zararın artmasına sebep olması) ile zarar görene

⁴ **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1535; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 87; **Kısagün**, Adli, Müterafik Kusur, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 19 (1962), S. : 1, s. 9-10; **Saymen**, Ferit H./ **Elbir**, Hâlid K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 501-502; **Feyzioğlu**, s. 535; **Becker**, H., İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül II (İsviçre BK 37/63, Türk BK 37/62), (Çeviren: Kemal Reisoğlu), Ankara 1968, s. 273; **Tunçomağ**, s. 484; **Eren**, Borçlar, s. 761-762.

isnat edilebilen diğ er durumlar (zarar g orenin zarara razı olması ve zarar tehlikesini g  ze alması) incelenmektedir.

    nc  ve son b  l mde de, BK m. 44/I gereği, zarar g orenin kusuru olgusuna bağlanan hukuk  sonu lar incelenmektedir. Nihayet,  alışma, incelemelerimiz sırasında ulaştığımız kanaatlerin topluca yer aldığı bir sonu  b  l m yle sona erdirilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

VE

TÜRK HUKUKUNDA KONUYLA İLGİLİ DÜZENLEMELER

§ 2. ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI

I. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunda esas olan, bir kişinin, hukuka aykırı kusurlu bir fiili ile bir başkasına verdiği zararı tazminle yükümlü olmasıdır. Ancak zarar, her zaman haksız fiili işleyen kişinin fiilinden doğmuş olmaz. Bazı durumlar olur ki, zararın meydana gelmesinde veya miktarının artmasında, bizzat zarar gören kişinin kusurlu davranışının da payı bulunur. Bu gibi durumlarda yine bir kişinin haksız fiili ve bundan doğan bir zarar vardır; ancak bizzat zarar görenin davranışı da bu zararın doğmasında ya da artmasında rol oynamaktadır. İşte zarar gören kişi, kendisine karşı işlenen haksız fiilden bir zarar doğmasına veya doğan zararın artmasına kendi kusurlu davranışı ile katılmışsa, zarar görenin kusurundan bahsedilir. Örneğin; bir kişi yaya geçidi olmayan bir yerden geçmeye çalışırken, çok süratli giden bir araç tarafından çiğnenmişse veya evinde yangın çıkmasına sebebiyet verilen bir kişi, imkânı bulunmasına rağmen, yangının söndürülmesi için gerekli çabayı göstermemişse (örneğin itfaiyeye haber vermemişse), ilk örnekte, zararın

doğmasında; ikinci örnekte ise, zararın artmasında kendisinin de kusuru bulunmaktadır¹.

Zarar görenin kusurlu davranışı, haksız fiilden önce, haksız fiille aynı anda veya haksız fiilden sonra meydana gelebilir². Örneğin; (A)'nın ağır hakaretleri karşısında sinirlenen (B), (A)'yı silahla yaralamıştır. Burada (A)'nın kusurlu davranışı, haksız fiilden (yaralama fiilinden) önce meydana gelmiştir³. Buna karşılık, (B)'nin başı boş hayvanı, (A)'nın ekinlerini çiğnerken, (A) da hayvanı daha çok kışkırtan hareketler yapmış ve ekinlerdeki tahribatın artmasına sebep olmuştur. Burada (A)'nın kusurlu davranışı, haksız fiille aynı anda meydana gelmiştir⁴. Nihayet, (B), (A)'yı bıçaklamış, (A) ise doktor olmayan birinin verdiği ilacı kullanarak yarasının kangren olmasına sebebiyet vermiştir. Burada ise (A)'nın kusurlu davranışı, haksız fiilin işlenmesinden sonra meydana gelmiştir⁵.

Zarar görenin kusurlu davranışı, yapma tarzında veya yapmama tarzında ortaya çıkabilir. Örneğin; zarar görenin kusuru, yaralanan bir kimsenin, yarası üzerine

¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 594; **Kısagün**, Adli, Müterafik Kusur, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 18 (1961), S. : 4, s. 9; **Feyzioğlu**, s. 533-534; **Aybay**, s. 91-92; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 318; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 115, 117-118.

² **Eren**, Borçlar, s. 734; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 597; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **Schwarz**, Andreas B., Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, (Çeviren: Bülent Davran), Ankara 1948, s. 143-144; **Güenal**, H. Yılmaz, Müterafik Kusur, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, S. : 1, 1961, s. 208-220.

³ **Kılıçoğlu**, Ahmet M. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007, s. 311; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 597; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113-114.

⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 597-598.

⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 598.

mikroplu bir bez koyarak zararın artmasına yol açması hâlinde, yapma tarzında; aynı kimsenin, yarası için verilen merhemi yarasına sürmemesi hâlinde ise, yapmama tarzında ortaya çıkabilir⁶.

Zarar görenin kusurundan bahsolunan yukarıdaki hâllerde, gerçek anlamda bir kusur yoktur. Çünkü teknik anlamda kusur, bir kimsenin, başkasına zarar veren ve hukuk düzenince kınanan bir davranışı, daha doğru bir deyişle, bu davranışın bir niteliğidir. Hâlbuki, zarar görenin kusurunda, bir kimsenin, kendi kendisine zarar veren bir davranışı söz konusudur⁷. Burada kusur, başkasına zarar veren iradî veya ahlâkî bir kötülüğü ya da zayıflığı değil; zarar görenin, kendi menfaatini korumak için gerekli özeni veya ahlâkî çabayı göstermemesi hâlini ifade etmektedir⁸. Bu itibarla, zarar görenin kusuru, “*makul bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzı*” olarak tanımlanabilir⁹.

⁶ **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2009, s. 580; **Schwarz**, s. 144.

⁷ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318-319; **Tunçomağ**, s. 484; **İnan**, s. 345; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Eren**, Borçlar, s. 542; **von Tuhr**, s. 98-99; **Arsebük**, s. 142; **Günel**, s. 208-209.

⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıtop**, s. 594.

⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Eren**, Borçlar, s. 542; **İnan**, s. 345; **Tunçomağ**, s. 484; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 319; **von Tuhr**, s. 99; **Arsebük**, s. 142; **Oktay-Özdemir**, Saibe/ **Grassinger**, Gülçin Elçin, “Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hâllerinde De Dikkate Alınması”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt 2, İstanbul 2009, s. 1248; **Kidner**, Richard, Casebook On Torts, Eighth Edition, New York 2004, s. 199.

Zarar görenin kusuru, derecesi bakımından iki tür etki gösterebilir:

Zarar görenin kusuru birinci etkisini, zarar verici fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesinde gösterir. Bu anlamda zarar görenin ağır kusuru, “*illiyet bağına kesen bir sebep*” olarak kabul edilir. Bu gibi durumlarda, zarar verenin, niteliği itibariyle zararlı sonucu gerçekleştirmeye elverişli bir fiili bulunmaktadır. Ancak, zarar görenin kusurlu davranışı, bu ilk olayı, ikinci plâna iterek, zararlı sonucu tek başına doğurmakta ve zararın meydana gelmesinde başlıca etken olmaktadır. Başka bir deyişle, zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğu itibariyle zararlı sonucun uygun sebebi hâline gelerek, zarar verenin sorumlu olduğu olayı geri plâna itmektedir. Bu durumda sorumluluğun unsurlarından illiyet bağı unsuru gerçekleşmediği için, sorumluluk da söz konusu olmamaktadır¹⁰. Örneğin; bir işçi, intihar etmek kastıyla, kendisini işyerinde kullanılan demiryolu üzerine atmış ve ölmüştür. Bu olayda, ilk bakışta, işverene ait trenin işletilmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu düşünülebilir. Zira, hareket eden bir trenin raylar üzerine yatmış bir kimseyi ezerek öldürmesi, hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına uygundur. Ancak, bu olayda işçinin kusurlu davranışı, o kadar şiddetli bir yoğunluk arz etmektedir ki, zararlı sonucun yegâne uygun sebebinin oluşturarak, işverene yüklenebilecek olayı ikinci plâna itmektedir. Böylece ilk sebep ile zararlı

¹⁰ **Eren**, İlliyet, s. 187-188; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 310; **Deschenaux/Tercier**, s. 57; **Oğuzman/Öz**, s. 580; **Eren**, Borçlar, s. 732; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Önen**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 149; **Kılıçoğlu**, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Cilt: 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002, s. 126; **Tiftik**, Mustafa, Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 37-38.

sonuç arasındaki uygun illiyet bağı kesilmekte ve işveren sorumluluktan kurtulmaktadır¹¹. O hâlde zarar görenin kusurunun ilk etkisi, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını keserek, zarar vereni sorumluluktan kurtarmasıdır.

Zarar görenin kusuru, ikinci etkisini tazminatın belirlenmesinde gösterir. Bu anlamda zarar görenin kusuru, bir “*tazminattan indirim sebebi*” teşkil eder. Eğer zarar görenin kusuru illiyet bağını kesmemiş, sadece zararlı sonucun doğumuna ya da artmasına diğer sebeplerle birlikte katkıda bulunmuşsa, bu takdirde sorumluluktan kurtulma değil, tazminattan indirim söz konusu olur. Yani, zarar görenin kusuru, illiyet bağını kesecek yoğunlukta olmamakla beraber, diğer ortak sebepler arasında kısmî bir sebep olarak, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuşsa, bir tazminattan indirim sebebi oluşturur¹². Bu husus, BK m. 44/I’de “...*kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği.... takdirde, hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. O hâlde, illiyet bağını kesecek yoğunlukta olmayan zarar görenin kusuru, BK m. 44/I’de öngörülen tazminattan indirim sebeplerinden biridir¹³. BK m. 44/I hükmü, özel bir hüküm bulunmadıkça, haksız fiiller faslının dışında kalan tazminat istemlerine de uygulanır. Bu nedenle, sorumluluğun, haksız fiilden veya sözleşmeden doğması (BK m. 98/II), kusur veya sebep sorumluluğu olması ya

¹¹ **Eren**, İlliyet, s. 187-188; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 132.

¹² **Eren**, İlliyet, s. 187; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 310; **Deschenaux/Tercier**, s. 57, 205; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Eren**, Borçlar, s. 732-733; **Önen**, s. 149.

¹³ Daha önce de belirtildiği gibi, çalışmamızın konusunu, zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi teşkil ettiği durumlar oluşturmaktadır. Bu nedenle, bundan sonraki açıklamalarımız, tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin kusuruna ilişkin olacaktır.

da özel kanunlarda düzenlenmiş bulunması, zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi olarak dikkate alınması bakımından bir farklılık teşkil etmez¹⁴.

Zarar görenin kusurunun, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde, dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) ve dolayısıyla ahlâkî bir değer hükmü yatmaktadır. Buna göre, zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya uğradığı zararın artmaması için çaba harcamayan bir kimse, bu davranışının sonuçlarına katlanmalı ve davranışının, zarara sebebiyet verdiği oranda, zararı üzerine almalıdır¹⁵. Gerçekten, bir kimsenin, zarara uğramasında, kendi kusurunun da payı bulunmasına rağmen, sorumlu kimseden tam tazminat istemesi, kendi kusurundan yararlanması anlamına gelir ki, bu da TMK m. 2’de öngörülen dürüstlük ilkesiyle bağdaşmaz¹⁶. Hâlbuki, Roma Hukukundan beri gelen ilkeye göre, *“hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez”*.

¹⁴ **Oser, H./ Schönenberger, W.**, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım (Madde 41-109), (Çeviren: Recai Seçkin), Ankara 1950, s. 413; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Tunçomağ**, s. 484; **Saymen/Elbir**, s. 501-502; **Kısagün**, Müterafik Kusur, 1962, s. 9-10; **Feyzioğlu**, s. 535; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1535.

¹⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 108; **Nomer**, s. 87; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Tunçomağ**, s. 485; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 595; **İnan**, s. 345; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 319; **Öztürkler**, Cemal, Ölüm ve Bedeni Zarar Hâllerinde Maddi Tazminatın Hesaplanması Teknikleri, Ankara 2003, s. 134.

¹⁶ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 108; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Arsebük**, Esat, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt ve İkinci Cilt, Üçüncü Basım, Ankara 1950, s. 144; **Oser/ Schönenberger**, s. 406; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 319, dn. 11; **Öztürkler**, s. 134; **Gönensay**, s. 189; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 595; **Tunçomağ**, s. 485; **İnan**, s. 345;

Zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi oluşturduğu durumlarda, “zarar görenin kusuru (*Selbstverschulden*)” deyimi yerine, “müterafik veya birlikte kusur (*Mitverschulden*)” deyimi de kullanılmaktadır. Ancak biz terminoloji yönünden zarar görenin kusuru deyimini kullanmayı daha doğru bulmaktayız. Çünkü zarar verenin sorumluluğu, kusur sorumluluğuna dayanabileceği gibi, kusursuz sorumluluğa da dayanabilir. Buna karşılık müterafik veya birlikte kusur deyimi yalnız kusur sorumluluklarında kullanılabilir¹⁷. Çünkü kusura dayalı olmayan sorumluluk hâllerinde (olağan sebep sorumluluğu, tehlike sorumluluğu), sorumluluğun doğumu, kusur yerine, kanunun öngördüğü belirli bir olguya (objektif özen ödevinin ihlâli veya tehlikeli bir işletmeye sahip olma gibi) bağlanmıştır¹⁸. Bu itibarla, sorumluluğun doğumu için, zarardan sorumlu olan kişinin kusurunun aranmadığı hâllerde, zarar görenin kusuruna, birlikte (müterafik) kusur denilmesine gerek yoktur¹⁹.

Güleç (Uçakhan), s. 352; **Eren**, İlliyet, s. 190; **von Tuhr**, s. 99; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 11.

¹⁷ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 319; **Eren**, İlliyet, s. 189; **İnan**, s. 345; **Eren**, Borçlar, s. 542, 732; **Nomer**, s. 86; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511, dn. 319; **Azakhı**, Murat, Akit Dışı Sorumlulukta Eşyaya İlişkin Zararların Tazmini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002, s. 94.

¹⁸ **Eren**, Borçlar, s. 449.

¹⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 319; **Eren**, İlliyet, s. 189-190; **İnan**, s. 345; **Eren**, Borçlar, s. 542,732; **Nomer**, s. 86; **Azakhı**, s. 94. Doktrinde zarar görenin kusuru deyiminin karşılığı olarak “*ortak kusur*” deyimini kullanan yazarlar da vardır (Bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 310 vd.). Ancak, bu deyim, müteselsil sorumlulukta, zarar verenlerin haksız fiilin işlenmesi hususunda olaydan önce veya olayın icrası sırasında birbirleriyle anlaşmaları veya en azından

BK m. 44/I'e göre; zarar görenin fiili, “...zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir.”. Hükmün incelenmesinden anlaşılacağı gibi, burada, esas itibariyle, zarar görenin kusuru olarak iki durum öngörülmektedir. Bunlar; zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesi ve zararın artmasına sebep olmasıdır.

Zarar gören, davranışıyla, zarar verici olayın meydana gelmesini kolaylaştırmış veya zarar verenin fiilinin zararlı sonuçlarını önlemeyi ihmal etmişse, zararın

birbirlerinin zarar verici davranışlarından haberdar olmaları anlamında kullanılan ortak kusur kavramı ile karıştırılabileceğinden, bu deyimın kullanılması kanımızca yerinde değildir. Bunun yanında, müterafik kusur olarak ifade edilen durumun, BK m. 44/I hükmüne nazaran dar olduğunu; bu fıkra da kusurdan hiç bahsedilmeyip, objektif olarak zarar görenin fiilinin esas alındığını, bu nedenle zarar görenin kusuru deyiminin karşılığı olarak “müterafik sebep olma” deyiminin kullanılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır (Bkz. **Saymen/Elbir**, s. 501; **Schwarz**, s. 144; **Olgaç**, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, Cilt I, İstanbul 1959, s. 407). Bununla birlikte, bazı Yargıtay kararlarında, zarar görenin kusuru deyiminin yerine olmak üzere, “bölüşük kusur” deyimini de kullanılmaktadır: Bkz. Y. 4. HD, 9.5.2002, 1611/5602; Y. 4. HD, 14.3.2002, 12198/3027; Y. 4. HD, 22.1.2002, 9436/670; Y. 4. HD, 11.7.2000, 4822/6844; Y. 4. HD, 20.5.1999, 3376/4623; Y. 4. HD, 7.6.1999, 3819/5419; Y. 4. HD, 18.5.1999, 1420/4569; Y. 4. HD, 24.5.1999, 3051/4805; Y. 4. HD, 17.5.1999, 2820/4525 (**Gökcan**, Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 232, 282, 283, 284, 344); Y. 4. HD, 24.5.1999, 3028/4800 (**Kaçak**, Nazif, Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara 2002, s. 210); Y. 4. HD, 11.12.2002, 9447/13930 (**Kazancı** İçtihat Bilgi Bankası).

doğmasına yardım etmiş olur²⁰. Bir kimseye, içinde para bulunduğunu bildirmeksizin emaneten bir zarf bırakma veya temizleyiciye verilen elbise üzerindeki düğmelerin inci olduğunu söylememe, zarar vereni, zarar verici fiili yapmaya kışkırtma (tahrik), tehdit eden bir tehlikeden kaçınmama (otomobile dikkat etmeme gibi) ve girilmesi yasak yerlere girme bu konuda örnek olarak gösterilebilir²¹.

Zarar görenin, zararı azaltacak veya zararın artmasını önleyecek olan tedbirleri almaması hâlinde ise, zararın artmasına sebep olan kusurundan bahsedilir²². Zarar görenin kusurunun, zararın artmasında etkili olmasına ilişkin örneklerle, daha çok vücut bütünlüğünün ihlâli hâlinde, zararın artmasını önleyecek tedbirlerin alınmamasında rastlanır. Bu bağlamda, yaralanan bir kimsenin, hastaneye götürülme ve doktora muayene ettirilme tekliflerini reddetmesi veya yarasını kirli bir bezle sarıp mikrop kaptırması gibi davranışları zarar görenin kusuru olarak nitelendirilir²³.

Zarar görenin kusursuz bir davranışı ise, herhangi bir kusursuz sorumluluk hükmü kapsamına girmediği sürece, zararın doğmasına veya artmasına ne denli

²⁰ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 321; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **von Tuhr**, s. 102; **Tunçomağ**, s. 485; **Azıklı**, s. 95-96.

²¹ **Tunçomağ**, s. 485-486; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514; **Oser/Schönenberger**, s. 408.

²² **Feyzioğlu**, s. 538; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519; **Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Medenî Kanun da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 20. Bası, İstanbul 2008, s. 190.

²³ **Oğuzman/Öz**, s. 580; **Feyzioğlu**, s. 538-539.

katkıda bulunmuş olursa olsun, BK m. 44/I hükmüne göre tazminatı etkilemez ve dolayısıyla indirim sebebi de olmaz²⁴.

II. Zarar Görenin Kusuru Kavramının Tarihî Gelişimi

Zarar görenin kusuru kavramının kökeninin, Roma Hukukuna dayandığı konusunda araştırmalar yapılmış ve Roma Hukuku kaynaklarında, zarar görenin kusuruna ilişkin ifadeler bulunmaya çalışılmıştır²⁵. Gerçekten, zarar görenin kusuru kavramı, D.50.17.203'te ifade edilmiş olan "*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire (kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimse, zarar görmüş sayılmaz).*" kuralının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır²⁶. Bununla birlikte, zarar görenin kusuru, Roma Hukuku kaynaklarında, tazminatın dağılımı

²⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 582. Ancak, zarar görenin kusursuz davranışlarının, ayırt etme gücüne sahip olmayanların hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin BK m. 54 hükmüne kıyasen, indirim sebebi oluşturabileceği savunulmakta olup, bu konuya ileride değinilecektir. Bu konu hakkında bkz. **Eren**, İlliyet, s. 198-199; **Nomer**, s. 128-129; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 598; **Feyzioğlu**, s. 534; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 325; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Schwarz**, s. 146; **Becker**, s. 272; **von Tuhr**, s. 99-100; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1527; **Oğuzman/Öz**, s. 581.

²⁵ **Güven**, Diler Tamer, "Compensatio Culparum - Roma Hukukunda Birlikte Kusur", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, Yıl: 17-18, S. :1-2, İstanbul 2000, s. 252 ve orada anılan yazarlar.

²⁶ **Tahiroğlu**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, s. 79; **Erdoğan**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 42; **Somer**, Pervin, Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 54, dn. 161; **Güven**, s. 259.

bakımından, bugünkü hukuk anlayışı çerçevesinde yer almamaktadır²⁷. Roma Hukuku çözümleri, esas itibariyle, zarar verenin veya zarar görenin, zarara, tek başına katlanması şeklindedir. Bu nedenle çağdaş hukukta zarar görenin kusuru teorisinin, tümüyle Roma Hukukuna dayandırılması mümkün değildir²⁸. Zira, Roma Hukukunun temel kuralı, bir kimsenin, kastî veya ihmâlî bir fiili ile sebep olduğu zarardan sorumlu olması; ancak dış faktörlerin veya başka fiillerin araya girerek sonuca etki etmesi hâlinde, sorumluluktan kurtulmasıdır. Buna göre, zararın meydana gelmesinde, zarar verenin fiilinin yanında, zarar görenin kusurunun da etkisi olmuşsa, zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkar. Roma Hukukunda bu ilkeye, “*compensatio culparum (ihmallerin mahsubu)*” denilmektedir²⁹. Yani, Roma

²⁷ **Somer**, s. 54. Modern hukukta zararın meydana gelmesinde veya artmasında zarar görenin kusuru da etkili olmuşsa, hâkim, ya tazminattan indirim yapar ya da tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçer. Roma Hukukunda ise, zarar verenin ihmalinin yanında, zarar görenin ihmali de bulunuyorsa, zarar verenin tazminat yükümlülüğü ortadan kalkar. Örneğin, temizleyiciye gönderilen bir gömlekte, altın kol düğmelerinin unutulması ve bunların kaybolması durumunda, Roma Hukukuna göre, temizleyici tazminat ödemez; günümüz hukukuna göre ise, hâkimin takdirine göre, temizleyici, ya tazminat ödemez ya da tazminatın bir kısmından sorumlu olur (**Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999, s. 312; **Tahiroğlu**, s. 76).

²⁸ **Somer**, s. 54; **Güven**, s. 252.

²⁹ **Güven**, s. 253; **Somer**, s. 56; **Rado**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006, s. 50; **Tahiroğlu**, s. 77; **Erdoğan**, s. 40; **Tahiroğlu**, Bülent/ **Erdoğan**, Belgin, Roma Hukuku Meseleleri, Dördüncü Basım, İstanbul 2005, s. 106; **Magnus**, Ulrich/ **Martin-Casals**, Miquel, Unification Of Tort Law, Contributory Negligence, The Hague 2004, s. 260; **Dam**, Cees Van, European Tort Law, New York 2006, s. 334. Roma Hukukunda, zarar görenin kusurunun, zarar verenin zararı tazmin borcunu ortadan kaldıracağı kabul edilmiş ise de, bu kuralın zarar görenin kusuruna mı dayandığı yoksa illiyet bağının kesilmesinden mi ortaya çıktığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, *compensatio culparum* ilkesinin gerçek hukukî temelinin, zarar görenin ihmalinin,

Hukukunda, zarar görenin ihmali ile zarar verenin ihmali birleştğinde, bu iki ihmalin birbirini götüreceği ve dolayısıyla zararı tazmin yükümlüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmiştir. Burada ancak ihmal ile ihmalin mahsubu mümkündür. Eğer zarar veren kasıtlı ise, zarar görenin ihmali, zarar verenin tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır³⁰. Örneğin; bir meydana top oynamakta olan kişilerden birinin kuvvetli vuruşu sonucu, topun, o sırada meydanın kenarında bir köleyi tıraş etmekte olan berberin eline çarparak, kölenin boğazının kesilmesine yol açması hâlinde, köleyi, her zaman oyun oynanan yerde veya işlek bir yolda tıraş eden berberin kusurlu olduğu şüphesizdir. Ancak tehlikeli bir yere sandalye koyan bir berbere kendini emanet eden kölenin de kusuru bulunmaktadır. Burada, zararın meydana gelmesinde zarar gören kölenin de ihmali bulunduğu için, compensatio culparum ilkesi gereği, berberin zararı tazmin yükümlülüğü ortadan kalkar. Buna karşılık, zarar, berberin kastı sonucunda meydana gelmiş olsaydı, örneğin; berber, kölenin boynunu ustura ile kasten kesmiş olsaydı, zararı tazminle yükümlü olurdu³¹. Aynı şekilde, cirit atma talimine ayrılmış bir alana, talim sırasında giren bir kölenin yaralanması durumunda da compensatio culparum ilkesi uygulanır. Çünkü talim alanına giren köleyi gördüğü hâlde, atışa devam eden kişinin ihmali olduğu gibi, talim alanı olduğu belirtilmiş ve çevresi dikenli çitlerle çevrilmiş bir yere, uygunsuz bir zamanda giren kölenin de ihmali söz konusudur. Ancak talim yapanlardan biri, köleye kasten cirit atarsa, bu durumda, zarar gören kölenin ihmali dikkate alınmaz ve

zarar verenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmesine dayandığını savunmaktadırlar.

Ancak, bu görüşü benimseyen yazarlar arasında bile görüş ayrılıkları bulunmaktadır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Güven**, s. 253 vd.).

³⁰ **Tahiroğlu**, s. 76-77; **Somer**, s. 54-55.

³¹ **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 106,115; **Somer**, s. 55-56; **Güven**, s. 255.

compensatio culparum ilkesi uygulanmaz. Yine bir damdan aşağı kiremit atıldığını gördüğü hâlde, o evin yakınından geçen ve yaralanan kimse de kusurludur ve compensatio culparum ilkesi gereği zararı tazmin edilmez. Buna karşılık evin yakınından geçen kimsenin üzerine kasten kiremit atılmışsa, zarar veren zararı tazminle yükümlü olacaktır. Çünkü kasttan dolayı her zaman sorumluluk vardır³².

Zarar görenin kusuru konusunda, Pandekt Hukukunda (müşterek hukukta) da Roma Hukukundakine benzer bir uygulama benimsenmiş ve zarar görenin de kusurunun bulunması hâlinde, zarar verenin, zararı tazmin yükümlülüğünün ortadan kalkacağı kabul edilmişti³³. Bunun gibi İngiliz Hukukunda da, 19. yüzyıl başlarından 20. yüzyıl ortalarına kadar, uğradığı zararın meydana gelmesine katkıda bulunan zarar görenin, zarar verenin kusuru, kendi kusurundan daha ağır olsa bile, tazminat isteme hakkını tamamen kaybedeceği kabul edilmişti³⁴. İngiltere’de geçerli olan bu

³² **Erdoğan**, s. 40; **Tahiroğlu**, s. 76-77; **Somer**, s. 54-55; **Güven**, s. 255.

³³ **von Tuhr**, s. 101; **Schwarz**, s. 144-145; **Güven**, s. 252. Zarar görenin kusuru, Fabrikatör ve Demiryolu İdarelerinin Mesuliyeti Hakkındaki İsviçre Kanunları’na göre dahi, Hukukî Mesuliyete Mütellik 1871 Tarihli Alman Kanunu’na uygun olarak, bütün sorumluluğu ortadan kaldırmaktaydı (**von Tuhr**, s. 101).

³⁴ **Rogers**, W. V. H., Winfield and Jolowicz On Tort, Sixteenth Edition, London 2002, s. 247; **Magnus/ Martin-Casals**, s. 57; **Weir**, Tony, Tort Law, New York 2002, s. 114. Ancak, 1911 tarihli Denizde Çatışmayı Önleme Kurallarını Birleştiren Kanun’da (Maritime Conventions Act 1911) deniz kazaları bakımından farklı bir rejim uygulanmaktaydı. Burada, zarar görenin kusuru hâlinde, zarar verenin tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmayıp; tazminat, her iki tarafın kusuruyla orantılı olarak paylaşırlıyordu. Daha sonra bu kanunun ilgili hükümleri, 1995 Tarihli Deniz Ticareti Kanunu’na (Merchant Shipping Act 1995) aktarılmış olup; bugün de, bu kanun çerçevesinde deniz kazaları için ayrı bir rejim uygulanmaktadır (**Rogers**, s. 248; **Magnus/ Martin-Casals**, s. 57).

kural, 19. yüzyıl başlarında, Amerika ve Kolombiya tarafından da benimsenerek uygulanmaya başlamıştı³⁵.

Zarar görenin, kendi kusuru dolayısıyla hiç tazminat talep edememesinin haksız sonuçlar doğurması, zamanla zarar görenin kusuru kavramını daha adil bir kapsama kavuşturma düşüncesini ortaya çıkarmış ve birçok ülke, bu konuda hakkaniyete daha uygun çözümler bulma arayışı içine girmiştir³⁶. Nitekim, Fransız Mahkemelerinin, Code Civil'in kabulünden önce ve 19. yüzyıl başlarında yakın sebep kuralına başvurusuyla birlikte, Fransız Hukukunda paylaştırma yöntemi uygulanmaya başlamıştır. Bunun gibi, Avusturya Hukukunda da, zarar görenin, kendi kusuru da varsa, kusuruyla orantılı olarak; eğer oran belirlenemezse, zarar verenle eşit olarak zarardan sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Alman ve İsviçre Hukukunda ise, duruma göre, zararın, taraflar arasında paylaştırılması veya zarar verenin tazminat yükümlülüğünden tamamen kurtulması hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak, İsviçre ve Türk Hukukunda, karşılıklı kusurların tartılması esası getirilmişken; Alman Hukukunda, sebebiyet verme derecesine öncelik tanınmıştır³⁷.

³⁵ **Robinette**, Christopher J./ **Sherland**, Paul G., "Contributory or Comparative: Which Is The Optimal Negligence Rule?", Northern Illinois University Law Review, Volume 24, 2003, www.heinonline.org (Erişim Tarihi: 10.04.2008), s. 41; **Wong**, Glenn M. , Essentials Of Sports Law, Third Edition, Westport 2002, s. 69.

³⁶ **Tahiroğlu**, s. 77-78; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 112; **Güven**, s. 252.

³⁷ **Güven**, s. 252-253; **Nomer**, s. 91. Yani, İsviçre ve Türk Hukukunda, hâkim, her iki tarafın da kusurlarının ağırlığını dikkate alarak tazminatta indirimde gidebilir. Böylece, zararın yükü, zarara birlikte sebep olan zarar gören ile zarar veren arasında paylaştırılır. Alman Hukukunda ise, sebebiyet verme derecesi dikkate alınır. Sebebiyet verme derecesi, davranışın genel olarak zarar

İngiltere’de, 1945 tarihli Hukuk Reformu Kanunu (Law Reform Act 1945) ile zarar görenin kusuru, zarar verenin tazminat sorumluluğunu değil; zarar görenin alacağı tazminat miktarını etkileyen bir defî hâline getirilmiş ve böylece İngiltere’de, zarar görenin kusuru hâlinde, zarar verenin, tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran, “ya hep ya hiç” esasına dayalı bir sistemden, zarar verenin ödeyeceği tazminatın, zarar görenin kusuru oranında indirilmesi esasına dayanan bir sisteme geçilmiştir³⁸.

Amerika’da ise, 1970 yılından itibaren çoğu eyalette³⁹, zarar görenin kusuru hâlinde tazminatın indirilmesini esas alan sistem uygulanmaya başlamıştır⁴⁰.

vermeye elverişliliğinin derecesidir. Taraflardan hangisi diğerine nazaran o zararı doğurmaya daha elverişli bir davranışta bulunmuşsa, zararın yükü de, o oranda onun üzerinde kalmalıdır. O hâlde, somut olayda davranışlardan hangisinin fiilen zarara daha ziyade sebebiyet verdiği değil; davranışların genel olarak o zararı vermeye elverişlilik dereceleri esas alınmaktadır (Nomer, s. 90, 92).

³⁸ Weir, s. 114; Rogers, s. 248; Magnus/Martin-Casals, s. 57.

³⁹ Alabama, Virginia, North Caroline ve Maryland eyaletlerinde, hâlen, zarar görenin kusuru hâlinde hiç tazminat talep edilememesi esasına dayanan geleneksel sistem uygulanmakta olup; bu eyaletlerin dışında kalan tüm eyaletlerde, birtakım farklılıklarla da olsa, tazminatın indirilmesi sistemi uygulanmaktadır (Robinette/Sherland, s. 56; Wong, s. 69).

⁴⁰ Magnus/Martin-Casals, s. 223. Amerikan terminolojisinde, zarar görenin kusuru hâlinde zarar verenin tazminat ödeme borcunun tamamen ortadan kalkacağını öngören geleneksel rejim, “birlikte kusur rejimi (*contributory negligence regime*)”; tazminattan indirim yapılmasını öngören rejim ise, “nisbî kusur rejimi (*comparative negligence regime*)” olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, İngiltere’de, her iki rejim için de “birlikte kusur rejimi (*contributory negligence regime*)” deyimi kullanılmaktadır (Weir, s. 114; Rogers, s. 248, dn. 54). İngiliz Hukukunda “nisbî kusur rejimi”deyiminin kullanılmamasının sebebi olarak, İngiltere’de

rejimler arasındaki değişim sürecinin ani olması gösterilmektedir. Oysa, Amerika’da bu süreç, 50 yılı bulmuş ve geleneksel rejim ile tazminattan indirim rejimi arasındaki farkın belirlenebilmesi için farklı deyimler kullanılması ihtiyacı doğmuştur (**Magnus/Martin-Casals**, s. 57, dn. 3). Öte yandan, Amerika’da, İngiltere’den farklı olarak, nisbî kusur rejiminin birçok uygulanma şekli vardır. Nisbî kusur rejimi uygulamaları esas olarak iki grupta toplanabilir: “*Saf Nisbî Kusur Rejimi (Pure Comparative Negligence Regime)*” ve “*Değiştirilmiş Nisbî Kusur Rejimi (Modified Comparative Negligence Regime)*”. Saf nisbî kusur rejiminde, zarar görenin kusuru, hiçbir zaman zarar görenin alacağı tazminatı tamamen engellemez. Zarar görenin kusuru, zarar verenin kusurundan daha ağır olsa bile, zarar gören, az miktarda da olsa, tazminata hak kazanır. Ancak değiştirilmiş nisbî kusur rejiminde, zarar gören, zarar verenden daha kusurlu ise veya bazı durumlarda, zarar veren kadar kusurlu ise, tazminata hak kazanamaz. Örneğin; zarar görenin 100.000 \$ tutarında bir zarara uğradığı iki trafik kazası olduğunu varsayalım. İlk kazada, zarar gören % 40, zarar veren % 60; ikinci kazada ise, zarar gören % 60, zarar veren % 40 kusurlu olsun. İlk kazada hükmedilecek tazminat miktarı, hem saf nisbî kusur hem de değiştirilmiş nisbî kusur rejiminde aynı şekilde belirlenecek ve zarar gören 60.000 \$ tutarında tazminata hak kazanacaktır. Ancak, ikinci kazada, tazminat, her bir sistemde farklı şekilde belirlenecektir. Saf nisbî kusur rejiminde, zarar görenin alacağı tazminat, kusuru oranında (% 60) indirilecek ve zarar gören lehine 40.000 \$ tazminata hükmedilecektir. Buna karşılık, değiştirilmiş nisbî kusur rejiminde, zarar gören, zarar verenden daha kusurlu olduğu için, tazminata hak kazanamayacaktır. Değiştirilmiş nisbî kusur rejiminin de farklı uygulamaları bulunmaktadır. Örneğin, South Dakota eyaletinde, zarar görenin kusuru, zarar vereninkine nazaran hafif olduğu takdirde, zarar gören, tazminata hak kazanabilmektedir. Değiştirilmiş nisbî kusur rejimini benimsemiş bulunan diğer tüm eyaletlerde, ya % 50 kuralı ya da % 49 kuralı uygulanmaktadır. % 50 kuralına göre, zarar görenin tazminat talep edebilmesi için, zarar verenden daha kusurlu olmaması, yani, en fazla % 50 oranında kusurlu bulunması gerekir. % 49 kuralına göre ise, zarar görenin tazminata hak kazanabilmesi için, zarar veren kadar kusurlu bulunmaması, yani en fazla % 49 oranında kusurlu bulunması gerekir. Öte yandan, 1995 yılında, Michigan’da, saf nisbî kusur rejimi ile değiştirilmiş nisbî kusur rejiminin bazı unsurlarını bir araya getiren yeni bir sistem daha uygulanmaya başlamıştır. Buna göre, eğer zarar gören, %50’den daha yüksek bir oranda kusurlu bulunmuşsa,

III. Zarar Görenin Kusurunun Hukukî Niteliği

Zarar görenin kusurunun hukukî niteliği bakımından iki husus üzerinde durmak gerekmektedir. Birincisi, bir kimsenin, kendisine zarar verici davranışta bulunmasının, hukuka aykırı olup olmadığı; ikincisi ise, kendisine zarar verici davranışta bulunan bir kimsenin, kusurlu sayılıp sayılmayacağıdır.

A) Zarar Görenin Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasının Hukuka Aykırı Olup Olmadığı

Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması hâlinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranış emreden bir davranış normunun ihlâlidir⁴¹. Bu nedenle, hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için, hukukî bir yükümlülüğün bulunması ve bunun ihlâl edilmiş olması gerekir. Oysa, bir kimsenin, kendisini zarardan korumasını gerektiren hukukî bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴². Dolayısıyla, bir kimsenin kendisine zarar vermesi, kural olarak, hukuka aykırı değildir⁴³. Bu itibarla,

maddi tazminatın, kusuru oranında indirilmiş kısmına hak kazanır; ancak, manevî tazminat talep edemez (**Robinette/Sherland**, s. 43-44; **Wong**, s. 70).

⁴¹ **Eren**, Borçlar, s. 548-549; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 197.

⁴² **Nomer**, s. 84; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 11; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Gönensay**, s. 189; **von Tuhr**, s. 99; **Schwarz**, s. 143; **Arsebük**, s. 142; **Deschenaux/Tercier**, s. 57.

⁴³ Ancak, Askeri Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde, kendisine zarar veren bir kimsenin, bu davranışının suç teşkil ettiği belirtilmektedir. Gerçekten, ACK m. 79'a göre, "1- Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hâle getiren veya kendi rızasıyla bu hâle getirten, bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 2- Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışma kabiliyetini mahvetmiş ise, suçlu yedi seneye kadar ağır hapisle

zarar görenin kusuru sayılan bir davranışta, kural olarak, hukuka aykırılık unsuru mevcut değildir⁴⁴. Nitekim, sarhoş birinin arabasına binen bir kimsenin hukuka aykırı davrandığından söz edilemez⁴⁵. Bunun içindir ki, zarar görenin kusuru, sadece tazminatın indirimi yönünden etkili olmaktadır⁴⁶.

Hukuk düzeni, bir kimsenin kendisine zarar verip vermemesiyle prensip olarak ilgilenmemektedir⁴⁷. Ancak, bir kimsenin kendisine zarar vermesi, aynı zamanda bir

cezalandırılır. 3- Fiil seferberlikte yapılmışsa, on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa, yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.”.

⁴⁴ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Nomer**, s. 84-85; **Kısagün**, Müterafik Kusur, 1961, s. 11. Zarar görenin kusurlu davranışı, hukuka aykırılık yerine düzene aykırılık unsuruna da dayandırılmaktadır. Ancak, bu, pratik sonuçlar bakımından hiçbir önemi olmayan bir terim değişikliğinden ibarettir. Gerçek anlamda hukuka aykırılıkta, başkasına zarar veren bir davranışın, hukuk düzenince kınanması söz konusudur. Zarar görenin kusurunda ise, hukuk düzeninin onaylamadığı husus, zarar görenin kendisine zarar verici davranışından ziyade, bu davranışına rağmen, tam tazminat istemesidir (**Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318-319, dn. 11; **Oser/Schönenberger**, s. 407; **Nomer**, s. 84, dn. 109; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 108, dn. 146).

⁴⁵ **Nomer**, s. 84-85. Zarar görenin davranışı hukuka aykırı da olabilir. Örneğin; trafik kurallarına aykırı hareketi sonucunda zarara uğrayan bir kimsenin, bu davranışı, hukuka aykırıdır. Ancak, belirtmek gerekir ki, zarar görenin davranışının hukuka aykırı olup olmamasının, tazminattan yapılacak indirim bakımından bir önemi bulunmamaktadır (**Nomer**, s. 85). Zira, zarar görenin, kendisini zarardan korumasını gerektiren genel bir hukukî yükümlülüğü bulunmadığı için, hukuka aykırılık, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan indirim yapılmasının bir şartı değildir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 213).

⁴⁶ **Gönensay**, s. 189; **Kısagün**, Müterafik Kusur, 1961, s. 11; **von Tuhr**, s. 99; **Arsebük**, s. 142.

⁴⁷ **Nomer**, s. 84; **Kısagün**, Müterafik Kusur, 1961, s. 11. MK m. 23’e göre, kimse Medenî haklardan ve onları kullanmaktan kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüğünü devredemeyeceği gibi, onu hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Örneğin; A, B ile yaptığı

başkasının durumunu da ağırlaştırıyorsa, hukuk düzeni, bununla ilgilenmektedir. Nitekim, BK m. 44/I, bu durumun, hâkim tarafından, tazminat belirlenirken, sorumlu lehine dikkate alınacağını belirtmiştir. Acaba bu hükümle, zarar görene, zarar verenin durumunu ağırlaştırmamak hususunda bir yükümlülük mü yüklenmiştir, yoksa zarar görenin kendisine zarar vermesi hâlinde hukuken daha elverişsiz bir duruma düşeceği mi belirtilmiştir? Bu ikinci durumda, bir “*hukukî yükümlülük (Rechtspflicht)*” ten değil, bir “*külfet (Obliegenheit)*” ten bahsedilmektedir⁴⁸.

Külfet kavramı, kanun tarafından kendisine yüklenen bazı davranış ödevlerini yerine getirmeyen kişinin, haklarını, kısmen veya tamamen kaybetmesini ifade etmektedir. Ancak karşı taraf, bu sebeple, alacaklı sıfatını kazanmamakta, külfetin aynen ifası veya külfete uyulmaması sebebiyle tazminat talebinde

bir sözleşmede, bundan böyle hayatı boyunca sözleşme yapmayacağını taahhüt edemez. Zira, bu hâlde fiil ehliyetinden kısmen vazgeçmiş olur. Yine, bir kimsenin hayatı boyunca evlenmeyeceğini veya çocuk sahibi olmayacağını taahhüt etmesi, özgürlüğünü aşırı derecede sınırlamak anlamına geldiği için, geçersizdir. O hâlde, MK m. 23’te, kişiler, bir başkası ile yapacakları hukukî işlemler sonucu, kişiliklerinin tecavüze uğramasına karşı korunmuşlardır. Buna karşılık, kişiler, kendi kişiliklerine doğrudan doğruya zarar vermelerine karşı korunmamışlardır (Öztan, Bilge, Medenî Hukukun Temel Kavramları, 19. Bası, Ankara 2005, s. 280-281).

⁴⁸ Nomer, s. 85. Türk Hukukunda “Obliegenheit” kavramına karşılık olarak “*külfet*” (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008, s. 32-33) veya “*gerekli davranış*” (Oğuzman/Öz, s. 15) deyimleri kullanılmaktadır. Obliegenheit kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Aday, Nejat, Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı Ve Sonuçları, İstanbul 2000, s. 6 vd.

bulunamamaktadır⁴⁹. Yani, külfetin özelliği, külfet olarak nitelendirilen davranışın, yerine getirilmesinin talep ve dava edilememesi ve aksine davranış hâlinde, tazminat talebinde bulunulamamasıdır. Tek yaptırım, külfeti yerine getirmeyen kimsenin, hukuken daha elverişsiz bir konuma gelmesidir⁵⁰. Bunun tipik örneği, BK m. 198’de yer alan muayene ve ihbar külfetleridir. BK m. 198, alıcının, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesini, satılanı muayene etmesi ve satılанда tespit ettiği ayıpları satıcıya ihbar etmesi şartına bağlamaktadır. Muayene ve ihbar külfetleri, alıcı için, teknik anlamda bir borç oluşturmayıp; satıcı da, alıcının bu külfetleri yerine getirmesini talep ve dava edemez. Dolayısıyla, bu külfetlerin yerine getirilmemesi, herhangi bir tazmin borcu doğurmayıp; sadece, alıcıyı, ayıba karşı tekeffülden kendi lehine doğan talepleri ileri sürme imkânından yoksun bırakır ve onu, hukuken elverişsiz bir konuma getirir. Buna karşılık, satıcı, hukuken daha elverişli bir konuma girmiş olur⁵¹.

Kanunun (BK m. 44/I), zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunan davranışına hukukî bir sonuç bağlamış olması, hukukî bir

⁴⁹ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Birinci Cilt, s. 32-33.

⁵⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 15; **Nomer**, s. 85.

⁵¹ **Aral**, Fahrettin, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007, s. 120; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Birinci Cilt, s. 33; **Zevkliler**, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2008, s. 113; **Tandoğan**, Hâlûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 176; **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı’dan Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 104; **Oğuzman/Öz**, s. 15.

yükümlülüğün varlığını gerektirmez. Bu itibarla, burada, külfetin söz konusu olduğunu kabul eden görüşe üstünlük tanımak gerekir⁵². Zararın doğmasını veya artmasını önlemek için gerekli tedbirleri almayı, bu konuya ilişkin külfetlere uymayı ihmal eden kişi, haksız fiil nedeniyle hak kazandığı tazminattan, bu sebeple bir indirim yapılmasına, hatta, yerine göre, bu tazminatın tamamen kaldırılmasına katlanmak zorundadır⁵³. Gerçekten, zarar gören, zararı azaltacak olan bir tedaviyi kabul etmek zorunda değildir; onun böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, tedaviyi kabul etmezse, tazminat alacağını kısmen veya tamamen düşeceğini göze almalıdır⁵⁴.

B) Zarar Görenin Kendisine Zarar Verici Davranışta Bulunmasından Dolayı Kusurlu Sayılıp Sayılamayacağı

Genel bir tanımla, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimine kusur denir. Kusur, öncelikle hukuka aykırı bir davranışı gerektirir⁵⁵. Zira, hukuk düzeninin, hukuka uygun davranışta bulunan bir kişiyi kınaması için hiçbir sebep

⁵² **Oğuzman/Öz**, s. 15; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Birinci Cilt, s. 33; **Nomer**, s. 85. Buna karşılık, bazı yazarlar, zarar görenin, zararın artmasını engelleme yani zararı azaltma ödevinin bulunduğunu kabul etmektedirler. Nitekim, kimsenin kendisini zarara uğramaktan koruma ödevi bulunmadığı söylenemez; mahkeme içtihatları, zarar görene zararın artmasını önleyici tedbirler alma görevini yüklemektedirler. Örneğin; zarar görenin, aracının hasara uğraması hâlinde, onu tamir ettirmeyi ihmal etmesi, yangın hâlinde itfaiyeye haber vermemesi veya zararın olumsuz sonuçlarını azaltabilecek bir tedavi ya da ameliyata razı olmaması, bu ödevin ihlâli niteliğindedir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 108; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 318, dn. 11).

⁵³ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/Arpacı** Birinci Cilt, s. 33.

⁵⁴ **Nomer**, s. 85-86.

⁵⁵ **Eren**, Borçlar, s. 529-530; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 219; **Oğuzman/Öz**, s. 527.

bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kusur, ancak hukuka aykırı bir davranışı ile zarara sebep olan kişi hakkında yürütülen bir değer yargısıdır⁵⁶. Zarar görenin, uğramış olduğu zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmak suretiyle, kendisine zarar verici bir davranışta bulunması, hukuka aykırı olarak kabul edilmediğine göre, zarar görenin kusurundan da bahsedilmemek gerekir. Bu nedenle, doktrinde ve uygulamada yerleşmiş bulunan zarar görenin kusuru deyimi, teknik anlamda kusuru ifade etmemektedir. Zira, teknik anlamda kusur, bir kişinin, başkasına zarar veren, hukuk düzenince kınanan bir davranışı, daha doğru bir ifadeyle, bu davranışın bir niteliğidir. Hâlbuki, zarar görenin kusurunda, bir kişinin, başkasına değil, kendi kendisine zarar veren bir davranışı söz konusudur⁵⁷. Yani, burada kusur, başkasına zarar veren iradi veya ahlâkî bir kötülüğü ya da zayıflığı değil; zarar görenin kendi menfaatini korumak için gerekli özeni veya çabayı göstermemesi hâlini ifade etmektedir⁵⁸.

Doktrinde kabul edilen tanıma göre, zarar görenin kusuru, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzıdır⁵⁹. Başka bir deyişle, zarar görenin, üçüncü

⁵⁶ **Nomer**, s. 86; **Eren**, Borçlar, s. 530.

⁵⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 318; **Eren**, İlliyet, s. 189; **Tunçomağ**, s. 484; **Nomer**, s. 86; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Eren**, Borçlar, s. 542; **Arsebük**, s. 142; **Gönensay**, s. 189; **von Tuhr**, s. 98-99. Schwarz da, burada, bir kimsenin kendi menfaatini ihlâl etmesi hâlinin bulunduğunu belirterek, zarar görenin kusurunu, kusurun özel bir türü olarak nitelendirmiştir (**Schwarz**, s. 143).

⁵⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 594; **Güleç (Uçakhan)**, s. 352.

⁵⁹ **İnan**, s. 345; **Eren**, İlliyet, s. 190; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Eren**, Borçlar, s. 542, 732; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Tunçomağ**, s. 484-485; **Tandoğan**,

kişilere yöneltilmiş olsaydı, kendisine sorumluluk isnat edilmesine sebep olacak davranışı, zarar görenin kusuru olarak kabul edilir⁶⁰.

Zarar görenin fiilinin, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunduğu hâllerde, bir kısım zarar vardır ki, haksız fiili işleyen kimsenin fiilinin sonucu değildir; aksine, zararın bu kısmı, zarar görenin fiili sonucunda ortaya çıkmıştır. O hâlde, zarar gören, zararın, kendi fiilinin sebebiyet verdiği bu kısma katlanmalıdır. Zira, dürüstlük ilkesi gereği, hiç kimse, kendi kusuruyla meydana getirmiş olduğu bir zararı, başkasına yükleyemez; bu zararın tazminini başkasından isteyemez. Bu itibarla, bir kimsenin, uğradığı zararın doğmasında ya da artmasında etkili olan kendi fiil ve davranışlarının da, hakkaniyet gereği, sorumlu kimseye yönelttiği tazminat talebi bakımından dikkate alınması gerekmektedir. BK m. 44/I hükmü de, zarar görenin kusurunu, onun tazminat talebi üzerinde etkili kılmak suretiyle, bu düşünceye katılmıştır⁶¹.

Zarar görenin kusurunun, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesi, dürüstlük ilkesine olduğu kadar, sosyal düşünceye ve kamu yararına da uygundur. Gerçekten, kanun, zarar görenin, nasılsa zararı tazminle yükümlü bir kişi bulunduğu için, aynı şartlar altındaki makul bir kimsenin alması gereken tedbirleri almayı ihmal etmesine izin verseydi, kamu yararına ve sosyal düşünceye aykırı hareket etmiş olurdu. Başka bir deyişle, kanun, zarar görenin kusurunu dikkate almayarak,

Mes'uliyet, s. 319; **Güleç (Uçakhan)**, s. 352; **von Tuhr**, s. 99; **Arsebük**, s. 142; **Gönensay**, s. 189.

⁶⁰ **Tiftik**, Akit Dışı , s. 109; **Eren**, Borçlar, s. 542; **Eren**, İlliyet , s. 190.

⁶¹ **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 11; **Eren**, İlliyet, s. 190; **von Tuhr**, s. 99; **Arsebük**, s. 142; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 595.

sorumlunun bütün zararı tazmin etmekle yükümlü olacağını mutlak bir şekilde ifade etmiş olsaydı, zarar gören, zarardan korunmak veya zararın artmasını önlemek için gerekli tedbirleri almaktan kaçınabilirdi. Bu ise, kamu yararına ve sosyal düşünceye aykırı olurdu⁶².

Zarar görenin kusuru, gerçek anlamda bir kusur olmamakla birlikte, gerçek anlamda kusura, her bakımdan benzerlik göstermektedir. Esasen, zarar gören, fail rolünde olsaydı, davranışı, gerçek anlamda kusurlu sayılacaktı⁶³. Bu nedenle, gerçek anlamda kusura ilişkin kurallar, zarar görenin kusuruna da kıyasen uygulanır⁶⁴. Bu bağlamda, kusurun türleri ve dereceleri hakkında genel olarak kabul edilen kavram ve esaslar, zarar görenin kusuru bakımından da geçerlidir. Şöyle ki; zarar görenin kusurunun da iki şekli vardır. Bunlar kast ve ihmaldir. Zarar gören, zararlı sonucu öngörmüş ve istemişse, kastı bulunmaktadır. Örneğin, bir işyerinde, işçi, intihar amacıyla kendisini karbondioksit bulunan bir kazanın içine atmış ve zehirlenerek ölmüşse, burada kast vardır. Zarar görenin kusuruna, kast şeklinde nadiren rastlanır⁶⁵. Kast doğrudan doğruya ve dolaylı (ihtimali) kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan doğruya kastta, zararlı sonuç, hem öngörülmekte hem de istenmektedir. Dolaylı kastta ise, zararlı sonuç istenmemekle birlikte, göze alınmakta, yani, kabul edilmektedir. Örneğin, düelloda dolaylı kasttan söz edilebilir.

⁶² **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109; **Gönensay**, s. 189; **von Tuhr**, s. 99.

⁶³ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 319-320; **Eren**, Borçlar, s. 542; **Eren**, İlliyet, s. 190; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 109-110.

⁶⁴ **İnan**, s. 345; **Nomer**, s. 86; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Güleç (Uçakhan)**, s. 352; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 319-320; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 110.

⁶⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 110; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Eren**, İlliyet, s. 190; **Eren**, Borçlar, s. 542-543; **Schwarz**, s. 143.

Zira, düelloya katılan bir kimse, yaralanmayı veya ölmeyi göze almıştır. Ancak, sorumluluk hukuku bakımından doğrudan doğruya kast ile dolaylı kast arasında bir fark yoktur⁶⁶.

Kusurun ikinci şekli ihmal olup; zarar görenin kusuruna, çoğunlukla ihmal şeklinde rastlanmaktadır. Zarar görenin, zararlı sonucu istememekle birlikte, bunu önlemek için, şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi hâlinde, ihmalinden bahsedilir. Örneğin, dikkatsiz bir şekilde karşıdan karşıya geçerken yaralanan bir kimsenin, ihmali söz konusudur. Zarar görenin ihmali de, ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁷. Zarar görenin, aynı şartlar altında bulunan makul her

⁶⁶ **Eren**, Borçlar, s. 536; **Eren**, İlliyet, s. 190-191; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Schwarz**, s. 143; **Oğuzman/Öz**, s. 528.

⁶⁷ **Eren**, İlliyet, s. 191; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 110; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Schwarz**, s. 143; **Eren**, Borçlar, s. 537 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 529; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 220-221. Bazı yazarlar, ağır ihmal ile hafif ihmal arasında orta ihmal kavramına da yer vermektedirler. Ancak, böyle bir kavram, uygulamada kabul edilmediği gibi, doktrinde de karışıklıklara sebep olacağı için eleştirilmektedir. Kaldı ki, orta ihmalin, hafif ihmal içinde ele alınması da mümkündür (**Eren**, İlliyet, s. 191). Buna karşılık, bazı yazarlar bu görüşte değildir: “İsviçre uygulamalarında, zarar verenin kusuru için olduğu gibi, zarar görenin kusuru için de, hafif kusur, ağır kusur ve orta ağırlıkta kusur hâlleri arasında fark gözetilmektedir. Amaç, burada da, yargıca daha geniş bir takdir alanı tanımaktır. Örneğin; ağır kusur nedensellik bağını kesebileceği için, tazminatın tümünden reddi gerekebilir. Davalının ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluğa tabi olması hâlinde, zarar görenin hafif kusuru, tazminatın indirilmesine neden olamıyorsa da, orta ağırlıktaki kusuru, indirimi sağlayabilir” (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 596). İhmal ile ilgili diğer bir ayrım da, şuurlu ve şuursuz taksir ayrımıdır. Bu ayrım, tamamen teorik bir ayrım olup, sorumluluk hukuku açısından pratik bir önemi bulunmamaktadır (**Eren**, İlliyet, s. 191; **Eren**, Borçlar, s. 541; **Oğuzman/Öz**, s. 530).

insanın göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi hâlinde, ağır ihmalinden; ancak dikkatli ve tedbirli kişilerin göstereceği dikkat ve özeni göstermemesi hâlinde ise, hafif ihmalinden bahsedilir⁶⁸. Zarar görenin kusurunda çeşitli dereceler de görülebilir. Bu bağlamda, zarar görenin ağır kusurundan söz edilebileceği gibi, hafif kusurundan da söz edilebilir. Ancak, ağır kusur ile hafif kusur arasındaki fark, sadece nicelik yönünden olup; ağır kusur ile kastedilen, ağır ihmal; hafif kusur ile kastedilen ise, hafif ihmaldir⁶⁹.

Gerçek anlamda kusura ilişkin kuralların, kıyasen, zarar görenin kusuruna da uygulanacağını yukarıda belirtmiştik. Burada üzerinde durulacak olan nokta ise, kusurun objektifleştirilmesine ilişkin görüşlerin, zarar görenin kusuru değerlendirilirken, ne oranda uygulama alanı bulacağıdır. Acaba, zarar görenin, somut olayda gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği hususu araştırılırken, şahsî özellikleri, yetenekleri de dikkate alınacak mıdır? Yoksa, benzer durum ve şartlar altında bulunan makul, orta seviyedeki bir insanın göstermesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi, ihmalin varlığı için yeterli mi sayılacaktır? Zarar görenin kusurunda da, gerçek anlamda kusurda olduğu gibi, objektifleştirilmiş kusur (ihmal) kavramı geçerlidir⁷⁰. Bu itibarla, zarar görenin kusuru değerlendirilirken, objektif bir

⁶⁸ Eren, İlliyyet, s. 191; Oğuzman/Öz, s. 529; Kılıçoğlu, s. 221; Eren, Borçlar, s. 540-541.

⁶⁹ Eren, İlliyyet, s. 192.

⁷⁰ Eren, İlliyyet, s. 192; Tiftik, Akit Dışı, s. 110-111; Eren, Borçlar, s. 543; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 320; Nomer, s. 87-88; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; Tunçomağ, s. 485. Ancak, bazı yazarlara göre, kusurun objektifleştirilmesi görüşü, sorumluluğun doğumu için kusuru bir şart olarak arayan kanunun sistemi ile bağdaşmamaktadır. Bu yazarlara göre, böyle bir objektifleştirme hâlinde, kusur olmadan kusura dayanan sorumluluktan bahsedilmiş olmaktadır (Nomer, s. 88; Oğuzman/Öz, s. 531). Bununla birlikte, İsviçre ve Türk Hukukları bakımından

ölçüye başvurulacaktır. Bu ölçü, zarar görenin mensup olduğu çevredeki normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, benzer durum ve şartlar altında, zararın doğmaması veya artmaması için alacağı tedbir ve göstereceği dikkattir. Demek ki, zarar görenin ihmalinin ölçüsünü, onun somut olaydaki davranışı değil, objektif bir tipin, aynı şartlar altındaki örnek davranış tarzı oluşturmaktadır⁷¹. Bu itibarla, zarar gören, her türlü çabayı gösterse ve kendisinde bir irade noksanlığı ya da ahlâkî bir eksiklik mevcut olmasa bile, davranışı, örnek kişinin davranışından sapıyorsa, kusurlu sayılır. Bu bağlamda, zarar görenin, yeterli olmayan kavrama yeteneği gibi subjektif durumlar göz önünde bulundurulmaz⁷². Bununla birlikte, zarar görenin kusurunun belirlenmesinde esas alınacak ölçü, her olay ve her kişi için kesin ve değişmez değildir⁷³. Aksine, zarar görenin kusuru objektifleştirilirken, onun, kültür, yaş, cinsiyet ve meslek yönünden mensup olduğu çevredeki normal, makul ve orta zekâlı bir insanın davranışı esas alınmaktadır. Normal, makul ve orta zekâlı insan modeli esas alınırken, yer ve zaman gibi objektif şartlar göz önünde bulundurulmakla

hakim görüş, zarar görenin kusurunun bulunup bulunmadığının, objektif ölçüye göre belirlenmesi gerektiği yönündedir. Buna karşılık, Alman Hukukunda, kusurun objektifleştirilmesi görüşü, sadece sorumluluğun kurulması aşamasında göz önünde bulundurulmaktadır. Tazminatın belirlenmesi aşamasında ise, zarar görenin şahsî özelliklerinin dikkate alınacağı kabul edilmektedir. O hâlde, sorumluluğun kurulması aşamasında dikkate alınmayan şahsî özellikler, BGB § 254 gereği, karşılıklı kusurlar tartılırken dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle, kusurun objektifleştirilmesi görüşünden hareket edilse bile, bu görüş, tazminatın belirlenmesi aşamasında uygulanmayacaktır (**Nomer**, s. 88-89).

⁷¹ **Eren**, İlliyet, s. 192; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 110-111; **Eren**, Borçlar, s. 543; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Nomer**, s. 87-88; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; **Tunçomağ**, s. 485.

⁷² **Eren**, Borçlar, s. 538; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 111.

⁷³ **Eren**, Borçlar, s. 538.

birlikte, yorgunluk, dalgınlık, üzüntü, uykusuzluk gibi sübjektif durumlar dikkate alınmamaktadır⁷⁴. Örneğin; zarar gören, 15 yaşında bir çocuksa, bu yaştaki makul, orta zekâlı bir çocuğun, aynı somut şartlardaki davranışı esas alınır. Bunun gibi, zarar gören kadınsa, onun fiziksel gücü dikkate alınır. Buna karşılık, bir kamyon sürücüsünün davranışları ile bir motosiklet sürücüsünün davranışları ve dolayısıyla gösterecekleri özen, aynı meslek çevresinde olmadıklarından, birbiriyle kıyaslanamaz. Kamyon sürücüsünün davranışı, makul bir kamyon sürücüsünün davranışıyla, maden işçisinin davranışı, normal bir maden işçisinin davranışıyla, pratisyen bir hekimin davranışı, orta seviyedeki pratisyen bir hekimin davranışı ile kıyaslanır. Bu kıyaslamada, “makul bir kamyon sürücüsü, pratisyen hekim, maden işçisi, kendisinden beklenen özeni göstermiş olsaydı, zararın doğmasını ya da artmasını önleyebilir miydi?” sorusu sorulur. Bu soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, ihmal kanıtlanmış olur. İhmalin belirlenmesinde zarar görenin kişisel mazeretleri göz önünde tutulmaz. Örnek olarak, babası ölen bir kişi, çok üzüntülü ve dalgın olduğu için, karşıdan karşıya geçerken gelen aracı fark etmemiş veya bir sürücü, çok uykusuz ve yorgun olduğu için, direksiyon başında uyuyakalmıştır. Buna rağmen, örneklerdeki kişilerin özel durumları dikkate alınmaz ve kendilerinden objektif olarak beklenen dikkat ve özeni göstermedikleri için, ihmalleri olduğu sonucuna varılır⁷⁵.

Zarar gören, mesleği itibariyle, zararı doğuran tehlikeye alışık veya kendisini ya da başkasını tehlikeden kurtarmak için ani bir karar vermek durumundaysa, zararın doğmasındaki kusuru, daha az şiddette takdir olunmalıdır. Örneğin, vagonları

⁷⁴ Tiftik, Akit Dışı, s. 111; Eren, Borçlar, s. 543; Eren, İlliyet, s. 193; Nomer, s. 88.

⁷⁵ Eren, Borçlar, s. 538-539; Nomer, s. 88.

bağlamakla görevli kişinin, vagonların arasında dikkatsizce dolaşması sonucunda zarara uğramasında veya bir kişinin, aniden beliren bir tehlikeden kurtulmak için, hareket hâlindeki araçtan atlamak suretiyle yaralanmasında, çoğu zaman, zarar görenin kusurundan söz edilemez ya da çok hafif derecede kusurundan söz edilebilir. Zira, bu gibi durumlarda, bir insandan, en uygun tarzda hareket etmesi beklenemez. Bundan başka, gençlerin, tehlikeler karşısındaki umursamazlığı da göz önünde bulundurulmalı ve bu durum, onların kusurlarının daha az şiddette takdiri yönünde değerlendirilmelidir. Bunun gibi, zarar görenin, zarar verici olay karşısındaki haklı telaşı ve tehlikeye karşı sağlıklı düşünebilmek için yeterli zamanının olmaması da dikkate alınmalıdır. Örneğin, korkutulan bir kişinin yanlış bir hareketi, ona kusur olarak yüklenemez. Yine, gece aniden karşısına çıkan bir aracın önünden, donup kaldığı için kaçamayan bir kişinin kusurlu hareketi de mazur görülebilir⁷⁶. Bununla birlikte, bir yörede yerleşmiş bulunan birtakım yanlış alışkanlıklara uygun hareket etmek, zarar görenin kusurunu ortadan kaldırmaz^{77 78}.

⁷⁶ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 111-112; **Becker**, s. 271.

⁷⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 112.

⁷⁸ “...davalı, köylerde römorkların okuna oturmanın adet olduğunu ileri sürmektedir. Ancak durumun böyle olduğu kabul edilse bile, davalı sorumluluktan kurtulamaz; işveren kötü bir adete dayanamaz” : BGE 83 II 27 (**Kaneti**, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları II (1955-1964), Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968, s. 121); “...işveren aracı sürüş hızının adete uygun olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz; kötü davranışın alışılacılığı olması, özür sayılmaz” : BGE 89 II 118 (**Kaneti**, II, s. 124); “...gübre serpme makinesinin üzerine binmenin adet hâline gelmiş olması ise, açık kötü bir alışkanlık olarak değerlendirilmelidir; işveren davalı, örnekleri bulunsa bile, kendi işletmesinde kötü davranışlara göz yummamalıdır” : BGE 89 II 222 (**Kaneti**, II, s. 128). Esasen, burada

IV. Zarar Görenin Kusurunun Unsurları

A) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Veya Artmasına Sebep Olan Davranışı

BK m. 44/I'e göre, zarar görenin fiili, *“zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.”*. Hükmün incelenmesinden anlaşılabileceği gibi, burada, zarar görenin kusuru olarak, esas itibariyle iki durum öngörülmektedir. Bunlar, zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesi ve zararın artmasına sebep olmasıdır. O hâlde, zarar görenin kusurundan bahsedilebilmesi için, öncelikle, zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan bir davranışının bulunması gerekmektedir.

Zarar gören, davranışıyla, zararın doğmasını kolaylaştırmış veya zarar verenin fiilinin, zararlı sonuçlarını önlemeyi ihmal etmişse, zararın doğmasına yardım etmiş olur⁷⁹. Örneğin, otele gelen bir misafir, merdivenlerin yeterince aydınlatılmamış

belirttiğimiz kararlar, davalının, yani, zarar veren kimsenin, kötü bir adete dayanamayacağı ve böyle bir adetin varlığının, onun kusurunu kaldırmayacağına ilişkindir. Ancak, bu hususun, kötü bir adetin varlığına dayanarak kusursuz olduğunu ve bu nedenle lehine hükmedilecek tazminattan indirim yapılmaması gerektiğini ileri süren davacı, yani, zarar gören bakımından da geçerli olacağına şüphe yoktur.

⁷⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 321; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **von Tuhr**, s. 102; **Tunçomağ**, s. 485; **Arsebük**, s. 145; **Feyzioğlu**, s. 541-542; **Gönensay**, s. 190; **İnan**, s. 346; **Saymen/Elbir**, s. 503; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1513; **Funk**, s. 78; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Göktürk**, Hüseyin Avni, Borçlar Hukuku, Ankara 1946, s. 97;

olması ve kendisinin de karanlığa rağmen, merdivenlerden hızlı ve dikkatsiz bir şekilde inmesi nedeniyle yaralanmışsa, zararın doğmasına yardım etmiş olur. Zira, zarar gören, dikkatli davranmış olsaydı (bir lamba alsaydı veya merdivenlerden daha yavaş ve dikkatli inseydi), zarar meydana gelmeyecekti⁸⁰. Keza, tenis dersi alacak bir kişi, tenis hocasına, kalp hastası olduğunu söylememiş ve zarara uğramışsa, bu davranışıyla, zararın doğmasına yardım etmiş olur. Zira, zarar gören, hastalığı hakkında hocayı bilgilendirmiş olsaydı, hoca, zararın doğmaması için daha fazla özen gösterecekti⁸¹. O hâlde, zarar gören, ilk örnekte, zararın doğmasını kolaylaştırmak; ikinci örnekte ise, zarar verici fiilin sonuçlarını önlemeyi ihmal etmek suretiyle, zararın doğmasına yardım etmiş bulunmaktadır. Bunun gibi, zarar görenin, alkollü araba kullanması, girilmesi yasak olan yerlere girmesi ve zarar vereni, zarar verici fiili yapmaya tahrik etmesi hâllerinde de, zararın doğmasına yardım etmesi söz konusudur⁸².

Zarar görenin, zararın artmasını önleyecek veya sınırlayacak olan tedbirleri almaması hâlinde ise, zararın artmasına sebep olan davranışından bahsedilir⁸³.

Kısağün, Müterafık Kusur 1961, s. 13; **Önen**, s. 149; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311; **Saymen**, Ferit H./ **Köprülü**, Bülent, Medenî Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku, İstanbul 1965, s. 165; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 114-115; **Birsen**, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, İstanbul 1967, s. 203; **Azaklı**, s. 95-96.

⁸⁰ **Saymen/Köprülü**, s. 97; **von Tuhr**, s. 98; **Arsebük**, s. 141; **Gönensay**, s. 188.

⁸¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114.

⁸² **Tunçomağ**, s. 485-486; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514; **Oser/Schönenberger**, s. 408.

⁸³ **Eren**, Borçlar, s. 735; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519; **Feyzioğlu**, s. 537; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 116; **Birsen**, s. 203; **von Tuhr**, s. 102;

Örneğin, başkasının kusuru ile benzin tenekesi delinen kişinin, benzinin fazla akması için tedbir almaması⁸⁴, iş kazasına uğrayan sigortalının, tedaviyi reddetmesi veya doktorun tavsiyesine uymaması⁸⁵ hâllerinde, zarar görenin zararın artmasına sebep olan bir davranışı söz konusudur. Zira, bu örneklerde, zarar gören, zararın artmaması için, makul bir insandan kendi menfaati gereği alması beklenen tedbirleri almamıştır.

Zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışı, haksız fiilden önce, haksız fiille aynı anda veya haksız fiilden sonra meydana gelmiş olabilir⁸⁶. Zarar görenin davranışının, haksız fiilden önce gerçekleşmesinin tipik örneği, tahriktir⁸⁷. Örneğin, (A)'nın ağır hakaretleri karşısında sinirlenen (B)'nin, (A)'yı yaralaması olayında, zarar gören (A)'nın zararın doğmasına sebep olan davranışı, haksız fiilden önce gerçekleşmiştir⁸⁸. Bununla birlikte, zarar görenin davranışı, çoğunlukla, haksız fiille aynı zamanda meydana gelir⁸⁹. Örneğin; zarar

Gönensay, s. 191; **Göktürk**, s. 98; **Arsebük**, s. 145; **Tunçomağ**, s. 489; **İnan**, s. 346; **Saymen/Elbir**, s. 503-504; **Funk**, s. 78; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Deschenaux/Tercier**, s. 58-59; **Güleç (Uçakhan)**, s. 354; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 13; **Tandoğan**, s. 322; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Önen**, s. 149; **Oğuzman/Öz**, s. 580-581; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312; **Nomer**, s. 82; **Azaklı**, s. 96-97.

⁸⁴ **Birsen**, s. 203.

⁸⁵ **Feyzioğlu**, s. 538.

⁸⁶ **Eren**, Borçlar, s. 734; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 597; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **Schwarz**, s. 143-144.

⁸⁷ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113.

⁸⁸ **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114.

⁸⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 115.

gören otomobil sürücüsünün, aydınlatılmamış bir karayolu tüneline, otomobilinin sadece kedi gözleri diye tabir edilen farlarını yaktığı için, geç fark ettiği ışığı olmayan tekerlekli bir kompresöre çarpması hâlinde⁹⁰, zarar görenin, zararın doğmasına sebep olan davranışı, haksız fiille aynı anda gerçekleşmiştir. Zarar görenin davranışı, haksız fiilden sonra da meydana gelmiş olabilir. Örneğin, başkasının fiili sonucunda yaralanan bir kimsenin, tıbbî müdahâleyi reddetmesi nedeniyle yarasının iyileşmemesi hâlinde⁹¹, zarar görenin zararın artmasına sebep olan davranışı, haksız fiilden sonra gerçekleşmiştir.

Zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışı, yapma tarzında ortaya çıkabileceği gibi, yapmama tarzında da ortaya çıkabilir. Zarar görenin, yarası üzerine kirli bir bez koyarak zararın artmasına yol açması, yapma tarzında; buna karşılık, yarası için verilen merhemi yarasına sürmeyerek zararın artmasına yol açması ise, yapmama tarzında ortaya çıkmış olan davranışına örnek teşkil eder⁹².

Zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışları yanında, kusursuz sorumluluk hükümleri gereği sorumlu olduğu durumlar da, kusurunu oluşturabilir. Örneğin; zarar görenin yardımcılarının, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışları, BK m. 55 hükmüne kıyasen, zarar görenin

⁹⁰ BGE 88 II 131 (**Oftinger**, Karl/ **Jeanpretre**, Raymond, Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, (Çeviren: Kemal Dayınlı), Ankara 1990, s. 346-347, No: 95).

⁹¹ **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312.

⁹² **Oğuzman/Öz**, s. 580; **Schwarz**, s. 144.

kusuru kavramı içinde değerlendirilir⁹³. Zira, yardımcı kişiler, kendilerini istihdam eden kimseyi tehdit eden bir zararı önlemek ve azaltmakla yükümlüdürler. Eğer, onlar bu ödevlerini ihlâl etmişlerse, bunun sonuçlarına, onları istihdam eden kimse katlanmalıdır. Gerçekten, yardımcı kişilerin başkalarına verdikleri zararlardan, istihdam edenin sorumlu tutulmasını haklı kılan sebepler, bu yardımcılardan, kendilerini istihdam eden kimseye verdikleri zararların da, istihdam edene yüklenmesini haklı gösterir⁹⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de, 12 yaşındaki bir çocuğun, aktarma kulesini sabitlemeye yarayan somunları elle gevşetmesi sonucunda, zarar görene ait aktarma kulesinin hasara uğraması olayında, zarar görenin işçilerinin, kulenin iki ayağında bulunan somunları, bir çocuğun bunları elle gevşetmesine imkân vermeyecek bir biçimde sıkıştırmamak suretiyle, aktarma kulesini sabitlemek için gerekli en basit tedbiri almayarak, zararın doğmasına yardım ettikleri sonucuna varmış ve zarar görene ödenecek tazminattan, BK m. 44/I gereği indirim yapılmasına karar vermiştir⁹⁵.

Yardımcı kişi sayılmamalarına rağmen, tüzel kişinin organlarının kusuru, tüzel kişinin kusuruymuş gibi dikkate alınır. Bu nedenle, zarar gören tüzel kişi ise, organlarının kusuru, ona kendi kusuru olarak yüklenir. Gerçekten, TMK m. 50/II' ye göre, organın fiili ve davranışı, tüzel kişinin fiili ve davranışı olup, bu davranış

⁹³ **Nomer**, s. 119; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 127; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Eren**, Borçlar, s. 733-734; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **von Tuhr**, s. 100; **Azakh**, s. 102-103.

⁹⁴ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 127-128; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524; **Deschenaux/Tercier**, s. 58.

⁹⁵ BGE 90 II 9 (**Kaneti**, Selim, İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I, (1955-1964), Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968, s. 105-106).

kusurlu olduğu takdirde, tüzel kişi, kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu olur. Bu itibarla organın, tüzel kişinin uğramış olduğu zararın, doğmasına veya artmasına sebep olan davranışlarından da tüzel kişi sorumlu olur ve uğradığı zararın, organının kusuruna karşılık gelen kısmına katlanmak zorunda kalır⁹⁶.

Zarar görenin idaresi altındaki bir hayvanın da zararın doğumunda veya artmasında rol oynaması mümkündür. Örneğin, iyi gözetilmeyen bir hayvan, bir motorlu araca doğru koşmuş ve ona çarparak ölmüşse, hayvan tutucusunun objektif özen borcunu ihlâli, BK m. 56 hükmüne kıyasen, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilebilir⁹⁷. Bunun gibi, zarar görene ait bir yapı eserindeki bozukluk veya bakım eksikliği, zarar gören ev başkanının gözetimi altında bulunan kişilerin davranışları ya da zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuşsa, bu hâller de, sırasıyla, BK m. 58, TMK m. 369 ve KTK m. 85/I hükümlerine kıyasen, zarar görene kusur olarak isnat edilebilir⁹⁸.

Zarar gören, kusursuz sorumluluk hükümleri kapsamına girmeyen bazı hâllerde de, üçüncü kişilerin zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışlarından sorumlu tutulabilir. Bu duruma örnek olarak, destekten yoksun kalanların, desteğin, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olan davranışlarından

⁹⁶ **Nomer**, s. 119; **Eren**, Borçlar, s. 734; **Tandoğan**, s. 325; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 14; **Azaklı**, s. 103.

⁹⁷ **Nomer**, s. 129; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1525; **Schwarz**, s. 146.

⁹⁸ **Nomer**, s. 128 vd.; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 127 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **von Tuhr**, s. 100; **Schwarz**, s. 146; **Azaklı**, s. 102-103.

sorumlu tutulmaları gösterilebilir. Gerçekten, desteğin ölümüne yol açan olayda, zarar verenin yanı sıra, desteğin de kusuru buluyorsa, destekten yoksun kalanların, zarar verenden talep edecekleri tazminat, desteğin kusuru oranında indirilir⁹⁹. Başka bir deyişle, desteğin, yaşaması hâlinde, alacağı tazminatın indiriminde dikkate alınacak olan kusuru, onun desteğinden yoksun kalanların alacakları tazminatın indirilmesinde de dikkate alınır¹⁰⁰. Örneğin; işçi, işverenin, işyerinde gerekli tedbirleri almaması ve kendisinin de talimatlara aykırı davranması nedeniyle meydana gelen bir iş kazası sonucunda ölmüşse, işçinin desteğinden yoksun kalanların (zarar görenlerin) alacakları tazminat, işçinin (desteğin) kusuru oranında indirilir. Esasen, destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanların şahsında doğrudan doğruya doğan, aslî ve bağımsız bir talep hakkıdır. Zira, yoksun kalan, bu hakkı, ölenden miras yoluyla değil, doğrudan doğruya, aslî bir şekilde kazanmaktadır¹⁰¹. Bu nedenle, desteğin kusurunun, destekten yoksun kalanlara yüklenemeyeceği düşünülebilir. Ancak, desteğin ölümüne yol açan sebep ile onun desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zararı meydana getiren sebep aynıdır¹⁰².

⁹⁹ **Dam**, s. 329; **Magnus/Martin-Casals**, s. 66, 89-90, 218, 226, 228-229; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 649-650; **Oktay-Özdemir/Grassinger**, s. 1253; **Oser/Schönenberger**, s. 411-412; **Oğuzman/Öz**, s. 580, dn. 365. Burada ilk plânda kastedilen, ölen desteğin, ölümüne yol açan olayın meydana gelmesinde rol oynayan davranışlarıdır. Bununla birlikte, bizzat davacının, yani destekten yoksun kaldığını iddia eden kimsenin, desteğin ölümüne, haksız fiil faili ile birlikte sebep olması veya destek kaybından doğan zararın artmasına yol açması hâlinde ise, tazminat, desteğin değil, destekten yoksun kalanın kusuru nedeniyle indirilecektir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 650; **Oğuzman/Öz**, s. 580, dn. 365).

¹⁰⁰ **Magnus/Martin-Casals**, s. 228-229, 285; **Oktay-Özdemir/Grassinger**, s. 1253.

¹⁰¹ **Eren**, Borçlar, s. 720.

¹⁰² **Dam**, s. 329.

Yani, destekten yoksun kalanların tazminat hakkı da, desteğe zarar veren fiili meydana getiren olaylardan doğmaktadır¹⁰³. Ayrıca, destek kaybından doğan zarar, niteliği itibarıyla dolaylı bir zarar olup, destekten yoksun kalanlara tanınan tazminat hakkı da, dolaylı zararların ve genel olarak saf malvarlığı zararlarının tazmin edilemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasıdır¹⁰⁴. Bu nedenlerle, doktrin ve uygulamada, desteğin kusurunun, destekten yoksun kalanların alacakları tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Yukarıda belirtilen hâllerin yanı sıra, zarar görenin, zarar tehlikesini göze alması hâli de, zarar görenin kusurunu oluşturabilir. Zarar görenin, haksız fiilin meydana getirdiği zarar tehlikesinden kaçınması mümkünken, bunu yapmayıp, kendisini bu tehlikeye maruz bırakması hâlinde, “*zarar tehlikesini göze alma*” durumu söz konusu olur^{106 107}. Zarar görenin zarar tehlikesini göze almasının tipik örneği, bir kimsenin, sarhoş olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binmesidir. Zira sürücünün sarhoş olduğunu bile bile araca binen bir kimse, zarara uğrama tehlikesini

¹⁰³ Oser/Schönenberger, s. 412; Magnus/Martin-Casals, s. 66, 218, 228, 285.

¹⁰⁴ Magnus/Martin-Casals, s. 221; Eren, Borçlar, s. 719-720.

¹⁰⁵ “...yardımcıdan yoksun kalan üçüncü kişinin hakları, ölene yönelik hukukun ancak tali sonuçlarıdır. Bu nedenle müterafik kusur, davaya hakkı bulunan üçüncü kişinin değil, ölenin şahsı ve hareketi nazara alınarak tayin edilir”: Y. 4. HD, 6.5.1977, 3933/5509 (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 594, dn. 11a).

¹⁰⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 599; Nomer, s. 106-107; Tiftik, Akit Dışı, s. 105; Eren, Borçlar, s. 734; Becker, s. 272; Göktürk, s. 97; Güleç (Uçakhan), s. 353-354.

¹⁰⁷ Buna, Alman Hukukunda, “*Handeln Auf Eigene Gefahr*”; Anglo-Amerikan Hukukunda, tamamen aynı anlama gelmemekle birlikte, “*Assumption of Risk*” ve Fransız Hukukunda da “*Acceptation de Risque*” denilmektedir. Bu konuya ileride değinilecektir.

(riskini) de göze almış demektir. Bu nedenle, bu kimse, zarara uğradığı takdirde, uğradığı zararın bir kısmını üstlenmelidir¹⁰⁸.

Zarar görenin bünyevî istidadı da zararın doğmasında veya artmasında rol oynamış olabilir. Bünyevî istidat, insan bedeninin, doğuştan olan veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık, eksiklik veya yapısal bozukluk yüzünden, zarar görmeye olağanüstü elverişliliğini veya zarar verici fiil ya da olaylara, normalin üstünde tepki gösterme eğilimini ifade eder¹⁰⁹. Örneğin; sağlıklı bir insanın ölümüne yol açmayacak hafif bir yaralanmanın, hemofili (kanın pıhtılaşmaması) hastası olan bir kişinin ölümüne yol açması durumunda, zarar görenin bünyevî istidadının, zararın artmasına sebep olduğu söylenebilir. Ancak, zararın doğmasına veya artmasına sebep olmasına rağmen, bünyevî istidat, Türk Hukukunda, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilmemektedir^{110 111}. Zira, zarar görenin, zarara elverişli bir bünyeye sahip olması, kendi iradesine dayanmadığından, onun, bu durumundan dolayı kınanması ve

¹⁰⁸ **Nomer**, s. 107; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106; **Güleç (Uçakhan)**, s. 353, dn. 254.

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 327; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 154.

¹¹⁰ **Nomer**, s. 144; **Eren**, Borçlar, s. 738; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 154-155; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 327-328; **Feyzioğlu**, s. 540; **Oser/Schönenberger**, s. 409; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1526; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1962, s. 11; **Güleç (Uçakhan)**, s. 353, 356; **İnan**, s. 347; **Becker**, s. 272; **Azıklı**, s. 113-114; **Öztürkler**, s. 135. Buna karşılık, İsviçre Hukukunda, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle yapılan indirim, OR 44/I hükmüne dayandırılmaktadır (**Nomer**, s. 145).

¹¹¹ Şeyin zarar görmeye elverişliliği de, zarar görenin bünyevî istidadı gibi dikkate alınır. Zira, zarar gören, bozuk veya ayıplı bir mala sahip olmasından dolayı kusurlu sayılamaz (**Eren**, Borçlar, s. 739; **Nomer**, s. 144, dn. 393; **Azıklı**, s. 114).

dolayısıyla kusurlu sayılması mümkün değildir. Bu itibarla, tazminattan, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle yapılacak indirim, zarar görenin kusuruna (BK m. 44/I) değil, hâl ve mevkiin icabına (BK m. 43/I) dayandırılmalıdır¹¹².

B) Uygun İlliyet Bağı

Zarar görenin kusurunun, indirim sebebi olabilmesi için, zarar görenin kusurlu davranışı ile zararın doğması veya artması arasında, uygun illiyet bağının bulunması gerekir^{113 114}. Uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilebilmesi için ise, zarar

¹¹² Nomer, s. 144; Tiftik, Akit Dışı, s. 154-155; Feyzioğlu, s. 540; Oser/Schönenberger, s. 409; Öztürkler, s. 135.

¹¹³ Nomer, s. 84; Güleç(Uçakhan), s. 353; Kısagün, Müterafik Kusur, 1961, s. 14; Becker, s. 271; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1513; Reisoğlu, s. 191; Rogers, s. 251; Dam, s. 337; Magnus/Martin-Casals, s. 60, 81, 213, 224, 266. Bu husus, çeşitli Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir. “Zararı doğuran haksız fiile muzaf olması lazım gelen müterafik kusurun kabulü için, zararlar mağdurun fiili arasında tam bir illiyet rabitasının mevcudiyeti şarttır” : Y. 4. HD, 21.2.1952, 13335/1075 (Atasayan, Tacettin, Borçlar Hukuku Sahasında Sistematik Temyiz Neşriyatı, İstanbul 1956, s. 487, No: 2023). “Mağdurun zarara tesir eden fiili ile zarar arasında tam ve kat’i bir illiyet bulunması şarttır” : Tem. M. HHU, 4.11.1951, 47/144 (Kısagün, Müterafik Kusur, 1962, s. 12).

¹¹⁴ Zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğu itibarıyla zararlı sonucun uygun sebebi hâline gelerek, zarar verenin sorumlu olduğu olayı geri plâna itmiş ve zararın meydana gelmesinde başlıca etken olmuşsa, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki illiyet bağı kesilir ve zarar verenin sorumluluğu ortadan kalkar (Eren, İlliyet, s. 187-188; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 310; Deschenaux/Tercier, s. 57; Oğuzman/Öz, s. 580; Eren, Borçlar, s. 732; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 318; Tiftik, Akit Dışı, s. 107; Tiftik, Tehlike, s. 37-38). Gerçekten, illiyet bağı kesen bir sebep olarak zarar görenin kusuru ile tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin kusuru birbirinden ayrılmalıdır. İlliyet bağı kesen bir sebep olarak zarar görenin kusuru, sorumluluğun

görenin fiilinin, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli olması veya bu türden bir zararın gerçekleşmesi ihtimalini objektif olarak artırması gerekmektedir¹¹⁵. Örneğin; patlayıcı madde bulunduran bir kimsenin, gereken tedbiri almaması nedeniyle, başkasının dikkatsiz bir davranışı sonucunda zarara uğraması; çöp arabası hareket ederken, çöp arabasının dışında, tehlikeli bir pozisyonda duran bir işçinin, bu davranışı nedeniyle düşerek yaralanması ve sarhoş sürücünün, alkolün etkisiyle, trafik kazasının meydana gelmesine sebep olması hâllerinde, zarar görenin davranışı ile zararın doğması arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Aynı şekilde, bir otomobil sürücüsünün, emniyet kemerini bağlamaması veya bir motosiklet sürücüsünün, kask takmaması nedeniyle, meydana gelen trafik kazası sonucunda daha ağır yaralanması hâlinde de, zarar görenin davranışı ile zararın artması arasında uygun illiyet bağı mevcuttur¹¹⁶.

bulunup bulunmadığını belirleme sorunuyla ilgilidir. Hâkim, ancak bu hususu açıklığa kavuşturduktan sonra, zarar görenin de içinde bulunduğu kişi veya kişiler arasında tazminatı paylaştırmaya yetkili olacaktır. Zira, sorumluluk yoksa, tazminat da söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla, zarar görenin kusuru, illiyet bağına kesecek yoğunlukta ise, zarar verenin sorumluluğunu ortadan kaldırır; illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmamakla birlikte, zarar verenin fiili ile birlikte zararın doğmasına ya da artmasına sebep olmuşsa, tazminatın indiriminde dikkate alınır (**Magnus/Martin-Casals**, s. 210). Çalışmamızın konusunu bu ikinci durum oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu başlık altında, zarar görenin kusurunun, diğer ortak sebepler arasında kısmî bir sebep olarak zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunduğu hâller dikkate alınacaktır.

¹¹⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 519; **Eren**, Borçlar, s. 492; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 214.

¹¹⁶ **Rogers**, s. 251-251.

Zarar görenin kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunun kabulü için, zarar görenin kusurlu davranışının, zarara yol açan olaya değil; olayda meydana gelen zarara sebep olması gereklidir¹¹⁷. Örneğin; kask takmayan bir motosiklet sürücüsü, bacağından yaralanmışsa, her ne kadar kask takmamakta kusurlu ise de, onun bu kusurlu davranışı, somut olayda uğradığı zarara (bacağından yaralanma) sebep olmadığından, illiyet bağının bulunmadığı sonucuna varılacak ve dolayısıyla tazminattan indirim yapılmayacaktır¹¹⁸. Yine, zarar gören sürücünün, sarhoş hâlde araba kullanmasına karşılık, meydana gelen zarar, zarar görenin, alkolün etkisiyle aracını gerektiği gibi kullanamamasından değil; başka bir araç sürücüsünün, kırmızı ışıktaki geçerken onun, durmakta olan aracına çarpması nedeniyle meydana gelmişse, uygun illiyet bağından söz edilemeyecektir¹¹⁹. Bunun gibi, zarar gören, uyarı levhasını okumamış; ancak levha, kişinin, nasıl davranması gerektiğine ilişkin açık talimatlar içermediğinden, zarar gören bunu okumuş olsaydı bile, zararın meydana gelmesi önlenemeyeceğinden, burada da uygun illiyet bağından bahsedilemeyecektir¹²⁰.

Zarar görenin kusurlu davranışı ile zarar arasında mantıki illiyet bağı bulunsa bile (eğer zarar gören bu davranışta bulunmasaydı, zarara uğramayacak olsaydı bile), meydana gelen zarar, zarar görenin, kusurlu davranışıyla yarattığı risk alanı içinde değilse, tazminattan indirim yapılmaz. Başka bir deyişle, uygun illiyet bağının varlığı için, zarar görenin davranışının, uğradığı zarara fiilen sebebiyet vermesi yeterli

¹¹⁷ Rogers, s. 251; Dam, s. 337-338; Magnus/Martin-Casals, s. 60, 224.

¹¹⁸ Magnus/Martin-Casals, s. 60.

¹¹⁹ Magnus/Martin-Casals, s. 224.

¹²⁰ Magnus/Martin-Casals, s. 81.

olmayıp; bu zarar, aynı zamanda zarar görenin kusurlu davranışının yarattığı risk alanı içinde bulunmalıdır¹²¹. Örneğin; zarar gören, işyerindeki talimatlara aykırı olarak, traktörün arkasındaki çekme çubuğuna oturmuş, başka bir aracın sürücüsü de kusurlu olarak traktöre arkadan çarpmış ve zarar görenin yaralanmasına neden olmuştur. Traktörün çekme çubuğuna oturma fiilinden doğabilecek ve zarar gören tarafından öngörülebilecek en açık risk, traktörden düşüp yaralanmaktır. Bununla birlikte, başka bir aracın, traktöre arkadan çarparak zarar göreni yaralaması tehlikesi de, zarar görenin davranışının (traktörün çekme çubuğuna oturması) yarattığı risk alanına dahil edilebileceğinden, zarar görenin kusurlu davranışı (traktörün çekme çubuğuna oturması) ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söylenebilir. Buna karşılık, zarar gören, traktörün çekme çubuğunda otururken, o bölgeye yakın bir yerde antrenman yapan bir sporcunun attığı topun, gözüne çarpması veya o bölgede avlanmakta olan bir avcının ateş etmesi nedeniyle yaralansaydı, zarar görenin kusurlu fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığı sonucuna varılırdı. Zira, bir sporcunun veya avcının atışı sonucunda yaralanma, traktörün çekme çubuğunda oturma fiilinin yarattığı risk alanına dahil değildir¹²².

¹²¹ **Rogers**, s. 252; **Magnus/Martin-Casals**, s. 60.

¹²² *Jones v. Livox Quarries Ltd* (1952) 2 QB, p.608 (**Kidner**, s. 196-197; **Rogers**, s. 252; **Magnus/Martin-Casals**, s. 60; **Jones**, Michael A., *Textbook On Torts*, Eighth Edition, New York 2002, s. 623-624).

C) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Veya Artmasına Sebep Olan Davranışının Kusurlu Sayılması

Zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışı, kusursuz sorumluluk hükümlerinden birinin kapsamına girecek nitelikteyse, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılacağı kabul edilmektedir. Yani, zarar gören, kusuruyla değil de, kusursuz sorumluluk hâllerini doğuran bir olayla, örneğin; adam çalıştırma, ev başkanı olma, hayvan tutma, bina veya yapı eseri sahibi olma, motorlu araç işletme olaylarıyla, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunursa, bunlar da duruma göre, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olabilirler¹²³. Örneğin, (A)'nın uğradığı zararın doğmasında veya artmasında, sorumlu kişinin kusurlu davranışının yanında, (A)'nın istihdam ettiği işçinin kusurlu davranışının da etkisi olmuşsa, işçinin kusuru, BK m. 55 hükmüne kıyasen, onu istihdam eden (A)'ya yüklenerek, (A) lehine hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir¹²⁴. Bunun gibi, zarar görenin idaresi altında bulunan bir hayvan, zarar görene ait bir yapı eserindeki bozukluk veya bakım eksikliği, zarar gören ev başkanının gözetimi altında bulunan kişilerin davranışları ya da zarar görenin sorumlu olduğu işletme tehlikesi, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunmuşsa, bu hâller de, sırasıyla, BK m. 56, BK m. 58, TMK m. 369 ve

¹²³ **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Nomer**, s. 128 vd.; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 127 vd.; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **von Tuhr**, s. 100; **Schwarz**, s. 146; **Azaklı**, s. 102-103.

¹²⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 581.

KTk m. 85/I hükümlerine kıyasen, indirim sebebi olarak dikkate alınabilir¹²⁵. Bununla birlikte, zarar görenin, herhangi bir kusursuz sorumluluk hükmü kapsamına girmeyen kusursuz bir davranışı, zararın doğmasına veya artmasına ne denli katkıda bulunmuş olursa olsun, BK m. 44/I hükmüne göre, tazminatı etkilemez ve dolayısıyla indirim sebebi de olmaz¹²⁶. Bu nedenle, yukarıda belirtilen kusursuz sorumluluk hâllerinin bulunmadığı durumlarda, zarar görenin kusurundan bahsedilebilmesi için, zarar görenin davranışının kusurlu olarak kabul edilmesi gerekir. Kusurun iki yönü bulunmaktadır. Bunlar, kusurun objektif yönü ve kusurun subjektif yönüdür. Kusurun objektif yönü, zarar görenin davranışının, kendisiyle aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapması, ona uygun olmaması sorunuyla ilgilidir. Kusurun subjektif yönü ise, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olan davranışın, zarar görene isnat edilebilmesi, yani zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olması ile ilgilidir¹²⁷. Bu nedenle, zarar görenin davranışının kusurlu olarak kabul edilmesi sorunu, kusurun bu iki yönü bakımından incelenecektir.

¹²⁵ **Nomer**, s. 128 vd.; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 127 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **von Tuhr**, s. 100; **Schwarz**, s. 146; **Azaklı**, s. 102-103.

¹²⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 582. Ancak, zarar görenin kusursuz davranışlarının, ayırt etme gücüne sahip olmayanların hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin BK m. 54 hükmüne kıyasen, indirim sebebi oluşturabileceği savunulmakta olup; bu konuya ileride değinilecektir. Bu konu hakkında bkz. **Eren**, İlliyet, s. 198-199; **Nomer**, s. 128-129; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 598; **Feyzioğlu**, s. 534; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 325; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Schwarz**, s. 146; **Becker**, s. 272; **von Tuhr**, s. 99-100; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1527; **Oğuzman/Öz**, s. 581.

¹²⁷ **Eren**, Borçlar, s. 533.

1. Zarar Görenin Davranışının Mensup Olduğu Çevredeki Örnek Tipin Davranışından Sapması

Zarar görenin kusurunda da, gerçek anlamda kusurda olduğu gibi, objektifleştirilmiş kusur kavramının geçerli olduğunu belirtmiştik. Bu itibarla, zarar görenin davranışının kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar gören değil, objektif bir tip, yani, zarar görenin mensup olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan, normal, makul ve orta zekâlı bir insan tipi esas alınacaktır. Bu tipin davranışı, örnek (model) davranış olarak ele alınacak ve zarar görenin davranışıyla karşılaştırılacaktır. Eğer zarar görenin davranışı, bu örnek davranıştan sapıyorsa, bu sapma, kusur olarak nitelendirilecektir. Burada da kusur, zararlı sonucu öngörme ve ondan kaçınma unsurlarını içermektedir. Ancak, bu unsurlar, zarar görene göre değil, onun içinde yaşadığı sosyal çevredeki objektif bir tipe göre değerlendirilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte, zarar görenin davranışıyla kıyaslanacak örnek kişinin davranışının tamamen soyutlanıp, genelleştirilmesi söz konusu değildir. Aksine, burada, olayın somut şartları, zarar görenin yaşı, cinsiyeti, kültürü ve meslek yönünden mensup olduğu çevre gibi hususlar göz önünde bulundurulmaktadır¹²⁹. Örneğin, zarar görenin emniyet kemeri takmaması, genellikle, kusurlu olarak nitelendirilen bir davranış tarzıdır. Ancak, aşırı şişman bir kimsenin veya hamile bir kadının emniyet kemeri takmaması, özellikle bu yönde bir doktor raporu da bulunuyorsa, kusurlu olarak

¹²⁸ Eren, İlliyet, s. 192-193; Tiftik, Akit Dışı, s. 110-111; Eren, Borçlar, s. 531; Nomer, s. 87-88; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 320; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1511; Tunçomağ, s. 485.

¹²⁹ Eren, Borçlar, s. 538, 543; Tiftik, Akit Dışı, s. 111; Eren, İlliyet, s. 193.

değerlendirilmeyebilir¹³⁰. Keza, zarar gören, 12 yaşında bir çocuksa, bu yaştaki makul, orta seviyedeki bir çocuğun, aynı şartlardaki davranışı; çok yaşlı veya bedensel özürlü ise, onun yaşında ya da onun gibi bedensel özürlü olan makul bir kişinin davranışı esas alınır. Buna karşılık, yorgunluk, dalgınlık, üzüntü, uykusuzluk gibi sübjektif durumlar dikkate alınmaz¹³¹. Örneğin; sınavı kötü geçen bir öğrenci, üzüntülü ve dalgın olduğu için, karşıdan karşıya geçerken, gelen aracı fark etmemişse, onun bu özel durumu dikkate alınmaz ve kendisinden objektif olarak beklenen dikkat ve özeni göstermediğinden, kusurlu olduğu sonucuna varılır.

Zarar verenin kusurlu bir fiili sonucunda ikilemde kalan ve kendisini tehlikeden kurtarmak için ani bir karar vermek durumunda olan zarar gören, somut olaydaki tehlikeden kurtulmak için, önündeki seçeneklerden birine başvurmuş; ancak, yanlış bir seçim yaparak zarara uğramışsa, bu takdirde, zarar görenin kusurundan bahsedilmemek gerekir¹³². Örneğin, bir otobüste seyahat etmekte olan zarar gören, sürücünün direksiyon hâkimiyetini kaybetmesi nedeniyle, devrilme tehlikesi ile karşı karşıya kalan otobüsten atlamış ve bacağını kırmış; ancak sürücü, son anda otobüsü devrilmekten kurtarmışsa, zarar görenin kusurundan bahsedilmemek gerekir. Zira, her ne kadar, normal şartlarda, hareket hâlindeki bir araçtan atlamak, kusurlu bir davranış tarzı olsa da, bu gibi durumlarda, bir insandan en uygun tarzda hareket

¹³⁰ **Rogers**, s. 254, dn. 12; **Jones**, s. 625.

¹³¹ **Eren**, Borçlar, s. 538, 543; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 111; **Eren**, İliyet, s. 193.

¹³² **Heuston**, R. F. V./ **Buckley**, R. A., Salmond and Heuston on the Law of Torts, Twenty-First Edition, London 1996, s. 495-496; **Kidner**, s. 201; **Rogers**, s. 254-255; **Jones**, s. 629; **Becker**, s. 271; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 320; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 111-112. Bu kurala, Anglo-Amerikan Hukukunda “*the dilemma principle*” denilmektedir (**Heuston/Buckley**, s. 495).

etmesi beklenemez. Burada göz önünde bulundurulması gereken husus, zarar görenin, aynı şartlar altında bulunan makul bir insan tarafından tehlikeli olarak algılanacak bir durumda bulunup bulunmadığı ve bu tehlikeden kurtulmak için, makul bir insanın hareket edebileceği tarzda hareket etmiş olup olmadığıdır. Nitekim, aracın devrilmesi tehlikesi karşısında, zarar görenin, bu sebeple uğrayabileceği bir zarardan korunmak için, daha hafif olduğunu düşündüğü başka bir zararı (otobüsten atlamayı) göze alması, onun bu tercihi, yanlış veya daha tehlikeli olsa (sürücü, otobüsü son anda devrilmekten kurtardığı için, zarar gören otobüsten atlamasaydı yaralanmayacaktı) da, içinde bulunduğu şartlar nedeniyle hoş görülebilir¹³³. Bunun gibi, deniz uçağının, iniş yaptığı sırada, bir nesneye çarparak su almaya başlaması üzerine, zarar görenin denize atlaması ve boğularak ölmesi olayında da, zarar görenin denize atlادığı için kusurlu olmadığı sonucuna varılabilir. Somut olayda, pilotun, su alan uçağı başarılı bir şekilde indirmeyi başarması nedeniyle, zarar görenin, uçakta kalmayı tercih etmesi hâlinde boğulmayacak olması, başka bir deyişle, zarar görenin, uçakta kalmak veya denize atlamak seçeneklerinden, denize atlamayı tercih etmesi ve somut olayda, bu tercihin yerinde olmadığının ortaya çıkması da, bu durumu değıştirmez¹³⁴. Buna karşılık, zarar görenin, trenin açık

¹³³ Jones v. Boyce (1816) 1 Stark 493 (**Kidner**, s. 201, **Rogers**, s. 255; **Heuston/Buckley**, s. 496; **Jones**, s. 629).

¹³⁴ Burada, zarar görenin, denize atlادığı için kusurlu olmadığı kabul edilmekle birlikte, onun, denize can yeleğı giymeden atlaması, kendisine kusur olarak isnat edilmiş ve tazminattan, %50 oranında indirim yapılmasına karar verilmiştir: Holomis v. Dubuc (1975) 56 DLR 3d 351 (**Kidner**, s. 201). Kanımızca, zarar görenin, can yeleğı giymeden denize atlamasının, kendisine kusur olarak isnat edilmesi yerinde değildir. Gerçekten, ani ve yakın bir tehlike karşısında, bu tehlikeden kurtulmak için, zarar görenden, denize atlamak ya da uçakta kalmak seçeneklerinden doğru olanı seçmesi

kalmış kapısının yarattığı tehlikeden, başka bir yere oturmak suretiyle kurtulması mümkünken, (daha önce birçok başarısız denemede bulunmasına rağmen) hareket hâlindeki trenin kapısını kapatmaya çalışması ve başarısız olup trenden düşmesi hâlinde, kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Zira, burada, zarar görenin, makul bir insandan beklenilecek tarzda hareket ettiği söylenemez¹³⁵.

2. Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması

Zarar görenin kusurundan bahsedilebilmesi için, zarar görenin, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması, tek başına yeterli değildir. Zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışından sorumlu olması ve dolayısıyla, bu davranışının, tazminatın indiriminde dikkate alınması, kusurun sübjektif unsurunun gerçekleşmesine, yani, zarar görenin, ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlıdır. Bu itibarla, zarar görenin kusuru, ancak, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olduğu hâllerde kabul edilebilir¹³⁶.

Ayırt etme gücü, TMK m. 13'te olumsuz bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da*

beklenmediğine göre, böyle bir tehlike anında, ondan, can yeleğini giymesi de beklenmemelidir.

Zira, bu hâlde, zarar görenin paniğe kapılması, kendisine kusur olarak isnat edilmiş olur.

¹³⁵ Adams v. L. & Y. Ry (1869) L. R. 4 C. P. 739 (**Rogers**, s. 255).

¹³⁶ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 122; **Eren**, İlliyyet, s. 194; **Eren**, Borçlar, s. 543; **Oser/Schönenberger**, s. 407-408; **Nomer**, s. 128; **Schwarz**, s. 146; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 598; **von Tuhr**, s. 99-100; **Funk**, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938, s. 77-78; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet/Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s. 114; **Feyzioğlu**, s. 534; **Güleç (Uçakhan)**, s. 354; **Azaklı**, s. 101-102; **Magnus/Martin-Casals**, s. 212.

bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.”. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, ayırt etme gücü, kişinin, işlem ve eylemlerinin sebeplerini, nitelik ve sonuçlarını değerlendirip, bu değerlendirmeye uygun bir biçimde davranabilme yeteneğidir. Ayırt etme gücü, zihnî bir unsur ile iradi bir unsurdan oluşmaktadır. Zihnî unsur, davranışın, nitelik ve sonuçlarının değerlendirilmesi; iradi unsur ise, bu değerlendirmeye uygun bir biçimde davranma, hareket etme gücüdür. O hâlde, irade, ayırt etme gücünün önemli bir unsurudur. İradenin olmadığı veya eksik olduğu bir yerde, ayırt etme gücünden bahsedilemez¹³⁷.

Başka hukuk düzenlerinden farklı olarak, Türk Hukukunda¹³⁸, ayırt etme gücü bakımından, belirli bir yaş sınırı yoktur¹³⁹. Davranışlarının sonuçlarını kavrayabilen

¹³⁷ **Eren**, Borçlar, s. 534; **Eren**, İlliyet, s. 196-197; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 123.

¹³⁸ İngiliz ve İsviçre Hukuklarında da, ayırt etme gücü konusunda belirli bir yaş sınırı belirlenmemiştir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 63, 216).

¹³⁹ Buna karşılık, Alman Hukukunda (BGB § 828), 7 yaşın altındaki çocukların ayırt etme gücüne sahip olmadıkları kabul edilmektedir. Bu nedenle, 7 yaşın altındaki çocukların, uğradıkları zararın doğmasına ya da artmasına sebep olan davranışları, kusurlu sayılmamakta ve dolayısıyla tazminattan indirim de söz konusu olmamaktadır. 7 ile 18 yaş arasındaki çocukların ise, ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları, somut olayın şartları ve onların yaş ve tecrübeleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Ayrıca, Alman Hukukunda, ayırt etme gücü konusunda, trafik kazaları bakımından ayrı bir yaş sınırı belirlenmiş olup; 11 yaşın altındaki çocukların kendilerine zarar verici davranışlarından sorumlu olmayacakları öngörülmüştür (**Magnus/Martin-Casals**, s. 79-80, 265; **Dam**, s. 340-341). Fransız Hukukunda ise, bu konuda, çok farklı bir düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki, trafik kazalarının dışındaki hâllerde, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin davranışları, ayırt etme gücüne sahip olan kimselerin davranışları gibi, yani, iyi bir aile babasının davranışları esas alınarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, trafik kazaları

ve iradesine etkili olmak isteyenlere karşı, normal bir direnme gücü olan kimse, ayırt etme gücüne sahiptir. Bununla birlikte, ayırt etme gücünün bulunduğu, karine olarak kabul edilir; aksini iddia eden, bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür¹⁴⁰. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına karar verilmesi bakımından belirtilmesi gereken bir diğer husus da, hâkimin, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına karar verirken, Ceza Kanununun hükümleri ve ceza mahkemesinin kararı ile bağlı olmadığıdır (BK m. 53)¹⁴¹.

bakımından, 16 yaşın altındaki çocukların, 70 yaşın üstündeki yaşlıların ve %80 oranında özürli olanların kusurlarının ileri sürülemeyeceği öngörülmüş olup; bu kişilere tam koruma sağlanmıştır. Ancak, bu koruma, bu kişilerin, motorlu aracın sürücüsü ya da işleteni olmadıkları hâllerde geçerlidir (**Dam**, s. 340-341). Amerika’da ise, çoğu eyalette, 5 yaşın altındaki çocukların ayırt etme gücüne sahip olmadıkları kabul edilmekte ve dolayısıyla onlara kusur isnat edilmemektedir. 5 yaş ile 18 yaş arasındaki çocukların ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları ise, somut olayın gerçekleştiği andaki yaş ve tecrübelerine göre tespit edilmektedir. Ancak, çocuk, tehlikeli, yetişkinlere özgü bir harekette bulunmuşsa (araba, motosiklet kullanmak gibi), bu takdirde, yetişkin gibi değerlendirilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 225-226, 280).

¹⁴⁰ BGE 90 II 9 (**Kaneti**, I, s. 104).

¹⁴¹ Y. 4. HD, 17.7.1941, 1196/1842 (**Olgaç**, I, s. 533, No: 897). TCK m. 31’e göre, 12 yaşını doldurmamış çocukların cezai ehliyetleri yoktur. 12 yaşını doldurmuş olup da, 15 yaşını doldurmamış olanlar, ayırt etme gücüne sahiplerse, sorumlu olmakla birlikte, cezaları indirilmektedir. 15 yaşını doldurmuş olup da, 18 yaşını doldurmamış olanların ise, cezalarından indirim yapılmaktadır. Ancak, bu indirimin miktarı, 12 ile 15 yaş arasındaki çocuklara yapılan indirim miktarından azdır. Buna karşılık, BK m. 53 gereği, hukuk hâkimi, bu hükümlerle bağlı olmadığından, 12 yaşını doldurmamış bir çocuğun da, ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul edebilir ve gerekli diğer şartlar (illiyet bağı, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olma gibi) da varsa, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapabilir.

Ayırt etme gücü, mutlak değil, nisbî bir kavramdır. Bu itibarla, hâkimin, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını genel olarak değil, somut olayın özellikleri bakımından araştırması gerekir¹⁴². Yani, hâkim, somut olarak, belirli bir davranış ya da davranışlar dizisi açısından, zarar görenin söz konusu fiili işlediği anda bu yeteneğe sahip olup olmadığını araştırmalıdır¹⁴³. Bu bakımdan, kişinin fikrî ve zihnî yeteneği, eğitimi, zarar verici fiilin veya olayın niteliği göz önünde tutulur¹⁴⁴. Örneğin, trafik tehlikelerine karşı, bir şehir çocuğundan, bir köy çocuğuna nazaran daha yüksek bir kavrayış derecesi beklenir. Buna karşılık, zarar gören küçük, trafik dersleri almışsa veya yerel trafiğin durumunu bilmesi gerekiyorsa, köy çocuğu da olsa, ondan yüksek bir kavrayış derecesi beklenenecektir¹⁴⁵. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararına konu olan olayda, yaklaşmakta olan kamyonu aldırmadan, koşarak karşıdan karşıya geçmeye çalışan ve yaralanan altı yaşındaki şehirli çocuğu kusurlu bulmamıştır. Mahkeme, çocuğun, bir yıldan beri okula gittiği, kendisine trafik kurallarının öğretildiği, günde dört kez okula gidip geldiği ve dolayısıyla motorlu araç trafiğinin tehlikeleri konusunda tecrübe sahibi olduğu hususlarını kabul etmiş; ancak, altı yaşındaki bir çocuğun, çocuk dünyasına yabancı olan trafik kurallarını benimsemek ve uygulamak için gerekli aklî, manevî olgunluğa ve irade gücüne sahip olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme, ayrıca, zarar görenin yaşındaki bir çocuğu, kusurlu sayarak motorlu araç trafiğinden doğan tehlikelerin bir kısmını ona yüklemenin, araç sürücülerini o ölçüde sorumluluktan kurtarmak

¹⁴² Eren, Borçlar, s. 534; Eren, İlliyet, s. 197; Tiftik, Akit Dışı, s. 123; Öztan, s. 253.

¹⁴³ BGE 90 II 9 (Kaneti, I, s. 104).

¹⁴⁴ Tiftik, Akit Dışı, s. 123.

¹⁴⁵ Tiftik, Akit Dışı, s. 123.

olduğunu belirtmiş ve yaşının küçüklüğünü gözeterek, çocuğun kusursuz olduğuna karar vermiştir¹⁴⁶.

Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına karar verilirken, kişinin, davranışının tehlikeli niteliğini kavrayacak durumda olup olmadığı da önem taşımaktadır. Kişinin, davranışının muhtemel tüm sonuçlarını öngörebilmiş olması gerekli olmayıp, davranışıyla yarattığı tehlikenin bilincinde olması yeterlidir¹⁴⁷. Örneğin, annesinin arabası için alıyormuş gibi yaparak, aslında oynamak için benzin satın alan ve ciddi bir şekilde yaralanan 9 yaşındaki bir çocuğun, ayırt etme gücüne sahip olduğu ve dolayısıyla kusurlu olduğu sonucuna varılması gerekir. Zira, çocuk, benzini, annesi için aldığı izlenimini bırakmak istediğine göre, benzinden doğabilecek tehlikeleri kavrayabilecek durumdadır. Yine, kendisini döven öğretmenine karşı gelen bir çocuk da, öğretmenine karşı gelmesi nedeniyle, sonucun

¹⁴⁶ BGE 89 II 56 (**Kaneti**, I, s. 121; **Yılmaz**, Hamdi, Karayolları Trafik Kanunu Bakımından Zararın Paylaştırılması, Ankara 1995, s. 30).

¹⁴⁷ BGE 90 II 9 (**Kaneti**, I, s. 104-105). İsviçre Federal Mahkemesi, 12 yaşındaki bir çocuğun, aktarma kulesinin ayaklarındaki somunları gevşetmekte kusurlu olduğu sonucuna varmıştır. Çünkü, mahkemeye göre, çocuğun, davranışının olası tüm sonuçlarını öngörebilmiş olması gerekli olmayıp; çocuğun, somunları gevşetmekle, aktarma kulesinin sağlamlığını ve yerle olan bağlantısını bozduğunu ve böylece bir tehlike yarattığı bilincini taşıması yeterlidir. Mahkeme, çocuğun, normal olarak gelişmiş, vasat bir öğrenci olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre, bu yaştaki bir çocuk, özel bir mekanik eğitimi almaksızın, bir somun ile bir civatanın ne olduğunu ve somunun iki ayrı parçayı birbirine bağladığını bilmelidir. Çocuk, oyunlarından ve özellikle bisiklet kullanmaktan bunu öğrenmiş olmalıdır. Somunların büyüklüğü de, işlevlerinin önemi konusunda kendisini uyarmıştır: BGE 90 II 9 (**Kaneti**, I, s. 104-105).

ağırlaşılabileceği tehlikesinin bilincinde olduğundan, kusurludur¹⁴⁸. Yargıtay da, 14 yaşındaki bir çocuğun, belediyeye ait, kullanılmayan bir kuyunun çürümüş tahtalarına oturması ve tahtaların kırılması ile kuyuya düşerek yaralanması olayında, çocuğun, sağlam olmayan tahtaların kırılabileceği ve dolayısıyla, kuyuya düşebileceği tehlikesinin bilincinde olduğu için, kusurlu olduğunu kabul ederek, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmasına karar vermiştir¹⁴⁹.

Sonuç olarak, zarar gören, ayırt etme gücüne sahip değilse, onun, zararın doğmasında ya da artmasında etkili olan davranışı nedeniyle tazminattan, kural olarak, indirim yapılmaz. Ancak, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle tam tazminata hükmedilmesi, bazı durumlarda haksızlık yaratabilir. Bu nedenle, uygulamada, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak davranışı dolayısıyla, BK m. 54/I hükmünün kıyasen uygulanması ve hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminattan indirim yapılması kabul edilmektedir. Örneğin, haksız fiili işleyen kimsenin kusuru hafif ise ya da zengin bir zarar görenin karşısında fakir bir zarar veren bulunuyorsa, hakkaniyet gereği, tazminattan indirim yapılabilir. Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden zarar gören bakımından ise, BK m. 54/II hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden zarar gören, bu hâle, kendi kusuru ile düşmediğini ispat etmedikçe, onun, zararın doğmasına veya artmasına sebep olan davranışı, tazminattan indirim sebebi oluşturur¹⁵⁰. Örneğin, zarar gören şoför sarhoşsa, bu

¹⁴⁸ Oser/Schönenberger, s. 408.

¹⁴⁹ Y. 4. HD, 20.10.1949, 5199/5349 (Olgaç, I, s. 425-426, No: 675).

¹⁵⁰ Tandoğan, Mes'uliyet, s. 325; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 598; Tiftik, Akit Dışı, s. 123-124, 125; Eren, İlliyet, s. 198-199; Schwarz, s. 146; Nomer, s. 128-129;

davranışı, ona kusur olarak isnat edilebilir ve kusuru oranında tazminattan indirim yapılabilir¹⁵¹.

§ 3. TÜRK HUKUKUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

I. Genel Olarak Tazminattan İndirim Sebeplerine İlişkin Düzenleme

Haksız fiil sorumluluğunun yaptırımı, haksız fiil sonucunda meydana gelen zararın tazminidir. Bu itibarla, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek zorundadır. Haksız fiilden sorumlu olan kişinin, kural olarak, meydana gelen zararı tümüyle tazmin etmesi gereklidir. Yani, tazminat miktarının zarara denk olması ve böylece zarar görenin malvarlığındaki eksilmenin tümüyle giderilmesi asıldır. Buna, zararın giderilmesinde “*tam tazmin (totalreparation) ilkesi*” denilmektedir¹⁵².

Tam tazmin ilkesinin varlığı, zarar görenin zararının, her zaman tamamen giderileceği anlamına gelmez. Zira, bazı hâllerde, tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, haksız sonuçlar doğurabilir. Şöyle ki, somut olayda gerçekleşen

Oser/Schönenberger, s. 408; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1527; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Güleç (Uçakhan)**, s. 356; **von Tuhr**, s. 99-100; **Funk**, s. 77-78; **Becker**, s. 272; **Ataay**, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Beşinci Basım, İstanbul 1995, s. 115; **Feyzioğlu**, s. 534; **Göktürk**, s. 97; **Azıklı**, s. 101-102.

¹⁵¹ Y. 4. HD, 11.5.1951, 4701/3696 (**Olgaç**, I, s. 424-425, No: 670).

¹⁵² **Feyzioğlu**, s. 532-533; **Eren**, Borçlar, s. 728-729; **Deschenaux/Tercier**, s. 202; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 315; **İnan**, s. 344; **Aybay**, s. 91; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 84; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1483.

özel sebepler, tazminattan bazı indirimlerin yapılmasını ve bu suretle, tazminat miktarının zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. Özellikle, zararlı sonucun doğmasına, zarar verenin yanında, zarar görenin kusuru veya bazı durum ve davranışları ya da umulmayan olaylar da katkıda bulunmuşsa, tazminattan belirli bir oranda indirim yapılması, hakkaniyete daha uygun düşer. Bu düşünceden hareket eden kanun koyucu, Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddelerinde belirtilen durumları, “*tazminattan indirim sebebi*” olarak kabul etmiştir¹⁵³ ¹⁵⁴. BK m. 43/I ve BK m. 44 hükümlerinde, tazminattan indirim sebebi olarak bazı münferit hâller sayılmakla birlikte, BK m. 43/I’de hâkimin, “*hâl ve mevkiin icabına*” göre karar vereceği şeklinde geniş bir ifadeye de yer verilmiştir. Bunun sebebi, somut olayda, hangi özelliklerin tazminattan indirime gidilmesini haklı kılacağıının, önceden soyut ve genel bir hükümle belirlenmesinin zor olmasıdır¹⁵⁵.

BK m. 43/I’de tazminat miktarı belirlenirken, zarar verenin kusurunun ağırlığı ile durum ve şartların, yani olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, zarar verenin kusurunun hafifliği, BK m. 43/I uyarınca, bir tazminattan indirim sebebidir. Bununla birlikte, tarafların ekonomik durumu, zarar görenin bünyevî istidadı, umulmayan hâl ve hatır için yardımda bulunma gibi

¹⁵³ **Eren**, Borçlar, s. 729; **Deschenaux/Tercier**, s. 202; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 315; **İnan**, s. 344; **Feyzioğlu**, s. 533; **Aybay**, s. 91.

¹⁵⁴ Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddelerinin kenar başlıkları, “*tazminat miktarının tayini*” ve “*tazminatın tenkisi*” olarak, farklı amaçları vurgulayacak biçimde ifade edilse de, her iki hüküm de indirim sebeplerini göstermektedir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 83; **Deschenaux/Tercier**, s. 202; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1484).

¹⁵⁵ **Nomer**, s. 64.

durumlar da BK m. 43/I çerçevesinde tazminattan indirim yapılmasını haklı gösteren durum ve şartlardandır¹⁵⁶.

BK m. 44/I’de öngörülen indirim sebepleri ise, zarar görenle ilgilidir. Nitekim, BK m. 44/I hükmüne göre, zarar görenin zarar verici fiile rızası, fiilin hukuka aykırılığını engellemediği durumlarda, bir indirim sebebi oluşturur. Keza, zararın doğmasına veya artmasına katkıda bulunan zarar görenin kusuru da BK m. 44/I anlamında bir indirim sebebidir¹⁵⁷. BK m. 44/II hükmü ise, zarar verenle ilgili bir indirim sebebi öngörmüştür. Buna göre, zarar verenin ağır kusuru yoksa ve zararın tamamını tazmin etmek, zarar vereni güç duruma düşürecek ise, hâkim, hakkaniyet gereği, tazminattan indirim yapabilir¹⁵⁸.

BK m. 43 ve 44’te belirtilen indirim sebepleri, sınırlayıcı nitelikte değildir. Zira, kanunda bazı durum ve şartlara, hâkime ı ışık tutması amacıyla, bir ölçü olması bakımından yer verilmiş olup; hâkim, bir durumun indirim sebebi oluşturup oluşturmadığı hususunda tereddüt edecek olursa, bu kanun hükümlerinden yararlanır. İndirim sebebi sayılan durum ve şartların çeşitliliği ve önceden belirlenememesi sebebiyle, tazminatın belirlenmesinde, hâkimin, adalet, hakkaniyet, hâl ve mevkiin icabı gibi soyut kavramlara dayanarak karar vermesi sağlanarak, indirim sebeplerinin uygulanmasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla, gerek

¹⁵⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 88, 140 vd.; **Nomer**, s. 74, 139 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 729; **Deschenaux/Tercier**, s. 203.

¹⁵⁷ **Eren**, Borçlar, s. 729; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99, 107; **Oğuzman/Öz**, s. 577; **Nomer**, s. 83-84, 103; **Deschenaux/Tercier**, s. 203.

¹⁵⁸ **Nomer**, s. 151 vd.; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 92 vd.

tazminatın indiriminde dikkate alınacak özelliklerin tespiti gerek tazminattan yapılacak indirim miktarının tayini yetkisi hâkime aittir¹⁵⁹.

İndirim sebeplerini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. madde hükümlerinin çok geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Gerçekten, bu maddelerde öngörülen genel kurallar, kusura dayanan sorumluluk ile kusursuz sorumluluk hâllerinin yanında, aksine özel bir hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen sorumluluk türlerinde de uygulanır. Ayrıca, BK m. 98/II hükmü uyarınca, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlar için tazminata hükmedilirken de BK m. 43 ve 44'te öngörülen indirim sebepleri dikkate alınır¹⁶⁰.

Tazminattan indirim sebepleri, Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddelerindeki düzenlemelere dayanılarak, üç grupta incelenebilir¹⁶¹:

- Zarar verene ilişkin indirim sebepleri; zarar verenin kusurunun hafifliği (BK m. 43/I) ile tazminatın ödenmesi durumunda zarar verenin güç duruma düşmesi tehlikesi (BK m. 44/II).
- Zarar görene ilişkin indirim sebepleri; zarar görenin zarar verici fiile rızası ile zarar görenin kusuru (BK m. 44/I).
- Bu iki durumun dışında kalan indirim sebepleri; takdire bağlı indirim sebepleri (umulmayan hâl, bünyevî istidat, hatır için yardımda bulunma, üçüncü kişinin kusuru gibi).

¹⁵⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 84-85; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1484; **Nomer**, s. 64.

¹⁶⁰ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 87.

¹⁶¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 87-88; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 590; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1487-1488, 1489-1490.

Biz, burada, çalışmamızın konusunu oluşturmaması sebebiyle, zarar verene ilişkin indirim sebepleri ile takdire bağlı indirim sebeplerine ilişkin düzenlemeler üzerinde durmayıp, sadece, zarar görene ilişkin indirim sebeplerinden zarar görenin kusuru hakkındaki düzenlemeleri inceleyeceğiz.

II. Zarar Görenin Kusuruna İlişkin Genel Düzenleme (BK m. 44/I)

“*Tazminatın tenkisi*” kenar başlığı altında düzenlenen BK m. 44, tazminatın indirilmesini gerektiren hâl ve durumlara işaret etmektedir. Gerçekten, kanun, bu maddede, tazminatın indirilmesi bakımından bazı teknik sebepleri göz önünde bulundurduğu gibi, hakkaniyet esasını da dikkate alarak, tazminat miktarını sınırlandırmaktadır. Ancak, BK m. 44’te yer alan hâllerin, “*tazminatın tenkisi (indirimi)*” başlığı altında toplanması yanıltıcıdır. Zira, sadece bu hâller değil, kusurun ağırlığı ile hâl ve mevkiin icabı kapsamına giren hâller (yani, BK m. 43/I hükmünün kapsamına giren hâller) de, aslında birer indirim sebebidirler. Hâkim, bütün bu sebepleri göz önünde bulundurarak, tazminattan indirim yapıp yapılmayacağına karar vermektedir (TMK m. 4). Bu itibarla, hâkimin, tazminatı belirlerken dikkate alacağı hâllerin hepsini, “*hâl ve mevkiin icabı*” veya “*indirim sebepleri*” ya da “*somut olayın özellikleri*” şeklinde genel bir başlık altında toplamak mümkündür¹⁶².

¹⁶² Feyzioğlu, s. 533; Saymen/Elbir, s. 500; Tunçomağ, s. 483; Nomer, s. 66.

BK m. 44'te yer alan tazminattan indirim sebeplerini, üç grupta toplamak mümkündür. Bunlar, zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin kusuru ve zarar sorumlusunun, zararın tazmini nedeniyle güç duruma düşecek olmasıdır¹⁶³.

Zarar görenin, zarara razı olması hâlinde, kural olarak, hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Zira, kişilerin hukukî değerleri, kendi iradelerine bağlı olarak korunmuş olup; bir kişinin, hukuk normunun kendisine tanıdığı korumadan vazgeçmiş olması, onu bu yasal korumadan yoksun bırakır. Özellikle, malvarlığı haklarının ihlâlüne gösterilen rıza, ihlâl teşkil eden fiili hukuka uygun hâle getirerek, faili sorumluluktan kurtarır¹⁶⁴. Buna karşılık, bazı hakların ihlâlüne rıza gösterilmesi, ihlâl teşkil eden fiilin hukuka aykırılığını engelleyemez. Zira, rıza, ancak, rıza beyanında bulunan kişinin, üzerinde tasarruf edebileceği haklara ve değerlere ilişkin olduğu takdirde geçerli olur. Örneğin; bir kişi, hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde dilediği gibi tasarruf edemez; onun tasarruf yetkisi, kişiliğine zarar vermemesi şartına bağlıdır (TMK m. 23, BK m. 20). O hâlde, kişinin, hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı gibi kişilik hakkına dahil değerlerine yönelik ihlâllere gösterdiği rıza

¹⁶³ **Tunçomağ**, s. 483. Zarar sorumlusunun, zararın tazmini nedeniyle güç duruma düşecek olması, BK m. 44/II'de düzenlenen ve hakkaniyet düşüncesine dayanan bir indirim sebebi olup; çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan zarar görenin kusuru kavramı, BK m. 44/I'de düzenlendiği için, burada, sadece BK m. 44/I hükmünü inceleyeceğiz.

¹⁶⁴ **Eren**, Borçlar, s. 564; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 489; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 204; **Nomer**, s. 102-103.

geçersizdir¹⁶⁵. Hukukî bakımdan geçersiz olan bir rıza ise, hukuka aykırılığı engelleyememekle birlikte, tazminatın, BK m. 44/I uyarınca, indirilmesine ve hatta, bazı istisnai hâllerde tamamen kaldırılmasına yol açar. Dolayısıyla, BK m. 44/I’de sözü edilen rıza, hukuka aykırılığı engellemeyen rızadır¹⁶⁶.

Zarar görenin kusuru, BK m. 44/I’in en önemli uygulanma durumunu oluşturur. BK m. 44/I’e göre, “*Mutazarrır olan taraf, ...kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde, hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir*”¹⁶⁷. Hükmün incelenmesinden anlaşılabacağı gibi,

¹⁶⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 490; **Dural**, Mustafa /**Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2009, s. 98; **Nomer**, s. 103; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205.

¹⁶⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 490-491; **Dural/Öğüz**, s. 98; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100; **Nomer**, s. 103-104; **Eren**, Borçlar, s. 564; **Oğuzman/Öz**, s. 502.

¹⁶⁷ Görüldüğü gibi, BK m. 44/I’de, zarar görenin kusuru deyimine yer verilmemiş; objektif olarak zarar görenin fiillerinden bahsedilmiştir. Ancak, zarar görenin kusuru deyimini, doktrin ve mahkeme içtihatlarında yerleşmiştir (**Oğuzman/Öz**, s. 579-580). Biz de, daha önce belirttiğimiz nedenlerden ötürü, bu çalışmada, zarar görenin kusuru deyimini kullanmayı uygun bulmaktayız (Bkz. yukarıda § 2, I). Kaynak Kanun’un 44. maddesinde de, zarar görenin kusuru ifadesi yerine, “zarar görenin sorumlu olduğu durumlar (Umstände, für die er einstehen muss)” şeklinde geniş bir ifade kullanılmıştır. Buna karşılık, 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu’nun, yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44/I maddelerine karşılık gelen 51. maddesinde zarar görenin kusuru ifadesine yer verilmekteydi (**Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 12; **Gönensay**, s. 189; **von Tuhr**, s. 99; **Oser/Schönenberger**, s. 405-406). Alman Medenî Kanunu’nda da (BGB § 254’te de), zarar görenin kusuru (Mitverschulden) ifadesi kullanılmıştır. BGB § 254’e göre, zarar görenin, zararın meydana gelmesine katkıda bulunan bir kusuru mevcut

burada, zarar görenin fiilinden söz edilmiş ve bunun hangi durumlarda indirim sebebi olarak dikkate alınacağı belirtilmiştir. Oysa, zarar görene yüklenebilen hâller, sadece onun fiillerinden ibaret değildir. Nitekim, Kaynak Kanun’da (İsviçre Borçlar Kanunu’nda), isabetli olarak, “*zarar görenin sorumlu olduğu hâl (ve şartlar)*” şeklinde geniş bir ifade kullanılmıştır. BK m. 44/I hükmü de, bu şekilde geniş yorumlanmalıdır. Buna göre, zarar görene yüklenebilen durumlar, zarar görenin kendisi değil de, bir başkası zarara uğramış olsaydı, sorumlu olmasına yol açacak durumlardır. İşte, zarar görenin, bir başkası zarara uğramış olsaydı, sorumlu olmasına yol açacak bu durumlar, kendisinin zarara uğradığı hâllerde ise, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi oluşturmaktadırlar¹⁶⁸. Buna karşılık, bazı yazarlara göre, Türk kanun koyucusu, “*zarar görenin fiili*” ibaresini kullanmakla, Kaynak Kanun’a göre hükmü daraltmış ve zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartları, onun fiilleriyle sınırlandırmıştır. Zira, durum ve şartlar kavramı, fiil kavramına göre daha geniştir. Bu görüşü benimseyen yazarlar, metinde bir çeviri hatası bulunmadığını, kavramların, Türk kanun koyucusunun iradesiyle değiştirildiğini kabul etmekte ve bu nedenle, BK m. 44/I hükmünün geniş yorumlanmaması gerektiğini savunmaktadırlar. O hâlde, bu görüşe göre, zarar görenin, sorumlu olduğu bütün durum ve şartlar değil; sadece, zararın doğmasına

ise, ödenecek tazminat miktarının tayini, olayın özelliklerine göre, zarara, daha ziyade hangi tarafın sebebiyet verdiğinin bilinmesine bağlıdır (**Magnus/Martin-Casals**, s. 75; **Arsebük**, s. 143, dn. 15; **von Tuhr**, s. 98; **Gönensay**, s. 189). Anglo Amerikan Hukukunda da, zarar görenin kusuru (contributory negligence) ifadesi kullanılmaktadır. Yine, 1945 tarihli İngiliz Hukuk Reformu Kanunu’nda da, zarar görenin kusuru (contributory negligence) ifadesine yer verilmiştir.

¹⁶⁸ **Nomer**, s. 82; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 13.

veya artmasına sebep olan fiilleri, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi oluşturmaktadır. Zarar görenin fiilleri dışındaki hâllerin ise, BK m. 43/I'deki “*hâl ve mevkiin icabı*” ibaresi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶⁹.

Zarar görene yüklenebilen hâllerin, tazminatın indiriminde rol oynayabilmesi, BK m. 44/I hükmünün ifadesiyle, bunların, “zararın ihdasına veya tezayüdüne yardım etmesine” ve “zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırmasına” bağlıdır. Kaynak Kanun’un 44. maddesinin 1. fıkrasında, “tazminat sorumlusunun durumunu diğer bir surette ağırlaştırdığı (die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben)” ifadesi, hüküm içinde bağımsız bir şekilde, yani, önceki iki duruma “veya” bağlacıyla bağlı olarak yer almışken; aynı ifade, kasıtlı olmayarak, Borçlar Kanunumuzda, önceki iki duruma “ve” bağlacıyla bağlanmıştır. Bu itibarla, metindeki “ve” sözü, Kaynak Kanun’daki gibi “veya diğer bir surette” şeklinde anlaşılmalı ve “zararı yapan şahsın hâl ve mevkiinin ağırlaştırılması” ifadesinin, önceki iki durumdan ayrı bir ifade olduğu kabul edilmelidir¹⁷⁰. Buna göre, zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartların, tazminatın indiriminde dikkate alınabilmesi için, aşağıdaki üç durumdan birinin gerçekleşmiş olması aranır.

Zarar görene yüklenebilen hâller, zararın doğmasında etkili olmuş olabilirler. Örneğin; yayalar için kırmızı ışık yandığı hâlde, karşıdan karşıya geçmeye çalışan bir yayaya, çok süratli giden bir aracın çarpması hâlinde, zararın doğmasına, aracın işletilmesinin yanında, zarar görenin dikkatsiz davranışı da katkıda bulunmuştur.

¹⁶⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113, dn. 175. Zarar görene ait işletme tehlikesi bakımından, **Tiftik**, Akit Dışı, s. 161, dn. 462.

¹⁷⁰ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 112, dn. 174; **Nomer**, s. 82.

Keza, zarar görenin uğradığı zarara, tutucusu olduğu hayvanın yeterli gözetilmemesinin sebep olduğu veya zarar görene ait bir yapı eserinin zarara uğramasında, bu yapı eserinin eksik bakımının da rol oynadığı hâllerde de, zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartlar, zararın doğmasında etkili olmuştur¹⁷¹.

Zarar görene yüklenebilen hâller, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkarak, doğmuş olan zararın artmasına da yol açabilirler. Örneğin; parmakları kesilen zarar görenin, hastaneye gitmemesi nedeniyle kangren olup ölmesi, zarar görenin, çalışma gücünü azaltan bedensel zararlarda, haklı bir sebep olmaksızın, zararı azaltacak bir ameliyat veya tedaviye rıza göstermemesi ya da meslek değiştirmekten kaçınması, hasara uğrayan motorlu bir aracın, zamanında bir tamirhaneye götürülüp tamir ettirilmemesi gibi hâllerde zarar gören, zararın doğmasına değil, doğmuş olan zararın artmasına katkıda bulunmuştur¹⁷².

Zarar görene yüklenebilen hâller, tazminat sorumlusunun durumunu, yukarıda belirtilen iki hâlin dışında, diğer bir surette de ağırlaştırmış olabilir. Her ne kadar, ilk iki hâl sorumlu kişinin durumunu ağırlaştıran hemen hemen bütün hâlleri kapsıyor olsa da, BK m. 44/I’de ayrıca anılan “tazminat sorumlusunun hâl ve mevkiini ağırlaştırma” durumunun, bu iki hâlin yanında, çok cüzi de olsa, bağımsız bir anlamı bulunmaktadır¹⁷³. Örneğin; hâkim, rücu imkânı bulunan, ancak, zarar görenin,

¹⁷¹ **Nomer**, s. 82; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 129.

¹⁷² **Nomer**, s. 82; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 119.

¹⁷³ **Nomer**, s. 82-83; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 112, dn. 174. Bununla birlikte, bu ifadenin, önceki iki durumdan ayrı bir anlamı olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 112, dn.174’te belirtilen yazarlar).

elindeki ispat araçlarını ortadan kaldırması veya saklamaması nedeniyle, zarardan sorumlu olan diğer kişilere rücu edemeyen sorumlunun, bu durumunu, “tazminat sorumlusunun hâl ve mevkiinin ağırlaştırılması” olarak değerlendirip, tazminattan indirim yapabilir¹⁷⁴. Aynı şekilde, zarar görenin yaptırması gereken bir sigortayı yaptırmamış olması da, tazminat sorumlusunun durumunu ağırlaştıran ve dolayısıyla, tazminatın indirimine yol açan hâllerden biri olarak değerlendirilebilir¹⁷⁵.

Zarar görene yüklenebilen hâllerden birinin bulunması hâlinde, hâkim, somut olayın bütün özelliklerini birlikte değerlendirir ve tazminattan indirim yapıp yapılmayacağına karar verir. Diğer bir deyişle, hâkim, zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanması gerektiğini belirler. Bu ise, genellikle, zararın, %70’i veya %40’ı sorumlu kişi tarafından karşılanacaktır, şeklinde ifade edilir. Hâkim, tazminat miktarını bu şekilde bir defada belirler; yoksa önce bir tazminat miktarı belirlenip bundan bir indirim yapılması söz konusu değildir. Burada tazminat yükümlülüğünde belirli bir oranda (%30, %60 gibi) indirim yapılmaktadır. Böylece zararın, bu belirlenen orana karşılık gelen kısmı, zarar görenin üzerinde kalırken; geri kalan kısmı da, sorumlu kişi tarafından karşılanmaktadır. Tazminat miktarı ise, sorumlu kişiye düşen oranın, zarar miktarı ile çarpılması sonucunda, bir defada bulunmaktadır. Bu itibarla, Borçlar Kanunu’nun 44. maddesinin “Tazminatın tenkisi” şeklindeki başlığı, tazminat yükümlülüğünde indirim yapılması şeklinde anlaşılmalıdır¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Nomer, s. 83; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 312.

¹⁷⁵ Nomer, s. 83, dn. 105; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 312.

¹⁷⁶ Nomer, s. 67.

BK m. 44/I hükmü, hâkime, tazminattan indirim yapabilme yetkisi yanında, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi de tanınmaktadır¹⁷⁷. Esasen, zarar sorumlusunun, sorumluluktan tamamen kurtarılması, ancak, zarar görenin kusurunun, zarar verici fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaştığı hâllerde haklı görülebilir. Bununla birlikte, illiyet bağıını kesecek yoğunluktaki zarar görenin kusuru, BK m. 44/I’de öngörülen hükme başvurulmaksızın da sorumluluktan kurtulmayı mümkün kılan bir yol olduğu için, ilgili fıkarda, zarar görenin kusurunun, illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı hâllerin kastedildiği kabul edilmelidir. Zira, zarar görenin kusuru, illiyet bağıını kesecek yoğunluktaysa, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmediğinden, sorumluluk baştan itibaren kurulmuş olmadığı için, hâkimin, BK m. 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçmesi de söz konusu olmaz. Bu itibarla, hâkimin, zarar görenin kusuru nedeniyle, BK m. 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçmesinin haklı sayılabilmesi için, zarar görenin kusurunun, zarar verici fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesecek yoğunlukta olmamakla birlikte, buna yakın yoğunlukta olması gerekmektedir. Bu nedenle, hâkimin, BK m. 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçmesine, ancak nadir olarak rastlanacağı

¹⁷⁷ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 132-133; **Nomer**, s. 68. Görüldüğü üzere, BK m. 44/I hükmü ile hâkime, indirim sebeplerinin uygulanması bakımından, MK m. 4 anlamında bir takdir yetkisi tanınmıştır. Zira, BK m. 44/I’deki “...zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir” ifadeleri, hâkime takdir yetkisi tanınmış olduğunu gösterir. Bu itibarla, hâkim, somut olaydaki indirim sebebinin, hangi ölçüde bir indirimi gerektirdiğine takdiren karar verecektir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 85). Hâkimin takdir yetkisi üzerinde daha sonra ayrıntılı olarak duracağımızdan, burada konuya değinmekle yetiniyoruz.

söylenebilir¹⁷⁸. Yargıtay da, BK m. 44/I uyarınca tazminata hükmetmekten vazgeçilmesinin, ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir¹⁷⁹.

A) BK m. 44/I İle BK m. 43 Arasındaki İlişki

Türk Hukukunda tazminatın tayini ile ilgili hükümler, daha önce de ifade edildiği üzere, Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir. BK m. 43 ile BK m. 44 arasında birçok yönden benzerlik bulunmaktadır. Şöyle ki; Borçlar Kanunu’nun 43. ve 44. maddelerinin kenar başlıkları, “tazminat miktarının tayini” ve “tazminatın tenkisi” olarak, farklı amaçları vurgulayacak biçimde ifade edilmekte ise de, her iki hüküm de tazminattan indirim sebeplerini düzenlemektedir¹⁸⁰. Yine, her iki hüküm de hâkimin takdir yetkisi ile ilgili olup, bu hükümlerde, hâkime, indirim sebeplerinin uygulanmasında TMK m. 4 anlamında bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Nitekim, BK m. 43/I’de “*hâl ve mevkiin icabı*”, BK m. 44/I’de “*zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir*” ifadeleriyle, hâkimin takdir yetkisine atıf yapılmaktadır. Özellikle, BK m. 43/I hükmü ile hâkime, tazminatın kapsamını tayin hususunda büyük bir takdir serbestisi tanınmıştır. Şöyle ki; hâkim, somut olaydaki bir indirim sebebinin, hangi ölçüde bir indirimi gerektirdiğine takdiren karar verir. Hatta, herhangi bir durum veya şartın, indirim sebebi oluşturup oluşturmadığına karar vermek dahi hâkimin takdirindedir¹⁸¹. Son

¹⁷⁸ Tiftik, Akit Dışı, s. 132-133; Nomer, s. 68.

¹⁷⁹ Y. 4. HD, 12.04.1984, 3198/3741 (Tiftik, Akit Dışı, s. 203 vd.).

¹⁸⁰ Tiftik, Akit Dışı, s. 83-84; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1484.

¹⁸¹ İyimaya, Ahmet, Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1995, s. 116; Tiftik, Akit Dışı, s. 85; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1484; Nomer, s. 64.

olarak, gerek BK m. 43/I gerek BK m. 44/I hükümlerinde düzenlenen indirim sebepleri, her türlü sorumlulukta uygulanan ve hâkim tarafından re'sen gözetilen sebeplerdir. Gerçekten, bu maddelerde öngörülen indirim sebepleri, kusura dayanan sorumluluk ile kusursuz sorumluluk hâllerinde ve aksine bir hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen tüm sorumluluk türlerinde uygulanmaktadır¹⁸².

BK m. 43/I ile BK m. 44/I hükümleri arasında birtakım farklılıklar da bulunmaktadır. Şöyle ki; BK m. 43/I hükmü, BK m. 44/I hükmünü kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Zira, BK m. 43/I'de yer alan “*hâl ve mevkiin icabı*” ifadesi, genel bir ifade olup, BK m. 44/I'de sayılan indirim sebeplerini de kapsayıcı niteliktedir. Yani, BK m. 44/I'de düzenlenen indirim sebepleri, BK m. 43/I'de yer alan “*hâl ve mevkiin icabı*” çerçevesinde göz önünde tutulabilecek bazı özel durumlardır. Bu nedenle, BK m. 44/I hükmünün, BK m. 43/I'in özel bir hâli olarak düzenlendiği söylenebilir^{183 184}. BK m. 43/I ile BK m. 44/I arasındaki diğer bir fark

¹⁸² İyimaya, s. 116; Tiftik, Akit Dışı, s. 87.

¹⁸³ Tiftik, Akit Dışı, s. 84; Oser/Schönenberger, s. 405; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1484; Becker, s. 266; Kısagün, Müterafik Kusur 1961, s. 11; Özdemir/Velidedeoğlu, s. 113; İyimaya, s. 115; Oğuzman/Öz, s. 577.

¹⁸⁴ İyimaya, BK m. 43/I ile BK m. 44/I hükümleri arasındaki ilişkiyi, genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olarak nitelendirmektedir. İyimaya'ya göre, BK m. 43/I hükmünün öngördüğü tazminatın “hâl ve mevkiin icabına” göre belirlenmesi kuralı, genel bir kuraldır. BK m. 44/I hükmünde yer alan, zarar görenin rızası, zarar görenin kusuru gibi hâllerin varlığı hâlinde, hâkimin, tazminattan indirim yapabilmesi veya tazminata hükmetmekten vazgeçebilmesi kuralı ise, özel kural niteliğindedir. Bu nedenle, BK m. 44/I'deki indirim sebepleri söz konusu olduğunda, BK m. 44/I hükmü göz ardı edilerek, BK m. 43/I'deki “hâl ve mevkiin icabı” ölçüsüne dayanılarak indirime

ise, bu hükümlere bağlanan hukukî sonuçlarla ilgilidir. Gerçekten, BK m. 44/I’de, hâkime, sadece, tazminatı indirme yetkisi değil, tazminat talebini tamamen reddetme yetkisi de tanınmıştır. Yani, BK m. 44/I’deki indirim sebeplerinden birinin varlığı hâlinde, tazminattan indirim yapılabilmesinin yanında, tazminata hükmetmekten vazgeçilmesi de mümkündür. Buna karşılık, BK m. 43/I kapsamında değerlendirilen bir indirim sebebine dayanılarak, tazminat sorumluluğunun tamamen kaldırılması mümkün olmayıp, bu hüküm uyarınca, tazminattan, ancak kısmî bir indirim yapılabilir. Zira, bu hükümde, BK m. 44/I’den farklı olarak, tazminat talebinin tamamen reddedilmesinden bahsedilmemektedir. Bu itibarla, kanun koyucunun, BK m. 43/I hükmü ile, sadece, tazminattan indirim yapılmasını amaçladığı kabul edilmelidir¹⁸⁵. Öte yandan, BK m. 43/I’de, hâkime, tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmamış olmasının büyük bir pratik önemi bulunmamaktadır. Zira, üçüncü kişinin kusurunun veya mücbir sebebin, zararın meydana gelişinde oynadığı rolün ağırlığına göre, hâkim, illiyet bağının bu sebeple kesilmiş olduğundan hareketle, tazminata hükmetmemek imkânına her zaman sahiptir¹⁸⁶. Son olarak, BK m. 44/I’de öngörülen indirim sebepleri, sadece zarar gören aleyhine dikkate alınırken; BK m. 43/I uyarınca “*hâl ve mevkiin icabı*” çerçevesinde değerlendirilen hâllerin yükü, somut olayın durumuna göre, taraflar arasında paylaştırılmaktadır¹⁸⁷.

gidilemez. Bu husus, genel hükümle özel hüküm karşılaştığı zaman, olaya özel hükmün uygulanacağı kuralının bir sonucudur (İyimaya, s. 115-116).

¹⁸⁵ Tiftik, Akit Dışı, s. 86-87,142; Kısagün, Müterafik Kusur 1961, s. 12; Becker, s. 266.

¹⁸⁶ Nomer, s. 68.

¹⁸⁷ Nomer, s. 145.

B) Zarar Görenin Bünyevî İstidadının BK m. 44/I Kapsamında Değerlendirilemeyeceği

Zarar görenin bünyevî istidadı da, zarar görenin kusuru gibi, zararın doğmasını kolaylaştırmış ya da zararın artmasına sebep olmuş olabilir.

Bünyevî istidat, insan bedeninin, doğuştan olan veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık, eksiklik veya yapısal bir bozukluk yüzünden, zarar görmeye olağanüstü elverişliliğini veya zarar verici fiil ya da olaylara, normalin üstünde tepki gösterme eğilimini ifade eder¹⁸⁸. Örneğin, sağlıklı bir insanın ölümüne yol açmayacak hafif bir yaralanmanın, hemofili (kanın pıhtılaşmaması) hastalığı bulunan bir kimsenin ölümüne yol açması¹⁸⁹, kalbinde tümör bulunan bir kimsenin, bu tümörün, dolaşım yetersizliğine sebep olması nedeniyle, basit bir ameliyat sonucunda ölmesi¹⁹⁰, çenesine röntgen ışınları uygulanan bir hastanın, cildinin, röntgen ışınlarına aşırı duyarlı olması nedeniyle, yüzünde sabit ve ağır izler oluşması¹⁹¹ ve kafatasında doğuştan çatlak bulunan bir kimsenin, öldürücü olmayan bir darbe sonucunda ölmesi¹⁹² hâllerinde, zarar, zarar görenin bünyevî istidadı sonucunda doğmuş ya da artmıştır. Keza, kuduz aşısı uygulanan hastanın, aşıya karşı alerjisi nedeniyle

¹⁸⁸ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 154; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 327; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 135.

¹⁸⁹ Y. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184 (**Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 650).

¹⁹⁰ Y. HGK, 24.6.1964, E. 508/D-4, K. 481 (**Olgaç**, Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul 1969, s. 288, No: 18).

¹⁹¹ Y. 4. HD, 17.12.1976, 692/11046 (**Hukuktürk** İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹² **Eren**, Borçlar, s. 738.

ölmesi¹⁹³, kalp yetmezliği bulunan bir kimsenin, kalp yetmezliğinin öldürücü nitelikte olmayan bir müessir fiille birleşmesi sonucunda ölmesi¹⁹⁴, trafik kazası sonucunda ameliyat geçirmek zorunda kalan bir kimsenin, ameliyat esnasında verilen narkoza dayanıksızlığı nedeniyle ölmesi¹⁹⁵ ve erin, yanaşık düzen eğitimi sonunda, takımın safta toplanması sırasında kalp krizi geçirerek ölmesi¹⁹⁶ gibi hâllerde de, zararın doğmasında veya artmasında, zarar görenin bünyevî istidadı rol oynamıştır. Zarar görenin, fizikî anormalliklerinin yanı sıra, ruhî bozuklukları da bünyevî istidat kavramına dâhildir¹⁹⁷. Örneğin; ruhî hastalıklara yatkın olan bir kimsenin, bir otomobil kazası sonucunda, ciddî ruhî bozukluklar yaratan bir beyin sarsıntısına maruz kalması hâlinde, zararın doğmasında ya da artmasında, bu kimsenin bünyevî istidadının da etkisi olmuştur¹⁹⁸. Buna karşılık, zararın meydana gelmesinde genel bir elverişlilik teşkil etmeyen basit fizikî bozukluklar, örneğin yaşlı insanların uzun bir

¹⁹³ Y. 2. CD, 20.11.1991, 10834/11895 (**Hukuktürk** İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹⁴ Y. 4. HD, 12.11.1984, 7228/8290 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 647-648; **Uygur**, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt, Madde 41-50, Ankara 2003, s. 2027-2028).

¹⁹⁵ Y. 4. HD, 4.12.1984, 8335/9043 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 648-649).

¹⁹⁶ “...Kardiyoloji Anabilim Dalı Başkanlığından re’sen seçilen bilirkişiler...tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda; ...vefatına neden olan kalp krizinin bünyesel nedenlere bağlı olduğu, yanaşık düzen eğitiminin sebep ve tesirinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunda karar vermenin mümkün olmadığı belirtilmiştir...”: AYİM 2.D, 3.11.2004, E. 2003/30, K. 2004/827 (http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_karar_detay.asp?IDNO=4171&ctg=00000200003000000200 0004, Erişim Tarihi: 15.8.2008).

¹⁹⁷ **Eren**, Borçlar, s. 738; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 154; **Nomer**, s. 144.

¹⁹⁸ RO 80 II 348 (**Oftinger/Jeanpretre**, s. 349 vd.).

tedavi sürecini gerektiren zayıf kemik yapıları veya genel durumları, bünyevî istidat kapsamında değerlendirilemez¹⁹⁹.

Bünyevî istidat, zararın doğmasında veya artmasında rol oynamasına rağmen, zarar görenin kusuru olarak kabul edilemez. Zira, bünyesinin zarar görmeye elverişli olması, zarar görenin iradesinden bağımsız bir durum olup, ona, kusur olarak isnat edilemez. Başka bir deyişle, hiç kimse, zarar görmeye elverişli bir bünyeye sahip olduğu için kınanamaz ve dolayısıyla kusurlu sayılamaz²⁰⁰. Gerçekten, bünyevî istidatta, doktora derhâl başvurmamak, hayatî tehlike arz etmeyen zorunlu bir tedaviye razı olmamak, ilaçları, doktor tavsiyesine uygun olarak almamak veya pansumanları ihmal etmek gibi, zarar görene yüklenebilecek kusurlu bir davranıştan söz edilemez. Böyle bir davranış söz konusu olmayınca, BK m. 44/I'nin uygulanması da mümkün olmaz. Ancak, bünyevî istidat, sorumlu kişi tarafından öngörülemez olacak olağanüstü bir hâl teşkil ettiği için, bu durumda, sorumlu kimsenin tam tazminat ödemesi de hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu nedenle, zarar görenin bünyevî istidadı, BK m. 44/I'den daha geniş bir uygulama alanına sahip olan ve hâkime, “*hâl ve mevkiin icabına göre*” tazminatı belirleme yetkisi veren BK m. 43/I hükmü uyarınca, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmelidir^{201 202}. Doktrindeki baskın görüş

¹⁹⁹ Tiftik, Akit Dışı, s. 155.

²⁰⁰ Tiftik, Akit Dışı, s. 155; Nomer, s. 144; Feyzioğlu, s. 540.

²⁰¹ Y. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184; Y. 4. HD, 12.11.1984, 7228/8290; Y. 4. HD, 4.12.1984, 8335/9043 (Karahasan, Maddi Tazminat, s. 647 vd.).

²⁰² Bünyevî istidat nedeniyle tazminattan yapılacak indirimin, BK m. 43/I'e dayandırılmasının, BK m. 44/I'e dayandırılmasından farkı, BK m. 43/I'de, BK m. 44/I'den farklı olarak, hâkime, tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisinin tanınmamış olmasıdır. Bu itibarla, bünyevî istidatın illiyet bağıını kesmediği hâllerde, hâkim, tazminattan, sadece indirim yapabilir; yoksa,

de, bünyevî istidadın, BK m. 43/I anlamında, tazminattan indirim yapılmasını haklı gösteren bir durum olduğu yönündedir²⁰³. Buna karşılık, bazı yazarlar, kimse fizikî veya ruhî bozukluklarından dolayı kınanamayacağı için, bünyevî istidadın, hiçbir şekilde tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedirler²⁰⁴. Yargıtay da, bir kararında, tramvay çarpması nedeniyle ölen zarar görenin, hastalıklı olduğunu ve ölüm olayının, onun bu hastalıklı hâli ile çarpma olayının birleşmesi sonucunda meydana geldiğini saptamasına rağmen, zarar görenin hastalıklı bünyesinin, çarpma olayına eklenmesinin hayatın zaruretlerinden olduğu gerekçesiyle, tazminattan indirim yapılmamasına karar vermiştir²⁰⁵.

Şeydeki (maldaki) bozukluk da bünyevî istidat gibi göz önünde bulundurulur. O hâlde, zarar görenin malvarlığında bulunan ve hasara uğrayan bir maldaki bozukluk veya ayıp, zararı doğuran ya da artıran sebeplerden birini oluşturuyorsa, bu hâlde de zarar görene ödenecek tazminattan, maldaki bozukluk veya ayıp nedeniyle indirim yapılabilir. Maldaki bozukluk veya ayıp nedeniyle yapılacak indirim de, zarar görenin kusuruna (BK m. 44/I) değil, hâl ve mevkiin icabına (BK m. 43/I) dayandırılabilir. Zira, burada da, zarar görene yüklenebilen bir durum bulunmayıp,

tazminata hükmetmekten vazgeçemez. Zarar görenin bünyevî istidadı, ancak illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmışsa, tazminata hükmedilmez. Esasen, bu hâlde, bünyevî istidat, mücbir sebep niteliğini almış olup, sorumluluktan kurtaran bir sebep teşkil etmektedir.

²⁰³ **Eren**, Borçlar, s. 738; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 155; **Nomer**, s. 144; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 135; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 327; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1962, s. 11; **İnan**, s. 347; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 600; **Oğuzman/Öz**, s. 584; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1526; **Güleç (Uçakhan)**, s. 353, 356; **Öztürkler**, s. 135.

²⁰⁴ **Oser/Schönenberger**, s. 409; **Feyzioğlu**, s. 540.

²⁰⁵ Y. 4. HD, 4.11.1944, 1353/3467 (**Olgaç**, I, s. 426, No: 676).

hiç kimse, bozuk veya ayıplı bir mala sahip olmasından dolayı kusurlu sayılamaz. Ancak, şeydeki bozukluk nedeniyle zarara uğrayabileceğinin farkında olan bir kimsenin gerekli tedbiri almaması, kusurlu bir davranıştır. Örneğin, arsanın, inşaat hâlindeki binanın yıkılmasına yol açan durumunu, kullandığı yardımcı kişiler vasıtasıyla öğrenebilecek durumda olan eser sahibinin, gerekli tedbirleri almamış olması, ona, kusur olarak isnat edilebilir ve dolayısıyla tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir²⁰⁶.

Zarar görenin bünyevî istidadı, insan davranışından bağımsız bir durum olduğundan, umulmayan hâlin bir türü olarak incelenebilir. Bu nedenle, umulmayan hâl ile ilgili olarak belirtilen hususlar, bünyevî istidat bakımından da geçerlidir²⁰⁷. Burada da, umulmayan hâl (bünyenin zarar görmeye elverişli olması) ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Başka bir deyişle, umulmayan hâl (bünyevî istidat), zararı doğuran ya da artıran ortak veya kısmî sebeplerden birini oluşturmalıdır. Örneğin; (A)'nın, hemofili hastası (B)'yi hafif şekilde yaralaması ve (B)'nin kan kaybından ölmesi olayında, (A)'nın haksız fiili ile (B)'nin bünyevî istidadı birleşerek ölümü (zararı) meydana getirmektedir. Bu nedenle, hem (A)'nın davranışı hem de (B)'nin bünyevî istidadı, zararın uygun sebebinin teşkil etmektedir. Burada, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığının tespitinde, fiilin işlendiği sırada mevcut olmasına rağmen, zarar veren tarafından bilinmeyen ve bilinmesi gerekmeyen olaylar da dikkate alınır. Yani, değerlendirme, bir kimsenin hafif şekilde yaralanmasının onun ölümüne sebep olup olamayacağına göre değil, hemofili hastası olan bir kimsenin, hafif şekilde yaralanmasının, onun ölümüne sebep olup

²⁰⁶ **Nomer**, s. 144, dn. 393; **Eren**, Borçlar, s. 739; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 329.

²⁰⁷ **Nomer**, s. 145-146; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 155; **Eren**, Borçlar, s. 738.

olamayacağına göre yapılır. Hemofili hastasının hafif şekilde yaralanması, genel olarak onun ölümüne sebep olabilecek nitelikte olduğundan, yaralama fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı mevcuttur²⁰⁸. Yaralama fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasına rağmen, zarar görenin neden tam tazminat alamadığı veya bünyevî istidat, zarar veren tarafından önceden bilinmeyen ve bilinmesi de gerekmeyen bir durum olmasına rağmen, zarar verenin neden tazminat yükümlülüğünden tamamen kurtulamadığı, yani, bünyevî istidadın neden bir indirim sebebi olduğu şöyle açıklanabilir: Sırf bünyevî rahatsızlıklarından dolayı meydana gelen zararlara katlanan zarar gören, bu rahatsızlıklarının, başka olaylarla birleşmesinden doğan zararların da bir kısmına katlanmalıdır. Ayrıca, bünyevî istidat, zararı doğuran ya da artıran kısmî sebeplerden biri olduğuna göre, bünyevî istidadın oluşturduğu bu kısmî sebep-sonuç ilişkisinden, zarar vereni sorumlu tutmak, onu, sebebiyet vermediği olayların sonucundan da sorumlu tutmak olur ki, bu da hakkaniyetle bağdaşmaz. Ancak, zarar verenin hukuka aykırı davranışı olmasaydı, bünyevî istidadın, zarara sebep olmayacağı veya daha az miktarda zarara sebep olacağı da göz ardı edilemez. O hâlde, bünyevî istidadın tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesiyle, bünyevî zayıflığın yükünün, taraflar arasında dengeli bir biçimde paylaştırıldığını söylemek mümkündür²⁰⁹.

Zarar görenin bir davranışı veya kusuru olmamakla birlikte, hakkaniyet gereği tazminatın indiriminde dikkate alınması gereken bir durum olan bünyevî istidat, zararı doğuran ya da artıran ortak veya kısmî sebeplerden biri olması şartıyla, hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta, tazminattan indirim sebebi

²⁰⁸ Nomer, s. 145-146; Eren, Borçlar, s. 737.

²⁰⁹ Nomer, s. 146; Eren, Borçlar, s. 738.

olarak dikkate alınır²¹⁰. Bünyevî istidat nedeniyle tazminattan ne kadar indirim yapılacağı, hâkimin takdirindedir. Hâkim, tazminattan indirime karar verirken, bünyevî istidadın, zarara sebep olmadaki payını, yani, ne oranda zararın kısmî sebebi olduğunu tespit etmeli ve bu oranda indirim yapmalıdır^{211 212}. Örneğin, hemofilili hasta örneğinde, (A), ufak bir dikkatsizlik sonucunda, hemofili hastası olan (B)'nin elini keser ve (B)'nin ölümüne yol açarsa, hâkim, kusurlu hareketin zarar vermeye elverişliliği ile hemofili hastalığının zarar vermeye elverişliliğini karşılaştırıp, büyük oranda indirim yapabilir. Eğer (A), kasten (B)'yi bıçaklamışsa, hâkim, daha düşük oranda indirim yapabilir; hatta, hiç indirim yapmayabilir. Eğer (A), (B)'nin bünyevî istidadını bilerek fiili işlemişse, artık umulmayan bir hâlin varlığından söz edilemez ve (A), bünyevî istidadın bütün sonuçlarına katlanır²¹³.

Zarar görenin bünyevî istidadı ile ilgili son olarak, Anglo-Amerikan, Alman ve İsviçre Hukukundaki uygulamalara değinmekte fayda vardır. Anglo-Amerikan

²¹⁰ **Eren**, Borçlar, s. 738; **Nomer**, s. 144; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 155.

²¹¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 156; **Nomer**, s. 146, dn. 401.

²¹² İsviçre Federal Mahkemesi, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle tazminatın indirilmesinde, bünyevî istidadın, zarara sebep olmadaki payını değil, uygun illiyet kuramını esas almaktadır. Buna göre, zarar veren, ancak, olayların olağan akışı içinde ve hayat tecrübelerine göre meydana geleceği düşünülebilen sonuçlardan sorumlu tutulabilir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 156). Yargıtay ise, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle tazminattan, BK m. 43/I çerçevesinde, hakkaniyete göre indirim yapılmasını kabul etmekte; ancak, bünyevî istidadın, zarara sebep olmadaki payından mı, yoksa, uygun illiyet kuramından mı hareket edilmesi gerektiğini açık olarak ortaya koymamaktadır: Y. 4. HD, 5.11.1984, 6092/8184; Y. 4. HD, 12.11.1984, 7228/8290; Y. 4. HD, 4.12.1984, 8335/9043 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 647 vd.).

²¹³ **Nomer**, s. 146-147.

Hukukunda, Türk Hukukunda olduğu gibi, bünyevî istidadın, kural olarak, zarar görene kusur olarak isnat edilemeyeceği kabul edilmekte olup, bu husus, “*Sorumlu kişi, zarar göreni olduğu gibi kabul etmelidir (The defendant takes the victim as he finds him)*” kuralı ile ifade edilmektedir. Bu kurala, doktrinde, “*ince kafatası kuralı (thin skull rule)*” denilmektedir. Buna göre, zarar veren, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle artan zarardan da sorumlu olur ve zarar gören tam tazminata hak kazanır²¹⁴. Yani, burada, Türk Hukukundan farklı olarak, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle tazminattan indirim yapılması söz konusu değildir. Anglo-Amerikan Hukukunda, tartışılan bir başka husus da, zarar görenin, bünyesindeki zayıflığı bilmesine rağmen, bu zayıflığı önleyecek tedbirler almamasının, kendisine kusur olarak yüklenip yüklenmeyeceğidir. Örneğin, (B)’nin köpeği tarafından ısırılan (A), normalden çok ince ve hassas bir deriye sahip olduğu için, çok ciddi bir şekilde yaralanmıştır. Kural olarak, (B), (A)’nın bünyevî istidadı nedeniyle artan zarardan da sorumlu olduğu için, (A) tam tazminata hak kazanır. Ancak, bünyesindeki zayıflığı bilen (A)’nın, olası zararı azaltmak için alması gereken tedbirleri almamış olmasının, örneğin yukarıdaki örnek bakımından, koruyucu bir korse giymemiş olmasının, kendisine kusur olarak isnat edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bununla birlikte, zarar görenin, bünyesindeki zayıflığın sebep olduğu zararı, azaltma ödevinin bulunup bulunmadığının, somut olayın özelliklerine göre belirleneceği genel olarak kabul edilmektedir. Somut olayın, zarar görenin zararı azaltacak tedbirler almasını gerektirdiği hâllerde ise, zarar görenden, benzer durumdaki normal, makul ve orta zekâlı bir kimsenin, zararın artmaması veya azalması için alması gereken tedbirleri alması beklenir. Örneğin, kafatasında çatlak bulunan bir kimsenin, sürekli kaskla

²¹⁴ Magnus/Martin-Casals, s. 71, 229.

dolaşması kendisinden beklenemezken, belirli bir maddeye alerjisi olan ve kendisine bu alerjiyi önleyebilen bir ilaç yazılan bir kimsenin, bu ilacı kullanmaması, kendisine kusur olarak yüklenebilir. Yukarıdaki örnekte ise, restoranda bir köpeğin saldırısına uğrama ihtimali düşük olduğundan, (A)'nın koruyucu korse giymek zorunda olmadığı ve dolayısıyla, koruyucu korse girmediği için kusurlu sayılamayacağı kabul edilmektedir²¹⁵.

Alman Hukukunda da, kural olarak, zarar görenin bünyevî istidadı, ona kusur olarak isnat edilmez ve tazminattan, bu nedenle indirim yapılmaz. Yani, zarar görenin bünyevî istidadı nedeniyle artan zarardan da zarar veren kimse sorumlu tutulur²¹⁶. Alman Federal Mahkemesi de 1981 yılında verdiği bir kararda, bir köpeğin saldırısına uğrayan ve aşırı ince ve hassas bir deriye sahip olması nedeniyle ciddi şekilde yaralanan zarar görenin, somut olayda köpeğin verdiği zararı önleme veya azaltma ödevi bulunmadığı için, kusurlu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bu kararına gerekçe olarak, kamuya açık bir alanda köpek bulunduran zarar verenin, bu davranışıyla, özel bir risk yaratmış olmasını göstermiştir. Kararda, zarar görenin, aynı zarara, kalabalık bir caddede yürürken, yoldan geçen bir yayanın kusuru sonucunda maruz kalması veya zarar verenle çok şiddetli bir tartışmaya girerek, köpeği kışkırtması hâllerinde, kusurlu sayılabileceği de belirtilmiştir²¹⁷.

²¹⁵ **Magnus/Martin-Casals**, s. 71-72, 229.

²¹⁶ **Markesinis**, Basil S. /**Unberath**, Hannes, *The German Law Of Torts: A Comparative Treatise*, Fourth Edition, Portland 2002, s. 111; **Magnus/Martin-Casals**, s. 98.

²¹⁷ **Magnus/Martin-Casals**, s. 98.

İsviçre Hukukunda ise, bünyevî istidat, zarar görenin risk alanına ait bir faktör olarak kabul edildiğinden, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilmekte ve tazminattan, bünyevî istidat nedeniyle yapılacak indirim, BK m. 44/I hükmüne karşılık gelen OR 44/I hükmüne dayandırılmaktadır²¹⁸. Ancak, azınlıkta olmakla birlikte, sorumlu kişinin, sadece “normal” zarar görenlerle karşılaşmak gibi bir hakkı bulunmadığı için, bünyevî istidatın, zarar görenin kusuru olarak değerlendirilemeyeceği de savunulmaktadır²¹⁹.

C) BK m. 44/I’in Uygulama Alanı

BK m. 44/I hükmünün, Borçlar Kanunu’nun “*Haksız muamelelerden doğan borçlar*” başlıklı ikinci faslında düzenlenmesi nedeniyle, haksız fiillerde tazminatın indirilmesi amacıyla getirildiği ve dolayısıyla, sadece haksız fiil sorumluluğunda uygulanacağı düşünülebilir. Ancak, bu hüküm, yalnız haksız fiil sorumluluğunda değil, Borçlar Kanunu’nda yer alan diğer sorumluluk türlerinde de uygulanır. Hatta, sadece Borçlar Kanunu’nda yer alan sorumluluk türlerinde değil, aksine bir hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen tüm sorumluluk türlerinde uygulanabilir²²⁰. Bu itibarla, BK m. 44/I hükmünün çok geniş bir uygulama alanı vardır. Gerçekten, bu hüküm, sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumlulukta da dikkate alınacağı gibi, BK m. 98/II uyarınca, yalnız haksız fiil

²¹⁸ Nomer, s. 145; Kılıçoğlu, Mustafa, s. 135; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 329; Becker, s. 272; Magnus/Martin-Casals, s. 222.

²¹⁹ Magnus/Martin-Casals, s. 222.

²²⁰ Kısagün, Müterafik Kusur 1962, s. 9; Saymen/Elbir, s. 508; Tiftik, Akit Dışı, s. 87, 107; Feyzioğlu, s. 535; Tunçomağ, s. 484; Oser/Schönenberger, s. 413; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1535; Becker, s. 273; Göktürk, s. 95.

sorumluluğunda değil, sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulama alanı bulur²²¹. Keza, bu hüküm, sadece maddi tazminata hükmedilirken değil; manevî tazminata hükmedilirken de göz önünde bulundurulur²²². Sonuç olarak, BK m. 44/I hükmü,

- Haksız fiillerden doğan zararların tazmininde (BK m. 41) uygulanabilir.
- Ölen kimsenin, yardım ve desteğinden yoksun kalanlar lehine hükmedilen destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde (BK m. 45) uygulanabilir.
- Vücut bütünlüğünün ihlâli hâlinde uğranılan zararın (cismani zararın) tazmininde (BK m. 46) uygulanabilir.
- Manevî tazminat hâllerinde (BK m. 47, 49) uygulanabilir.
- Kusursuz sorumluluk hâllerinde uygulanabilir. Bu hâllere örnek olarak, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin sorumluluğu (BK m. 54), istihdam edenin sorumluluğu (BK m. 55), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK m. 56), bina veya diğer bir yapı malikinin sorumluluğu (BK m. 58), ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369), taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730) ve devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu (TMK m. 1007)²²³ verilebilir.

²²¹ **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1535; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 87; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1962, s. 9-10; **Saymen/Elbir**, s. 501-502; **Feyzioğlu**, s. 535; **Becker**, s. 273; **Tunçomağ**, s. 484; **Eren**, Borçlar, s. 761-762.

²²² Y. 21. HD, 20.12.2005, 9877/13512 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²³ “Medenî Kanun’un 917. maddesinden doğan devletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ilkesine dayanmakta olup, bu durumda dahi, koşulları gerçekleştiği takdirde, Borçlar Kanunu’nun 44. maddesinin uygulanması olanağı mevcuttur”: Y. HGK, 27.4.1977, E. 967/4-1921, K. 431 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 706). Buna karşılık, Yargıtay, başka bir kararında, bu konuda

- BK m. 98/II uyarınca, sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğranılan zararların tazmininde uygulanabilir²²⁴.
- Ticaret Kanunu'nda yer alan sorumluluk türlerinde uygulanabilir. Bunlardan, yargıya en sık intikal edeni, bankanın, hesap sahiplerine karşı sorumluluğudur. Bu bağlamda, hesap sahibinin, kimliğine ve banka hesabına ilişkin belgeleri; kart hamilinin, banka kartını ve kart bilgilerini; interaktif bankacılık hizmetinden yararlanan müşterinin ise, şifresini ve işlemlerde kullandığı kişisel bilgileri saklamada gerekli özeni göstermemesi veya bu belgelerin çalınması ya da kaybolması hâlinde, bankayı bilgilendirmemesi, bu kimselere, kusur olarak isnat edilir ve tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir²²⁵. Bunun gibi, zarar görenin, basiretli bir tacir gibi davranmaması²²⁶ veya ödenmesini istediği emre yazılı senedin lehtarını ve hangi bankada

tamamen farklı bir sonuca varmıştır; “*Medenî Kanun’un 917. maddesinde öngörülen sorumluluk devletin kusursuz sorumluluğu esasına dayanmakta olup,...bozma kararında açıklanan yönde davacı açısından bir araştırma yapılmasına gerek bulunmamaktadır*”: Y. HGK, 16.04.1986, E. 1984/4-713, K. 1986/414 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁴ Y. 13. HD, 22.12.1995, 7350/11605; Y. 15. HD, 23.10.1996, 4980/5525; Y. 13. HD, 29.1.2007, E. 2006/12611, K. 2007/734 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁵ Y. 3. HD, 17.6.1999, 5578/6331; Y. 11. HD, 29.9.2003, 2344/8511; Y. 11. HD, 15.12.2003, 4936/11856; Y. 11. HD, 11.10.2004, 408/9568; Y. 11. HD, 16.12.2004, 3398/12452; Y. 11. HD, 17.2.2005, E. 2004/4651, K. 2005/1349; Y. 11. HD, 3.10.2006, E. 2005/9009, K. 2006/9691; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 13. HD, 27.2.2009, E. 2008/12361, K. 2009/2549 (<http://gencavukatlarbirligi.org/syficierikgoruntule.aspx?id=4&gid=7>), Erişim Tarihi: 31.7.2009.

²²⁶ Y. 11. HD, 28.1.2002, E. 2001/8360, K. 2002/509 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

bulunduğunu bildirmeyerek eksik talimat vermesi²²⁷ gibi hâllerde de kusurlu olduğu kabul edilerek, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılması mümkündür.

- İş kazası ve meslek hastalıkları sebebiyle açılan maddi ve manevî tazminat davaları bakımından, iş hukukunda da uygulanabilir. Uygulamada karşılaşılan iş kazalarının çoğunda, kazanın oluşumunda işçi ve işverenin her ikisinin de kusurlu olduğu görülür. İşte, işverenin yanı sıra işçinin de, kusurlu olduğu iş kazalarına ilişkin tazminat davalarında, hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmaktadır²²⁸. Yargıtayın içtihiadı da bu yöndedir²²⁹.
- Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen, çevreyi kirletenlerin ve çevreye zarar verenlerin kusursuz sorumluluğunda da uygulanabilir^{230 231}.

²²⁷ Y. 11. HD, 25.12.1980, 6134/6084 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²²⁸ **Akın**, Levent, İş Hukukunda Hakimin Manevî Tazminatı Takdir Yetkisi ve BK m. 43-44 Uygulamaları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları (06-07.06.2008), İstanbul 2009, s. 94-95; **Süzek**, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 369, 376; **Oğuzman/Öz**, s. 674-675.

²²⁹ Y. HGK, 27.10.1965, E. 611/D-9, K. 389 (**Olgaç**, II, s. 304, No: 26); Y. İBGK, 31.3.1954, E. 1953/17, K. 1954/10; Y. HGK, 26.12.1975, E. 1974/9-738, K. 1975/1700; Y. HGK, 8.6.1994, 9-246/382; Y. 21. HD, 28.6.2004, 2563/6386; Y. 21. HD, 24.5.2007, 763/8564 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 661.

²³¹ Yargıtayın bir kararına konu olan olayda, davacıya ait “Marmara S” adlı gemi, yük tahliyesi için davalıya ait limana yanaşmıştır. Ancak, olaydan beş gün önce meydana gelen fırtına sonucunda, boru patlaması nedeniyle denize dökülen akaryakıt, davacının gemisine yapışmıştır. Gemi, davalı tarafca temizlenerek limandan ayrılmıştır. Bu olaydan on beş gün sonra, davacıya ait “Ziya S”

- BK m. 44/I hükmünün, aksine bir hüküm bulunmadıkça, Borçlar Kanunu dışındaki kanunlarda da uygulanması mümkün olmakla birlikte, ilgili kanunda, zarar görenin kusuruna ilişkin özel bir hüküm bulunuyorsa, BK m. 44/I değil, ilgili özel hüküm uygulanacaktır. Örneğin; Karayolları Trafik Kanunu’nun 86. maddesinin 2. fıkrasında, “*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Zarar görenin kusuru hâlinde tazminattan indirim yapılmasını öngören bu hüküm, BK m. 44/I hükmünün özel olarak düzenlenmiş bir hâlidir. Bu nedenle, Karayolları Trafik Kanunu’nun kapsamına giren sorumluluk hâllerinde, BK m. 44/I hükmü değil, KTK m. 86/II hükmü uygulanacaktır. Türk Sivil Havacılık Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda da, KTK m. 86/II hükmüne benzer hükümler bulunmaktadır. Ancak, zarar görenin kusuruna ilişkin bu özel düzenlemeler

adlı bir başka gemi de, davalıya ait bu limana yük tahliye etmek üzere yanaşmış ve bu gemiye de akaryakıt yapışmıştır. Bunun üzerine, davacı, davalı aleyhine maddi tazminat davası açmıştır. Yargıtay, davalının hiçbir tedbir almadığı, gerekli uyarıda bulunmadığı ve Çevre Kanunu’nun 3. ve 28. maddeleri gereği, çevreye zarar verenlerin kusur şartı olmaksızın sorumlu tutuldukları gerekçesiyle, davalının sorumlu olduğunu kabul etmiştir. Ancak, limanın ve ilk geminin durumunu bile bile ikinci gemisini de limana yanaştıran davacının da, % 40 oranında kusurlu olduğu ve Çevre Kanunu’nun 28. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk hâlinin, davacının kusurunu bertaraf edemeyeceği sonucuna vararak, tazminatın bu doğrultuda hesaplanması gerektiğine karar vermiştir: Y. 11. HD, 4.11.1997, 5604/7766 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

üzerinde ileride etraflı olarak duracağımızdan, burada, bunları sadece zikretmekle yetiniyoruz.

D) Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Düzenleme

Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, zarar görenin kusuruna ilişkin olarak, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirilmemiş; mevcut düzenleme korunmuştur. Bununla birlikte, madde numaralandırılması, yürürlükteki kanundan farklı olarak yapıldığından, zarar görenin kusuruna ilişkin düzenlemeye, Tasarı'nın 52. maddesinde yer verilmiştir. Tasarı'nın, BK m. 44/I'e karşılık gelen 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Zarar gören, ...zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”*. Görüldüğü üzere, hükümde kullanılan kavram, deyim ve terimler, tasarının genelinde benimsenen anlayışa uygun olarak, sadeleştirilmiş ve günümüzde geçerli olan dile oranla eskimiş ifadeler, kolay anlaşılabilir ifadelerle değiştirilmiştir. Şöyle ki, BK m. 44'te kenar başlığı olarak *“Tazminatın tenkisi”* ifadesi kullanılmışken, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Borçlar Kanunu'nun bu hükmüne karşılık gelen 52. maddesinde kenar başlığı olarak *“Tazminatın indirilmesi”* ifadesi kullanılmıştır. Aynı şekilde, BK m. 44/I'de yer alan *“mutazarrır olan taraf, zararın ihdası, zararın tezayüdü, zararı yapan şahsın hâl ve mevkii, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edilmesi”* ifadeleri de, Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, sırasıyla, *“zarar gören, zararın doğması, zararın artması, tazminat yükümlüsünün durumu, tazminatın indirilmesi veya tamamen kaldırılması”* ifadeleri ile değiştirilmiştir.

BK m. 44/I’de, zarar görenin, “zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırması” hâli, “zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım etmesi” hâllerine “ve” bağlacıyla bağlanmaktadır. Ancak, Kaynak Kanun’un 44. maddesinin 1. fıkrasında, “tazminat sorumlusunun durumunu diğer bir surette ağırlaştırdığı (die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert haben)” ifadesi, hüküm içinde bağımsız bir şekilde, yani, önceki iki duruma “veya” bağlacıyla bağlı olarak yer aldığı için, doktrinde ve uygulamada, BK m. 44/I’deki bu ifadenin, önceki iki duruma kasıtlı olmayarak “ve” bağlacıyla bağlandığı, bu nedenle de, metindeki “ve” sözünün, Kaynak Kanundaki gibi “veya diğer bir surette” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir²³². İşte, doktrin ve uygulamada kabul edilen bu durum, Borçlar Kanunu Tasarısı ile madde metnine aktarılmış ve Tasarı’nın 52. maddesinde yer alan zarar görenin “tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması” ifadesi, önceki iki duruma (zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması) “yahut” bağlacı ile bağlanmıştır. Bunun dışında, maddede, BK m. 44’e göre, bir hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

Çalışmamızla ilgili olarak, Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 75. maddesindeki düzenlemeye de değinmek gerekmektedir. Tasarı’nın geçici ödemelerle ilgili 75. maddesi, Borçlar Kanunu’nda yer almayan yeni bir hükümdür. Hükme göre, hâkim, zarar görenin, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi hâlinde, istem üzerine, davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Zarar görenin haklı çıkması hâlinde, yapılan ödeme, tazminat miktarına mahsup edilir ve kalan kısım zarar görene ödenir. Zarar görenin haksız çıkması hâlinde ise, geçici ödeme, faizi ile birlikte davalıya iade

²³² Bkz. yukarıda § 3, II.

edilir. Madde Gerekçesi'nde belirtildiği üzere, bu yeni düzenleme ile hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda, uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla, bu hüküm, haksız fiil sonucunda bedensel zarara uğrayıp da, kendilerini tedavi ettirme gücüne sahip olmayan zarar görenler bakımından da uygulanabilir. Böylece, kendilerini tedavi ettirme imkânından yoksun olan zarar görenlerin, bu yoksunluk nedeniyle, zararın artmasına yol açmaları da önlenmiş olur²³³. Daha önce de belirttiğimiz gibi, zarar görenin, zararın doğmasına katkıda bulunmasının yanı sıra, zararın artmasına engel olacak tedbirleri almamış olması da, onun açısından kusur teşkil eder²³⁴. Örneğin, çalışma gücünün azalmasına yol açan bedenî zararlarda, zarar görenin, durumunu iyileştirecek bir ameliyat veya tedaviden, haklı bir sebebe dayanmaksızın kaçınması, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilir²³⁵. Zarar görenin, tedavi masraflarını karşılayamayacak durumda olduğu için, tedaviden kaçınması hâlinde, haklı bir sebebin varlığından bahsedilir²³⁶. Esasen, bu hâlde, tedavi masraflarının, sorumlu kişi tarafından peşin olarak ödenmesi

²³³ **Burcuoğlu**, Hâluk, “Borçlar Kanunu Tasarısının Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu (28 Nisan 2006), (Editör: Ali Çivi), İstanbul 2007, s. 91.

²³⁴ Bkz. § 2, IV, A.

²³⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 120.

²³⁶ Bununla birlikte, zarar görenin ekonomik durumu yerinde ise, zarar gören, kural olarak, zararın artmaması için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Bu nedenle, ekonomik durumu yeterli olmasına rağmen, gerekli tedaviyi olmaktan kaçınan zarar görenin, sorumlu kişinin, tedavi için gerekli olan parayı kendisine önceden vermemiş olduğunu ileri sürerek, tedavi olmadığı için artan zararın tazminini talep etmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz (**Nomer**, s. 112-113).

gerektiği doktrinde kabul edilmektedir²³⁷. İşte, doktrinde kabul edilen bu durum, Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 75. maddesi ile hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ile ekonomik durumu kötü olan zarar görenlere, inandırıcı kanıtlar sunmaları hâlinde, hâkimden, sorumlu kişinin, kendilerine ödemede bulunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bu itibarla, kendisine böyle bir hak tanınmış olmasına rağmen, bu hakkını kullanmayarak zararın artmasına sebep olan zarar görenin, kusurlu olduğu söylenebilir. Örneğin; bir trafik kazası sonucunda bacağından yaralanan ve tedavi masraflarını karşılayamayacak durumda olduğu için hastaneye gidemeyen zarar görenin, Tasarı'nın 75. maddesi uyarınca, hâkimden, tedavi masraflarının ödenmesi yönünde bir istemde bulunmaması nedeniyle, zamanında tedavi edilmeyen bacağının kesilmesi hâlinde, zarar görenin kusurundan bahsedilebilir.

III.Zarar Görenin Kusuruna İlişkin Özel Düzenlemeler

A) Karayolları Trafik Kanunu'nda

Karayolları Trafik Kanunu, esas itibariyle, karayolunda motorlu taşıtların işletilmesinin sebep olduğu zararlardan, motorlu aracı işletenin ve onun bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunu düzenlemektedir. KTK m. 85/I'e göre, *“Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi hâlinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar.”*. Burada, sorumluluk, motorlu aracın

²³⁷ Nomer, s. 112; Tiftik, Akit Dışı, s. 121.

işletilmesine bağlanmış olup, sorumluluk için, aracı işletenin veya teşebbüs sahibinin kusuru aranmamıştır. O hâlde, işleten ve araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu, kusur sorumluluğu olmadığı gibi, objektif özen ödevinin ihlâline dayanan olağan sebep sorumluluğu da değildir. Burada sorumluluğun temeli, işletme tehlikesi; türü ise, tehlike sorumluluğudur. Bu itibarla, işletme tehlikesi gerçekleştiği anda, işleten ve araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, kusurları bulunmasa bile, aracın işletilmesinin sebep olduğu zararları tazmin etmek zorundadırlar²³⁸. İşleten ve teşebbüs sahibi, sürücü veya araç üzerinde bakım ve denetim yönünden her türlü özen ödevlerini yerine getirdiklerini ispat etseler bile, zarar, aracın işletilmesinden doğduğu takdirde, sorumluluktan kurtulamazlar. İşleten ve teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulabilmesi son derece zorlaştırılmıştır. Gerçekten, KTK m. 86/I'e göre, *“İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur”*. Buna göre, sorumluluktan kurtulmak isteyen işleten veya araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, iki olgunun birlikte gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır. Bunlar, kazanın, illiyet bağıını kesen sebeplerden biri (mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru) nedeniyle meydana geldiğinin ispatı ile kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bir bozukluğun kazaya sebep olmadığının ispatıdır. Ne tek başına kusursuzluğun ve aracın sağlamlığının, ne de tek

²³⁸ Eren, Borçlar, s. 632-633; Oğuzman/Öz, s. 631-632; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 523; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 277.

başına illiyet bağıını kesen sebebin varlığının ispatlanması yeterlidir. Ancak, bu iki olgunun birlikte ispatlanması hâlinde, sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Bu itibarla, işleten veya araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, sorumluluktan kurtulabilmek için, öncelikle, kazanın münhasıran mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi bir sebepten ileri geldiğini ve dolayısıyla uygun illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak, bu hususun ispatı, işletenin ve araç işleticisinin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayıp, işleten veya teşebbüs sahibi, ayrıca, kazaya, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun ya da araçtaki bir bozukluğun sebep olmadığını da ispat etmek zorundadır²³⁹.

KTK m. 86/I hükmü, zarar görenin kusuru açısından incelendiğinde, zarar görenin illiyet bağıını kesecek yoğunluktaki kusurunun (işletenin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusursuz olmaları ve araçta bir bozukluk olmaması şartıyla) sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edildiği anlaşılır. Örneğin; bir yayanın, intihar etmek üzere, kendisini otomobilin önüne atması; gece karanlığında, trafiğin yoğun olduğu bir otoyolda, bir taraftan diğer tarafa koşarak geçmesi; yayalara yasak olan caddede dolaşması gibi hâllerde, kaza ve zararın tek sebebi, zarar görenin kusurlu davranışdır. Bu davranış, aracın işletilmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmiştir. İşte, zarar görenin kusurlu davranışının, aracın işletilmesi ile zarar arasındaki illiyet bağıını kestiği bu hâllerde, işleten veya teşebbüs sahibi, zararın doğumunda kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun

²³⁹ Eren, Borçlar, s. 669-670; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 288-289; Oğuzman/Öz, s. 637; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, s. 539.

bulunmadığını ve araçta bir bozukluk olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur²⁴⁰.

KTk m. 86/I’de öngörülen koşulların (kazanın, işletenin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru olmaksızın ve araçta bir bozukluk bulunmaksızın, mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağıını kesen sebeplerden biri sonucunda meydana gelmesi) gerçekleşmemesi nedeniyle, işletenin veya teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulamadığı hâllerde ise, KTK m. 86/II uyarınca, hâkime, zarar görenin kusuru nedeniyle, tazminattan indirim yapma yetkisi tanınmıştır²⁴¹. KTK m. 86/II’ye göre, “*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.*”. Burada, zarar görenin, zararın (kazanın) doğmasına iştirak eden kişisel kusuru söz konusudur. Bu itibarla, KTK m. 86/II hükmünün, BK m. 44/I hükmünün özel bir uygulama alanını oluşturduğu söylenebilir²⁴². Şöyle ki; KTK m. 86/II’de yer alan “*kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunması*” deyimini, BK m. 44/I’de yer alan zarar görenin fiilinin, “*zararın ihdasına (doğmasına) yardım etmesi*” deyimini kapsamında değerlendirilebilir. Gerçekten, zarar görenin, kusurlu bir davranışı ile kazanın oluşmasına katkıda bulunması hâli, aynı zamanda, BK m. 44/I anlamında zarar görenin kusuru olarak kabul edilen hâllerden, zarar

²⁴⁰ Eren, Borçlar, s. 673-674; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 540; Oğuzman/Öz, s. 637; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 293.

²⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 540; Eren, Borçlar, s. 675; Yılmaz, Hamdi, s. 25; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 293; Oğuzman/Öz, s. 637.

²⁴² Eren, Borçlar, s. 675; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 293.

görenin zararın doğmasına yardım etmesi hâlini oluşturmaktadır²⁴³. Ancak, BK m. 44/I’de, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan indirim yapılacağı öngörülmesine rağmen, KTK m. 86/II’de, bu husus özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, zarar görenin kusuru, Karayolları Trafik Kanunu’nda özel olarak hükme bağlanan tek indirim sebebidir. Diğer indirim sebepleri bakımından ise, Borçlar Kanunu’na yollama yapılmıştır²⁴⁴. O hâlde, zarar gören, davranışı ile kazanın oluşmasını kolaylaştırdığı takdirde, zararın doğmasına yardım etmiş olur ve araç işleticisinin veya teşebbüs sahibinin ödeyeceği tazminattan, KTK m. 86/II uyarınca indirim yapılır²⁴⁵. Örneğin, gece, yağmurlu bir havada, kaldırım yerine taşıt yolundan yürüyen bir yayanın, yol ve hava durumuna göre olması gerekenden çok daha hızlı seyreden bir otomobil sürücüsü tarafından çiğnenmesi hâlinde, araç sürücüsünün ödeyeceği tazminattan, KTK m. 86/II’ye göre indirim yapılabilir. Şöyle ki, araç sürücüsü, hızını, yol, hava ve trafik koşullarına göre ayarlayamadığı için kusurludur ve sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, zarar gören yaya da, yayalara ayrılan kaldırımda değil, taşıtlara ayrılan taşıt yolunda yürüdüğü için kusurludur ve onun bu kusurlu davranışı, kazanın oluşmasına, sürücünün kusuru ile birlikte sebebiyet vermiştir²⁴⁶.

Zarar görenin kusuru nedeniyle, tazminattan, KTK m. 86/II uyarınca yapılacak indirim miktarı belirlenirken, hâkim tarafından, işletene ilişkin kusur ve işletme tehlikesi gibi durum ve şartlar da göz önünde bulundurulur. Yani, hâkim, zarar

²⁴³ **Yılmaz**, Hamdi, s. 28-29.

²⁴⁴ **Yılmaz**, Hamdi, s. 29; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 299; **Eren**, Borçlar, s. 675.

²⁴⁵ **Yılmaz**, Hamdi, s. 28-29.

²⁴⁶ **Yılmaz**, Hamdi, s. 30; **Eren**, Borçlar, s. 675.

görenin kusuru ile işletenin kusurunu ve işletme tehlikesini birlikte değerlendirerek, bunların, kazanın oluşmasındaki paylarını belirler ve buna göre tazminattan indirim yapar. Zarar görenin kusurunun, kazayı doğuran bu etkenler içindeki payı ne kadar büyükse, indirim oranı da o ölçüde büyük olur. Bununla birlikte, kazanın meydana gelmesinde işletenin kusurunun da bulunması hâlinde, bu kusur, munzam (ek) kusur olarak dikkate alınarak, zarar görenin kusurunu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabılır. İşletenin munzam kusuru, zarar görenin kusurundan daha ağır veya ona eşitse, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılmayabilir. İşletme tehlikesinin yüksekliği de, tazminattan yapılacak indirimde göz önünde bulundurulur. Örneğin; araçtaki bozukluk, işletme tehlikesinin gerçekleşme ihtimalini bir hayli yükselttiği için, zarar görenin kusurunu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırarak, tazminattan yapılacak indirimi azaltabilir ya da indirim yapılmasını önleyebilir²⁴⁷.

Son olarak belirtelim ki, KTK m. 86/II'de, hâkim, BK m. 44/I'den farklı olarak, sadece tazminattan indirim yapabilme yetkisine sahip olup, tazminat talebini reddetme yetkisine sahip değildir²⁴⁸.

B) Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda

Sosyal güvenlik sistemlerinin temel amacı, sosyal riskle karşılaşan sigortalılara ekonomik bir güvence sağlamaktır. Karşılaştığı risk nedeniyle, belirli bir süre çalışamayan sigortalı, şüphesiz, ücret kaybına uğrar. İşte, sosyal sigorta kapsamında yapılacak parasal yardımlar, bu ücret kaybını önleme amacını taşımaktadır. Bu tür

²⁴⁷ Yılmaz, Hamdi, s. 29; Eren, Borçlar, s. 676.

²⁴⁸ Kılıçoğlu, Ahmet, s. 299.

yardımların önkoşulu ise, sigortalının, uğradığı iş kazası veya yakalandığı meslek hastalığı sonucunda, geçici veya sürekli olarak iş göremez hâle gelmesidir²⁴⁹.

İş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle, işinde geçici bir süre çalışamayacağı doktor raporu ile saptanan sigortalıya, çalışmadığı her gün için, kurum tarafından yapılan parasal yardıma “geçici iş göremezlik ödeneği” denir. Geçici iş göremezlik ödeneği, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda (SSGSSK)²⁵⁰, yatarak tedavilerde, SSGSSK m. 17’ye göre hesaplanacak günlük kazancın yarısı; ayakta tedavilerde ise, bu kazancın üçte ikisi olarak belirlenmiştir²⁵¹. İş kazası veya meslek hastalığı hâlinde, sigortalıya sağlanması gereken parasal yardımlardan biri de, sürekli iş göremezlik geliridir. İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan sigortalının, kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucuları tarafından tedavi altına alındığını ve ona tedavi süresince geçici iş göremezlik ödeneği verildiğini belirtmiştik. Yapılan bu tedavi sonucunda, sigortalı, ya yeniden tümüyle çalışma gücünü kazanır ve böylece geçici iş göremezlik dönemi sona erer ya da çalışma gücünü yeniden kazanamayıp, bunu belirli bir oranda ya da tamamen yitirir. İşte, 5510 sayılı Kanunun belirlediği % 10 oranından az olmayacak biçimde meslekte kazanma gücünü yitirmiş olan sigortalıya bağlanacak gelire, “sürekli iş göremezlik geliri” denir²⁵². Sigortalı, meslekte kazanma gücünü, tümüyle, yani,

²⁴⁹ **Güzel**, Ali /**Okur**, Ali Rıza /**Caniklioglu**, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, İstanbul 2009, s. 342; **Korkusuz**, Refik /**Uğur**, Suat, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara 2009, s. 236.

²⁵⁰ RG. T. : 16.6.2006, S. : 26200.

²⁵¹ **Güzel/Okur/Caniklioglu**, s. 344; **Korkusuz/Uğur**, s. 238-239.

²⁵² **Güzel/Okur/Caniklioglu**, s. 350; **Korkusuz/Uğur**, s. 240.

% 100 oranında yitirmişse, “*sürekli ve tam iş göremezlik hâli*”; % 10 ila % 100 arasındaki bir oranda yitirmişse, “*sürekli ve kısmî iş göremezlik hâli*” söz konusu olur. Sürekli ve tam iş göremezlik hâline düşen sigortalılara bağlanacak sürekli tam iş göremezlik geliri, sigortalının, SSGSSK m. 17’ye göre hesaplanacak olan aylık kazancının % 70’i oranında olacaktır. Sürekli ve kısmî iş göremezlik hâline düşen sigortalılara bağlanacak sürekli kısmî iş göremezlik geliri ise, sürekli tam iş göremezlik geliri gibi hesaplanacak miktarın, iş göremezlik derecesi oranındaki tutarı kadardır²⁵³.

Yukarıda miktarlarını belirttiğimiz geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremezlik geliri, sigortalının, kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı, iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına tutulması, tedavi süresinin uzaması ya da iş göremezlik oranının artması hâllerinde, SSGSSK m. 22 uyarınca azaltılabilir. SSGSSK m. 22 hükmü ise, “*Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz.*” şeklindeki genel hukuk kuralına dayanan BK m. 44/I hükmünün, sosyal güvenlik hukukundaki ifadesidir²⁵⁴.

SSGSSK m. 22/I,a’ya göre, “*...sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malûl kalmasına neden olması hâlinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak dörtte birine kadar Kurumca eksiltilir.*”. Görüldüğü üzere, SSGSSK m. 22/I,a, iş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle zarar gören sigortalının, hekimin

²⁵³ Güzel/Okur/Caniklioglu, s. 352-353; Korkusuz/Uğur, s. 240.

²⁵⁴ Güzel/Okur/Caniklioglu, s. 356.

tavsiyelerine uymamasına, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden belirli bir oranda indirim yapılması sonucunu bağlamıştır²⁵⁵. Sigortalının, hekimin tavsiyelerine uymayarak, tedavi süresini uzatması ya da iş göremezlik oranını artırması, BK m. 44/I anlamında, zarar görenin zararın artmasına sebep olması kapsamında değerlendirilebilir. Gerçekten, BK m. 44/I'e göre, zarar görenin, zararın artmasına engel olacak tedbirleri almamış olması, onun açısından kusur teşkil eder²⁵⁶. Örneğin, zarar gören, doktorun, yarasına pansuman yaptırması yönündeki tavsiyesine uymamış ve bu nedenle yarası iltihaplandığı için, tedavi süresi uzamışsa, kusurludur. Keza, doktorun talimatlarına uymaması sebebiyle, kangren olan bacağı kesilen zarar görenin de, iş göremezlik oranının artmasında kusurlu olduğu söylenebilir. İşte, SSGSSK m. 22/I,a'da da, iş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan sigortalının, zararın artmasına neden olması hâlinde, hak kazandığı geçici iş göremezlik ödeneğinden veya sürekli iş göremezlik gelirinden, belirli bir oranda (geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinin dörtte birine kadar) indirim yapılması öngörülmüştür.

SSGSSK m. 22/I,b'ye göre, “...ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadar Kurumca eksiltilir.”. Burada, sigortalının, ağır kusuru nedeniyle iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına tutulması hâlinde, hak kazandığı geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden, belirli bir oranda indirim yapılması öngörülmektedir. Ağır kusurdan ne anlaşılması gerektiği ise, Sosyal Sigorta İşlemleri

²⁵⁵ Güzel/Okur/Caniklioglu, s. 349, 356.

²⁵⁶ Nomer, s. 110.

Yönetmeliği'nde²⁵⁷ belirtilmiştir. SSIY m. 44/II'ye göre “...sigortalının, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kurallara uymaması, tehlikeli olduğu veya hastalığa sebep olacağı bilinen bir hareketi yapması, yetkili kimseler tarafından verilen emirlere aykırı hareket etmesi, açıkça izne dayanmadığı gibi, hiçbir gereği veya yararı bulunmayan bir işi bilerek yapması ve yapılması gerekli bir hareketi savsaması, ağır kusuruna esas tutulur.”. O hâlde, iş kazası veya meslek hastalığı, sigortalının SSIY m. 44/II'de belirtilen davranışlarından kaynaklandıysa, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirin üçte birine kadarı eksiltilir. Sigortalının, ağır kusurlu davranışlarıyla iş kazası veya meslek hastalığına sebebiyet vermesi, BK m. 44/I anlamında zarar görenin zararın doğmasına yardım etmesi kapsamında değerlendirilebilir. Zira, SSGSSK m. 22/I,b'de de, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden indirim yapılabilmesi için, sigortalının, ağır kusuru ile zararın, yani, iş kazası veya meslek hastalığının doğmasına sebebiyet vermesi aranmaktadır.

SSGSSK m. 22/I, c'ye göre, “Kasdî bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan, hastalanan veya Kurumun yazılı bildirimine rağmen teklif edilen tedaviyi kabul etmeyen sigortalıya, yarısı tutarında ödenir.”. Burada, sigortalının hak kazandığı geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden indirim yapılabilmesi için, sigortalı, ya kasıtlı bir hareketi ile iş kazasına veya meslek hastalığına neden olmalı ya da teklif edilen tedaviyi kabul etmemelidir. Sigortalının, kasıtlı bir hareketi ile iş kazasına veya meslek hastalığına yol açması, BK m. 44/I anlamında zarar görenin zararın doğmasına yardım etmesi kapsamında değerlendirilebilir. Zira, bu durumda, zararın, yani, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde, zarar gören sigortalının kasıtlı bir hareketi de rol

²⁵⁷ RG. T. : 12.5.2010, S. : 27579.

oynamaktadır. Sigortalının, teklif edilen tedaviyi kabul etmemesi ise, BK m. 44/I anlamında zarar görenin zararın artmasına sebep olması kapsamında değerlendirilebilir. BK m. 44/I'e göre, zarar gören, zararın artmasını önleyecek veya zararı azaltacak önlemleri almamış ve bunun sonucunda da zarar artmışsa, kusurlu sayılır. Örneğin, çalışma gücünü azaltan bedensel zararlarda, zarar görenin, belli şartların bulunması koşuluyla, bu zararı azaltıcı ameliyatı veya tedaviyi yaptırmaması, onun kusuru olarak nitelendirilir. Uygulamada kabul edilen bu şartlar şunlardır: 1) Ameliyat hayatî bir tehlike taşımamalıdır. 2) Ameliyat beraberinde dayanılması güç bir ağrı ve acı getirmemelidir. 3) Ameliyatın belirli bir oranda iyileşme sağlaması ihtimalinin kuvvetli olması gereklidir. 4) Sorumlu kişi ameliyat masraflarını peşin olarak ödemelidir. Eğer zarar gören, bu şartlar bulunmasına rağmen, ameliyata veya tedaviye rıza göstermezse, bu davranışı, ona kusur olarak isnat edilir ve sorumlu kişinin ödeyeceği tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır²⁵⁸. SSGSSK m. 22/I,c'de de, sigortalının tedaviyi kabul etmemesi hâlinde, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden indirim yapılacağı belirtilmiştir²⁵⁹.

²⁵⁸ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 121; **Nomer**, s. 112; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 288; **von Tuhr**, s. 103; **Günal**, s. 212; **Arsebük**, s. 146; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520; **Markesinis**, Basil S. /**Lorenz**, W./**Dannemann**, G., Markesinis The German Law of Obligations, Volume I, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction, New York 2001, s. 663; **Yılmaz**, Hamdi, s. 39; **Feyzioğlu**, s. 540; **Oser/Schönenberger**, s. 408-409.

²⁵⁹ SSGSSK m. 22/I,c'de, sigortalının kusuru hâlinde, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden yapılacak indirim için sabit bir oran (% 50) belirlenmiştir. Oysa, SSGSSK m. 22/I hükmünün a ve b bentlerinde, c bendinden farklı olarak, sabit bir oran belirlenmemiş; geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinin belirli bir oranına kadarının indirileceği öngörülmüştür. SSGSSK m. 22/I,a'da, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak, geçici

Sonuç olarak, SSGSSK m. 22/I hkm, daha önce de belirttiğimiz gibi, BK m. 44/I hükümünün sosyal güvenlik hukukundaki ifadesidir. Başka bir deyişle, SSGSSK m. 22/I hkm, BK m. 44/I hükümünün özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Gerçekten, SSGSSK m. 22/I hükümünün, a, b ve c bentlerinde de, sigortalının zararın doğmasında veya artmasında rol oynayan kusuru, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak, SSGSSK m. 22/I’de, BK m. 44/I’den farklı olarak, sigortalının kusuru hâlinde, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinin tamamen kaldırılması söz konusu değildir.

C) Türk Medenî Kanunu’nda

Türk Medenî Kanunu’nun 757. maddesi, kaynakların kesilmesine ve kirletilmesine karşı koruma önlemlerini ngrmektedir²⁶⁰. Kaynak, doğal olarak veya insan emeği ile toprak yüzeyine çıkan su şeklinde tanımlanabilir. Yalnız, buradaki su deyimini, kaynak yatağında bulunan suyu, o yatakla birlikte ifade etmektedir. Bir kaynaktan söz edilebilmesi için, yeraltı suyunun, devamlı bir şekilde toprak yüzeyine çıkması yeterlidir²⁶¹. Kaynakların yanı sıra, kuyular da, Kaynak İsviçre Medenî Kanunu’nun 706. maddesi esas alınarak, TMK m. 757’nin kapsamına alınmıřtır²⁶².

veya sürekli iş göremezlik gelirinin dörtte birine kadarının; SSGSSK m. 22/I,b’de ise, sigortalının kusur derecesi esas alınarak, bu gelirin üçte birine kadarının eksiltileceği hükme bağlanmıştır.

²⁶⁰ **Karahasan**, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2002, s. 935; **Oğuzman**, Kemal/ **Seliçi**, zer/ **Oktay-zdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2006, s. 417; **Uyar**, Talih, Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku (MK 683-1030), Cilt III, Ankara 2003, s. 3441.

²⁶¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir**, s. 415.

²⁶² **Uyar**, s. 3441.

TMK m. 756'ya göre, doğal kaynaklar, arazinin mülkiyetine tâbi olup²⁶³, arazi maliki, kaynak üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisine sahiptir. Bu itibarla, malik, kaynağın suyunu tamamen kullanabilir, mecrasını değiştirebilir, suyu dilediği yöne akıtabilir ya da su bulmak amacıyla kazı yapabilir²⁶⁴. Ancak, malikin, su bulmak amacıyla, arazisinde kazı yapma yetkisi bulursa da, o, önceden yararlanılan ya da yararlanma amacı ile suyu biriktirilen kaynakları, bu kaynakların maliklerinin veya bunlar üzerinde hak sahibi olanların zararına olarak, kesmekten ya da kirletmekten kaçınmakla yükümlüdür (TMK m. 757/I)²⁶⁵.

TMK m. 757/I'in uygulanabilmesi için üç koşulun gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, kaynak ya da kaynak hakkı sahibinin, bu sudan önemli ölçüde yararlanması veya yararlanma amacı ile suyu biriktirmesi gerekir. Bu noktada, kaynaktan yararlanma ya da kaynağı tutma yönünden bir öncelik tanınmış; kıdemli hak sahibi, kıdemsiz üstün tutulmuştur. TMK m. 757/I'in uygulanmasının diğer bir koşulu da, komşunun, arazisine, işlemler (kazı, yapı vs ameliyeler) yapmasına ilişkindir. Ancak, yapılan kazı ya da yapım ve işlemler sonucunda, suya bir şey olmazsa, TMK m. 757'ye dayanılarak istemde bulunulamaz. TMK m. 757/I'in uygulanması için gerekli son koşul, suyun kesilmesi, eksilmesi ya da kirletilmesidir.

²⁶³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 416. Ancak, kaplıcalar ve maden suları hususunda, 10.6.1926 tarihli ve 927 sayılı Kanun ile 6.7.1963 tarihli Menba Suları Yönetmeliği'nde özel hükümler bulunmaktadır. Nehirler, çaylar ve ırmaklar, özel mülkiyete tabi olmayıp, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadırlar. Bunlar kamu hukuku kurallarına tâbidirler. Yeraltı sularından yararlanma ve yapay kaynak meydana getirme imkânı ise, 23.12.1960 tarihli ve 167 sayılı Yer altı Suları Kanunu'na tâbidir (**Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 415).

²⁶⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 416-417.

²⁶⁵ **Karahasan**, Eşya Hukuku, s. 935.

Eğer işlemler (kazı, yapım, vs. gibi) sonucunda, kaynak, hiç su vermez ya da yararlanılamayacak bir oranda su verirse, suyun kesilmesi; suyun terkibi değişirse veya suya yabancı maddeler karışırsa, suyun kirletilmesi söz konusu olur²⁶⁶. Bu koşul, malikin, arazisinde açmış olduğu kuyunun, diğer malikin yararlanmakta olduğu çeşmenin suyunu kesmesi, azaltması ya da kirletmesi hâlinde, gerçekleşmiş olur. Yukarıda belirtilen koşullar gerçekleşirse, kaynak maliki veya kaynak üzerinde hak sahibi olan kimse, TMK m. 757/I'e göre, uğradığı zararların tazminini isteyebilir.

TMK m. 757/II'ye göre, “*Zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü takdir eder.*”. Bu hükümden çıkan sonuca göre, malikin sorumluluğu, kusura dayanmayan, objektif bir sorumluluktur. Bu nedenle, burada, malikin kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Malik, ister bilerek ister bilmeyerek ister gereği gibi özen göstermeyerek hareket etmiş olsun, yararlanılan veya yararlanmak amacıyla suyu biriktirilen bir kaynağın, kesilmesine ya da kirletilmesine sebep olmuşsa, tazminat ile sorumlu tutulmuştur²⁶⁷. Ancak, kanun koyucu, malikin kusurunun bulunmaması veya zarar görenin de kusurunun bulunması hâlinde, hâkime, tazminatın belirlenmesi hususunda bir takdir yetkisi tanımıştır. Gerçekten, malik, kaynağın kesilmesine ya da kirletilmesine sebep olan fiilleri, kasten ya da ihmal ile işlememişse, yani, kusuru bulunmuyorsa, hâkim, tazminattan indirim yapabilir ya da tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçebilir.

²⁶⁶ Karahasan, Eşya Hukuku, s. 935-936.

²⁶⁷ Karahasan, Eşya Hukuku, s. 937; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 418.

Zarar görenin kusurlu olması hâlinde de, hâkim, tazminattan indirim yapabileceği gibi, hiç tazminat ödenmemesine de karar verebilir. Eğer zarar gören, kaynağın içindeki suyun tutulması için gereken işlemleri eksik yapmışsa veya kazı ya da yapı süresince bu kazı veya yapıya itiraz etmemişse, kusurlu sayılır. Bunun gibi, zarar görenin, henüz kazı ya da inşaat bitmeden ve zarar meydana gelmeden, tehlike ve zarar ihtimalini ispat ederek, kazının ya da inşaatın önlenmesi için istemde bulunmaması hâlinde de, kusurlu olduğu söylenebilir. İşte, zarar görenin kusurlu davranışlarının zararın doğmasına ya da artmasına sebep olduğu bu hâllerde, TMK m. 757/II, hâkime, tazminattan indirim yapabilme yetkisinin yanı sıra, tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisi de tanımıştır. Aslında, BK m. 44/I’de de, zarar görenin zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması hâlinde, hâkime, tazminattan indirim yapma ve hatta tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmıştır. Bu itibarla, TMK m. 757/II hükmünün, BK m. 44/I hükmünün özel bir uygulama alanını oluşturduğu söylenebilir.

D) Türk Sivil Havacılık Kanunu’nda

Türk Sivil Havacılık Kanunu, sivil hava aracı işleteninin, hava aracının, üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumluluğunu düzenlemektedir. TSHK m. 134’e göre, *“Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan, sivil hava aracının işleteni sorumludur.”*. TSHK m. 134’te öngörülen bu sorumluluk, tehlike sorumluluğu olup, işleten, kendisinin veya adamlarının kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. İşleten, ancak, zararın doğmasına veya artmasına, zarar görenin veya adamlarının kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat edebilirse, tazminat borcundan

kısmen veya tamamen kurtulabilir (TSHK m. 137)²⁶⁸. “Müterafık Kusur” kenar başlıklı bu hüküm, zarar görenin kusurunu düzenleyen BK m. 44/I hükmünün özel olarak düzenlenmiş hâlidir. Zira, zarar görenin veya adamlarının zararın doğmasına ya da artmasına sebep olan kusurlu davranışlarının, tazminattan indirim sebebi olması, BK m. 44/I’e dayandırılabilceği hâlde, TSHK m. 137’de, bu husus özel olarak hükme bağlanmıştır. Bu nedenle, sivil hava aracı işleteninin sorumluluğu bakımından, genel hüküm olan BK m. 44/I hükmü değil, özel hüküm olan TSHK m. 137 hükmü uygulanacaktır.

E) Diğer Özel Düzenlemeler

Karayolu Taşıma Kanunu²⁶⁹, Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik²⁷⁰, Özel Güvenlik Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğ²⁷¹ ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğ²⁷², zarar görenin kusurunun, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edildiği diğer düzenlemelerdir.

Karayolu Taşıma Kanunu’nun 18. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Sorumluluktan kurtulamayan taşımacı, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, durum ve şartlara göre tazminattan indirim yapılabilir.”. Hükümün incelenmesinden anlaşılaacağı üzere, burada, zarar görenin kişisel kusuru söz

²⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 545; Oğuzman/Öz, s. 662.

²⁶⁹ RG. T. : 19.7.2003, S. : 25173.

²⁷⁰ RG. T. : 13.6.2003, S. : 25137.

²⁷¹ RG. T. : 26.2.2005, S. : 25739.

²⁷² RG. T. : 18.1.2004, S. : 25350.

konusu olup; bu hüküm, aslında, BK m. 44/I'in özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Şöyle ki; hükümde yer alan *“kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunması”* deyimi, BK m. 44/I'de yer alan zarar görenin fiilinin *“zararın ihdasına (doğmasına) yardım etmesi”* deyimi kapsamına girmektedir. Bu itibarla, taşımacının ödeyeceği tazminattan zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim, BK m. 44/I hükmüne dayandırılabilceği hâlde, Karayolu Taşıma Kanunu, bu hususu, özel olarak hükme bağlamıştır. Ancak, Karayolu Taşıma Kanunu'nun 18. maddesinde, BK m. 44/I'den farklı olarak, hâkim, sadece tazminattan indirim yapabilme yetkisine sahip olup, tazminat talebini reddetme yetkisine sahip değildir.

Özel Güvenlik Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğ ile Zorunlu Karayolu Taşımacılık Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğde de, zarar görenin kusuru hâlinde tazminattan indirim yapılacağı belirtilmiştir. Bunlardan, Özel Güvenlik Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğ'in 4. maddesinin son fıkrasına göre, *“Zarara sebebiyet veren olayın meydana gelmesinde zarar görenin kusuru varsa, ödenecek tazminattan bu kusur oranında indirim yapılabilir.”*. Zorunlu Karayolu Taşımacılık Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına İlişkin Tebliğin 4. maddesinin son fıkrasına göre ise, *“Kazanın oluşumunda zarar görenin kusuru var ise, bu kusur oranında ödenecek tazminattan indirim yapılabilir.”*. Her iki tebliğde de, zarar görenin zararın doğmasına katkıda bulunan kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiş olup, tebliğlerde yer alan bu hükümler, BK m. 44/I'in özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Ancak, burada da, Karayolu Taşıma Kanunu'nda olduğu gibi, BK m. 44/I'den farklı olarak, zarar görenin kusuru hâlinde, hâkimin tazminat talebini reddetme yetkisi bulunmamaktadır.

Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “...zararın, tüketicinin veya tüketicinin sorumlu olduğu üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanması hâlinde tüm hâl ve şartlar göz önüne alınarak, imalatçının/üreticinin sorumluluğu azaltılabilir veya kaldırılabilir.”. Bu hükümde de, zarar gören tüketicinin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Hükümde yer alan “...zararın tüketicinin... kusurundan kaynaklanması” deyimini, BK m. 44/I’deki “zararın ihdası (doğması)” ifadesinin kapsamına girmektedir. O hâlde, bu hüküm de BK m. 44/I’in özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelikte, yukarıda belirttiğimiz düzenlemelerden farklı olarak, tüketicinin (zarar görenin) kusuru hâlinde, hâkime, BK m. 44/I’de olduğu gibi, hem tazminattan indirim yapma hem de tazminat talebini reddetme yetkisi tanınmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM
ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK İSNAT EDİLEN HÂLLER
VE
KONUyla İLGİLİ DİĞER DURUMLAR

§ 4. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK İSNAT EDİLEN HÂLLER

I. Zarar Görenin Zararın Doğmasına Yardım Etmesi

BK m. 44/I’de zarar görenin kusuru olarak kabul edilen hâllerden ilki, zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesidir. Bu husus, BK m. 44/I’de, zarar görenin, “*zararın ihdasına yardım etmesi*” deyiimiyle ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, BK m. 44/I’de, zarar görenin, “zararın doğmasına sebep olması” değil, “zararın doğmasına yardım etmesi” deyiimi kullanılmıştır. Zira, zarar görenin, zarara tek başına sebep olduğu, yani, zararın doğmasındaki yegâne sebebin, zarar görenin kusuru olduğu hâllerde, zararın doğmasına yardım edilmesinden değil, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesinden söz edilir ki, bu hâlde, BK m. 44/I hükmü uygulanmaz¹. Oysa, zarar görenin zararın doğmasına yardım

¹ **Feyzioğlu**, s. 541; **Saymen/Elbir**, s. 503; **Önen**, s. 149; **Magnus/Martin-Casals**, s. 210; **Eren**, İlliyet, s. 187-188; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 310; **Eren**, Borçlar, s. 523-524, 732; **Deschenaux/Tercier**, s. 57; **Oğuzman/Öz**, s. 580; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 318; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 107; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 126. Bir kimsenin intihar etmek kastıyla, kendisini tramvayın önüne atıp ölmesi hâlinde, ölen kimsenin kusurlu davranışı, zararlı sonucun yegâne sebebi hâline gelmiş olduğundan, ilk sebeple (vatmanın önüne çıkan kimseyi ezmesi) zarar arasındaki uygun illiyet bağı kesilmiştir. Bu durumda, sorumluluğun unsurlarından illiyet bağı unsuru

etmesinden söz edilebilmesi için, zararın doğmasında, hem zarar verenin hem de zarar görenin kusuru bulunmalıdır. Başka bir deyişle, zarar, kısmen zarar verenin, kısmen de zarar görenin kusuru sonucunda ortaya çıkmış olmalıdır². Örneğin, tramvay sahanlığına binen bir yolcunun, tramvayın kapısının açık olması nedeniyle düşmesi ve yaralanması olayında, vatman, tramvayın kapısını kapatmadığı; yolcu ise, tehlike ve kaza ihtimali arka tarafa nazaran daha çok olan ve yolculara ayrılmamış bulunan ön sahanlığa bindiği için kusurludur³. Gerçekten, vatman, tramvayın kapısını açık bırakmasaydı, yolcu, yolculara ayrılmamış olan o yere binmiş olsaydı dahi düşmeyecekti. Bununla birlikte, yolcu, yolculara ayrılmamış olan yere binmemiş olsaydı, vatman, tramvayın kapısını açık bırakmış olsaydı dahi, bu zarar meydana gelmeyecekti. Görüldüğü üzere, burada ortak illiyet söz konusudur. Zira, ne zarar gören yolcunun ne de vatmanın fiili, tek başına zararlı sonucu doğurmaya elverişlidir. Zarar, bu iki fiilin birleşmesi sonucunda meydana gelmiştir. Yani yolcu, fiili ile zararın doğmasına yardım etmiştir; yoksa zararın doğmasına tek başına sebebiyet vermemiştir. İşte bu nedenle, vatmanın sorumluluğu devam etmekle birlikte, tazminattan, yolcunun kusuru oranında indirim yapılmaktadır⁴.

Zarar görenin kusurlu davranışının, niteliği itibariyle zararlı sonucu doğurmaya elverişli olan ilk olayı ikinci plâna atarak, zararlı sonucu tek başına doğurduğu, yani ilk olayla zarar arasındaki illiyet bağıını kestiği hâllerde, BK m. 44/I hükmünün

gerçekleşmediğinden, vatman sorumluluktan kurtulur ve dolayısıyla tazminata da hükmedilmez (Eren, Borçlar, s. 523-524).

² Feyzioğlu, s. 541; Kidner, s. 196.

³ Feyzioğlu, s. 541; Saymen/Elbir, s. 503; Birsen, s. 203.

⁴ Feyzioğlu, s. 541-542; Eren, Borçlar, s. 506.

uygulanmayacağını belirtmiştik. Zira, BK m. 44/I hükmü, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı, başka bir deyişle, zarar verenin sorumluluğunun devam ettiği hâllerde uygulama alanı bulmaktadır⁵. Ancak, sorumlu kişinin, zarar göreni, somut olayda meydana gelen zarardan koruma yükümlülüğü bulunuyorsa, zarar görenin kusuru, illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmış olsa bile, sorumlu kişi tazminat ödemekle yükümlü kılınabilir. Bununla birlikte, sorumlu kişinin ödeyeceği tazminattan, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır (BK m. 44/I). Örneğin; polis tarafından gözaltına alınıp, nezarethaneye konulan bir kimse, polisin, üst araması sırasında almayı ihmal ettiği bir iple intihar etmişse⁶ ya da kibritle kendisini yakmışsa⁷, kastıyla (bilerek ve isteyerek) kendisine zarar vermiş ve dolayısıyla, doğan zarara tek başına sebebiyet vermiş olsa da, polis, bu zarardan sorumlu olur. Zira, polisin, gözaltında bulunan kimselerin kendilerine zarar vermesini önleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸. Türk Hukukunda, polisin bu

⁵ **Eren**, Borçlar, s. 523-524.

⁶ Burada, zarar görenin, % 50 oranında kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır: Reeves v. Commissioner of Police of the Metropolis (1998) 1 WLR 401; (1999) 3 All ER 897 (**Wheat**, Kay, “The Law’s Treatment of the Suicidal”, The Oxford Medical Law Review, Nr.: 8, Summer 2000, s. 182; **von Bar**, Christian, The Common European Law of Torts, Volume Two, Oxford 2000, s. 555 dn. 316; **Magnus/Martin-Casals**, s. 61, 273, 275; **Kidner**, s. 196; **Alder**, John, “Dissents in Courts Of Last Resort: Tragic Choices”, Oxford Journal Of Legal Studies, Volume 20, Nr.: 2 (2000), <http://ojls.oxfordjournals.org/> (Erişim Tarihi: 4.12.2009), s. 227-228; **Weir**, s. 120; **Rogers**, s. 250-251).

⁷ Burada, zarar görenin, sadece % 15 oranında kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır: McKevitt v. Ireland and the Attorney General (1987) ILRM 541 (**von Bar**, s. 555, dn. 316).

⁸ **Kidner**, s. 196; **Wheat**, s. 182; **Magnus/Martin-Casals**, s. 61; **von Bar**, s. 555 dn. 316.

yükümlülüğü, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin⁹, “*Güvenlik Araması*” başlıklı 10. maddesinin b bendinde, gözaltı birimine getirilen kişi, “...kendisine zarar verebilecek kemer, kravat, ip, kesici ve delici alet gibi nesnelerden arındırılır.” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar, yukarıdaki örneklerde, polis, bu yükümlülüğünü, üst aramasını iyi yapmayarak ihlâl etmiş olsa da, zarar gören kimse de kendisine kasten zarar verdiği için kusurlu olduğundan, tazminattan, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılır¹⁰.

BK m. 44/I anlamında, zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesinden söz edilebilmesi için, zarar görenin, ya davranışıyla, zararın doğmasını kolaylaştırmış olması¹¹ ya da karşı tarafın fiilinin, zarar verici sonuçlarını önleyecek tedbirleri

⁹ RG. T. : 1.6.2005, S. : 25832.

¹⁰ **Kidner**, s. 196; **Magnus/Martin-Casals**, s. 61; **von Bar**, s. 555 dn. 316. Polisin, zarar görenin, kendisine zarar vermesini önleme yükümlülüğünün bulunduğu bu hâllerde, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılamayacağını savunanlar da bulunmaktadır (**von Bar**, s. 555). Ancak, zarar görenin, ihmali ile zararın doğmasına yardım ettiği hâllerde bile, tazminattan indirim yapılacağı kabul edilirken, polisin, sırf, zarar görenin, kendisine zarar vermesini önleme yükümü bulunduğu için, zarar görenin kastı ile zararın doğmasına katkıda bulunduğu bu hâllerde, tazminattan indirim yapılmayacağını kabul etmek isabetli olmaz (**Magnus/Martin-Casals**, s. 61).

¹¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **Günel**, s. 211; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 321; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1513; **Tunçomağ**, s. 485; **Arsebük**, s. 145; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Yılmaz**, Hamdi, s. 29; **von Tuhr**, s. 102; **von Bar**, s. 555; **Deschenaux/Tercier**, s. 58; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 130.

almamış olması¹² gerekmektedir. Bu itibarla, zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesi hâlinin, esas itibariyle iki şekilde ortaya çıktığı söylenebilir.

Zarar görenin, davranışıyla, zararın doğmasını kolaylaştırması hâlinde, adeta, ikinci bir fail gibi, zararın doğumuna iştirak etmesi söz konusudur. Gerçekten, zarar gören, fail rolünde olsaydı, yani, kendisi değil de, bir başkası zarara uğrasaydı, zararın doğmasını kolaylaştıran davranışı, gerçek anlamda kusurlu sayılacak ve onun, zarar verdiği kişiye karşı sorumlu olmasına yol açacaktı. İşte, zarar görenin, başkası zarara uğrasaydı, bu kişiye, tazminat ödemesine sebep olacak davranışı, kendisinin zarara uğradığı hâllerde, zararın doğmasına yardım eden kusurunu oluşturarak¹³, lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılması sonucunu doğurur.

Zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran davranışı, çoğunlukla, haksız fiille aynı anda gerçekleşmekle birlikte, haksız fiilden önce de gerçekleşebilir¹⁴.

Zarar görenin, haksız fiilden önceki bir davranışı ile zararın doğmasını kolaylaştırmasının tipik örneği, tahriktir. Tahrikin, zarar görenin kusurunu oluşturabilmesi için, haksız olması gereklidir. Örneğin, (B)'den alacağını tahsil edemediği için icra yoluna başvuran ve haciz için (B)'nin evine giden (A)'nın, (B) tarafından dövülmesi olayında, zarar gören (A)'nın, zarar veren (B)'yi tahrik edici bir

¹² **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 321; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **Feyzioğlu**, s. 542; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514; **Tunçomağ**, s. 485; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Gönensay**, s. 190; **von Tuhr**, s. 102; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 130; **von Bar**, s. 555; **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 661; **Magnus/Martin-Casals**, s. 78.

¹³ **von Bar**, s. 556.

¹⁴ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 113; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 130.

davranışı vardır; ancak, bu davranış haksız değildir. Zira, (A), alacağını, devletin yetkili icra organlarına başvurmak suretiyle tahsil etmek istemiştir. Buna karşılık, (A), tahsilat için icra yoluna başvurmayıp, (B)'nin evine baskın yapmış ve (B) tarafından dövülmüş olsaydı, (A)'nın bu davranışı, haksız tahrik oluşturduğu için, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olurdu¹⁵. Bu itibarla, zarar görenin, zarar vereni haksız olarak tahrik etmesi hâlinde, zararın doğmasına yardım eden kusuru söz konusu olduğundan, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır¹⁶ ¹⁷. Örneğin; köşe yazarı (A)'nın, kendisi gibi köşe yazarı olan

¹⁵ **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311.

¹⁶ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514; **Tunçomağ**, s. 486; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 597; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Funk**, s. 77; **Göktürk**, s. 97; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 130; **Güleç (Uçakhan)**, s. 599.

¹⁷ “*Hukuk hâkiminin, tazminata hüküm verirken, mağdur tarafından vaki tahriki, nazarı dikkate alması ve Borçlar Kanunu’nun 44. maddesi gereğince, tazminat neticesinde bir azaltma yapması lazımdır*” : Y. 4. HD, 12.3.1938, 418/548 (**Atasayan**, s. 486, No: 2018). “*Ceza mahkemesinde ceza hâkimi, davalıyı cezalandırırken, olayda ölenin tahriki bulunduğunu kabul ederek, TCK’nın 51/I fıkrasını uygulamıştır. Borçlar Yasası’nın 44. maddesi hükmünce, mutazarrır olanın eylemi, zararın ihdasına yardım ettiği ve zararı yapan kişinin hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde, hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis edebilir. Ölenin ceza hâkiminin kesinleşmiş kararı ile beliren ve zararın ihdasına yardım eden eylemi gözetilerek, zarar miktarında bir indirme yapılmamış olması yasaya aykırıdır*”: Y. 4. HD, 10.3.1975, 1969/3027 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 707). “*Kesinleşen ağır ceza mahkemesi ilamında, sigortalının hafif tahriki kabul edilerek, TCK’nın 51. maddesi uygulandığına göre, tazminattan BK’nın 44. maddesi gereğince indirim yapılmaması dahi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir*”: Y. 10. HD, 30.11.1982, 4327/5318 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 691). Zarar görenin tahriki nedeniyle, yalnız maddi tazminattan değil; manevî tazminattan da, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir: Y. HGK,

(B)'nin, kişilik hakkını ihlâl eden bir yazı yazması üzerine, (B) de, (A)'nın kişilik hakkını ihlâl eden bir yazı yazar ve (A), (B)'ye tazminat davası açarsa, (B) aleyhine yazı yazmak suretiyle, onu tahrik ettiği için, lehine hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır¹⁸. Bunun gibi, zarar verenin, zarar görenin kusurlu davranışları sonucunda, ona hakaret etmesi¹⁹ veya zarar görenin ağır hakaretleri sonucunda, onu silahla yaralaması ya da darp etmesi²⁰ hâlinde de, zarar görenin,

9.2.1983, E. 979/4-1871, K. 121 (**Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Manevî Tazminat, Öğreti, Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 634).

¹⁸ **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311. Yargıtay da, karşılıklı hakareten kaynaklanan bir manevî tazminat davasında, davacının, davalı aleyhine verdiği demeçte eleştiri sınırlarını aştığı için, davalının cevap vermesine, kendi tutum ve davranışı ile sebebiyet verdiğini (davalıyı tahrik ettiğini) kabul ederek, davacıya ödenecek tazminattan, BK m. 44/T'e dayanılarak indirim yapılmasının yerinde olduğuna karar vermiştir: Y. HGK, 21.11.1984, 196/958 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁹ Y. HGK, 3.11.1993, 18-469/700 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁰ Y. 4. HD, 15.6.1989, 2317/5452 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514, dn. 326); Y. 4. HD, 4.4.2002, E. 2001/12815, K. 2002/4209, Y. 4. HD, 10.3.2003, E. 2002/12142, K. 2003/2411 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Portekiz Temyiz Mahkemesi de, zarar görenin, zarar verene hakaret etmesi üzerine zarar veren tarafından yumruklanması olayında, zarar görenin tahriki nedeniyle, tazminattan, büyük oranda indirim yapılmasına karar vermiştir: STJ 18 May 1988, BolMinJust 377 (1988), p.275 (**von Bar**, s. 550). Buna karşılık, Yargıtay, bir kararında, davacının, davalıya ait yolu kapaması veya onu dövmesi üzerine davalı tarafından yaralanması hâlinde, davacının, kusurlu olduğunu kabul etmemiştir: Y. 3. HD, 23.6.1960, 4441/3669 (**Tunçomağ**, s. 486). Yine, Yargıtay, bir başka kararında da, faile söverek onu tahrik eden zarar görenin, fail tarafından tokatlanması ve bunun sonucunda dişlerinin kırılması olayında, zarar görenin faile sövmesi ile fail tarafından tokatlanıp dişlerinin kırılması nedeniyle uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle, zarar görenin kusurlu olmadığına karar vermiştir:

zarar vereni tahrik edici davranışları söz konusu olduğundan, tazminattan indirim yapılır. Aynı şekilde, zarar görenin, trenin sigara içilmeyen bölümünde sigara içmekte olan zarar verenin, sigarasını ağzından çıkartarak söndürmesi²¹ ya da zarar verenin arabasının yakınında fişek patlatması²² üzerine, zarar veren tarafından dövülmesi hâlinde de, tazminattan indirim yapılması mümkündür²³. Bununla birlikte, tazminattan yapılacak indirim miktarı, zarar görenin, zarar vereni tahrik edici fiilinin

Tem. M. HHU, 4.11.1951, 47/144 (**Atasayan**, s. 487, No: 2022). İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kız çocuğunun köpek tarafından ısırılarak yaralanması olayında, zarar gören çocuğun, ısırılma esnasında annesinin yanında bulunan dişi bir çoban köpeğinin kokusunu taşımasının, köpeğin saldırmasını tahrik edici olabileceğini; ancak, zarar görenin, bunda kusuru olmadığı ve hayvanın tutucusu durumunda da bulunmadığı için, kusurlu olmadığı sonucuna vararak, zarar gören lehine tam tazminata hükmetmiştir: BGE 82 II 512 (**Kaneti**, I, s. 141, No: 125).

²¹ LG Berlin in (1978) NJW, 2343 (2344) (**Magnus-Martin-Casals**, s. 97).

²² BGH in (1982) VersR, 69 (70) (**Magnus-Martin-Casals**, s. 97).

²³ Bununla birlikte, tahrikin, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesi için, tahrik edilen haksız fiil failinin, kendisini tahrik eden zarar görene karşı, bu nedenle bir tazminat davası açmamış olması gerekir. Eğer, haksız fiil faili, tahrik nedeniyle, zarar görene karşı ayrıca bir tazminat davası açmışsa, artık, zarar görenin kendisi aleyhine açmış olduğu davada, tahriki, tazminattan indirim sebebi olarak ileri süremeyecek; hâkim de, tahrik nedeniyle, tazminattan indirim yapılmasına karar veremeyecektir. Aksi takdirde, tahrik edici davranışlarda bulunan zarar gören, bu davranışı nedeniyle, hem tazminat ödemiş hem de kendisinin açtığı tazminat davasında, lehine hükmedilen tazminattan indirim yapıldığı için, kayba uğramış olur. Başka bir deyişle, zarar gören, aynı davranışı nedeniyle iki kez cezalandırılmış olur ki, bunu da kabul etmek mümkün değildir. Örneğin; kendisine hakaret eden (A)'yı döven (B), (A)'ya karşı hakaret nedeniyle bir tazminat davası açmışsa, artık, (A)'nın kendisine karşı açtığı davada, (A)'nın haksız tahrikte bulunduğunu ileri süremeyecek; hâkim de, (A)'nın tahrik edici fiili nedeniyle tazminattan indirim yapılmasına karar vermeyecektir (**Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 311).

ağırlığına ve zarar verenin bu fiile verdiği tepkinin ölçüsüne göre değişir. Hatta, zarar verenin, zarar görenin hafif tahriki karşısında, çok aşırı bir tepki vererek, zarar göreni ciddi bir şekilde yaralaması ya da öldürmesi durumunda, tazminattan indirim dahi yapılmayabilir²⁴.

Zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran davranışlarına, özellikle trafik kazaları sonucunda meydana gelen zararlar da rastlanır. Bu anlamda, zarar görenin, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi, ona, kendi kusuru olarak isnat edilir. Bu duruma örnek olarak, zarar görenin, yaya geçidi olmayan bir yerden karşıya geçmeye çalışması²⁵, geceleyin hızlı araba sürmesi²⁶, araba hareket hâlindeyken, arabanın,

²⁴ **Magnus/Martin-Casals**, s. 71, 97, 222, 229, 290. İngiliz Mahkemelerinin, zarar verene hakaret eden zarar görenin, zarar veren tarafından dövülmesi ve ciddi bir şekilde yaralanması durumunda, zarar görenin hakaretini, hafif tahrik olarak değerlendirerek, tazminattan indirim yapmama eğiliminde oldukları belirtilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 71).

²⁵ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 320; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 115. Örneğin; hafif derecede sakatlığı bulunan 75 yaşındaki zarar görenin, yolun karşı tarafındaki alışveriş merkezine gitmek için, 150 metre ileride yaya geçidi olmasına rağmen, alışveriş merkezinin karşısındaki kaldırımdan dikkatsizce karşıya geçmesi ve yaralanması olayında, zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran bu davranışı ile zararın doğmasına yardım ettiği ve bu nedenle, lehine hükmedilecek tazminattan indirim yapılacağı söylenebilir. Gerçekten, her ne kadar yayalar, trafiğe çıktıkları zaman, tehlikeye açık olsalar da, kendi güvenliklerini tehlikeye atacak davranışlardan kaçınmalıdırlar. Bu itibarla, zarar görenin yaya geçidinden geçmemesi, yani, daha uzun ama güvenli yolu tercih etmemesi, kendisine kusur olarak isnat edilir. Üstelik, burada, zarar görenin özel durumu, yani, 75 yaşında olması ve hafif derecede sakatlığının bulunması dolayısıyla, karşıya hızlı bir şekilde geçmesi ihtimalinin düşük olması, zarar görenin kusurunu daha da ağırlaştırmaktadır (**Magnus/Martin-Casals**, s. 94-95, 220, 228).

²⁶ BGE 26 II 839 (**Oser/Schönenberger**, s. 408); **Tunçomağ**, s. 486.

menteşesi kırılan kapısını takmaya çalışması²⁷, aracını işaret vermeden durdurması²⁸, aracıyla kendi şeridinde seyretmeyip, otobüsün bulunduğu karşı şeritte seyreterek, son anda kendi şeridine dönmesi²⁹, geceleyin, yağmurlu bir havada, yaya kaldırımı yerine taşıt yolundan yürümesi³⁰, yaya geçidinden, yayalar için kırmızı ışık yanarken geçmeye çalışması³¹, yol ve hava durumunu dikkate almadan, aşırı hızlı araç kullanması³², gelen araçlara bakmadan aniden taşıt yoluna fırlaması³³, karşıdan gelen

²⁷ Oysa, böyle bir durumda, zarar görenin, şoföre haber verip arabayı durdurtması ya da kapı ile uğraşmaktan kaçınması daha doğru olurdu (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599). İsviçre Federal Mahkemesi de, römorkun arka kapağının menteşelerinden çıkacağını gören işçinin, bunu onarmaya çalışması esnasında, römorktan düşüp yaralanması olayında, zarar gören işçinin, römorku durdurmayıp, römork hareket hâlindeyken, serbest kalan eliyle tutunmadan römorkun kapağına uzanmasının, kusurlu bir davranış olduğunu kabul etmiş ve işçiye ödenecek tazminattan % 30 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir: BGE 89 II 118 (**Kaneti**, II, s. 125, No: 78).

²⁸ Y. 4. HD, 26.12.1957, 3037/7655 (**Olgaç**, II, s. 302, No: 20).

²⁹ Y. CGK, 21.11.2000, 2-217/229 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰ BGE 63 II 341-343 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30); Zarar görenin, yayalara yasaklanmış bir yerden geçmesi de kendisine kusur olarak isnat edilebilir (**Aybay**, s. 92).

³¹ Deutsches Autorecht (München) 1976, s. 231 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30'dan naklen).

³² Y. CGK, 4.3.2003, 2-17/13 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Funk**, s. 77; **Güleç (Uçakhan)**, s. 599. Azami hız sınırının aşılmış olması, otomatik olarak zarar görenin kusurunu oluşturmaz. Hız sınırının aşılması, ancak, zarar görenin uğradığı zararın doğmasında etkili olmuşsa, tazminattan indirim sebebi olur (**Magnus/Martin-Casals**, s. 70, 93-94, 220, 227). Bununla birlikte, Alman Hukukunda, geçiş hakkının ihlâli ile ilgili olaylarda, hız sınırının, % 20 oranında ihlâl edilmiş olması, bu ihlâlin, zarar görenin kusurunu oluşturmaları için gerekli ve yeterli kabul edilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 93). Köln Mahkemesi ise, yakın zamanda verdiği bir kararda, azami hız sınırının, küçük oranlarda ihlâlinin dahi, zarar görenin kusurunu oluşturacağını belirtmiştir. Kavşakta meydana gelen ve motosiklet sürücüsünün

aracın hızını ve uzaklığını yanlış değerlendirmesi³⁴, motosiklet sürücüsünün, kendisini çok yakından sollamaya çalıştığını görmesine rağmen, sola kayması³⁵, trafik kurallarına aykırı bir yerde durması³⁶, alkolü araba kullanması³⁷, yolun sol

60 km'lik hız sınırını 5 km aştığı bir kazayla ilgili davada, mahkeme şu üç sonuca varmıştır:

1) Hız arttıkça, kinetik enerji de artmakta ve güvenli duruş mesafesi uzamaktadır. 2) Azami hız sınırının izin verdiği en yüksek hız, en iyi sürüş koşullarına göre belirlenmiş olup; ancak, en iyi sürüş koşullarında bu hıza ulaşmak mümkündür ve en iyi sürüş koşulları, somut olayda her zaman mevcut olmaz. 3) İstatistiklere göre, aşırı hız, trafik kazalarına en çok yol açan sebeplerden biridir. Mahkeme, bu gerekçelere dayanarak, zarar gören lehine hükmedilen tazminattan % 25 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir: OLG Köln in (1992) VersR, 110 (**Magnus/Martin-Casals**, s. 94).

³³ Tem. M. HHU, 9.1.1952, 87/5 (**Atasayan**, s. 488, No: 2026). Bir gencin kovaladığı 9,5 yaşındaki bir çocuk, taşıt yoluna fırlamış ve aşırı hızlı seyreden bir aracın altında kalmıştır. Mahkeme de, tazminattan 1/4 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir: BGE 63 II 61-62 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30). Yine, gelen araçlara bakmadan taşıt yoluna çıkan sarhoş bir yayanın, aşırı hızla seyreden bir otomobilin çarpması sonucunda ölmesi olayında, hem ölen yayanın hem de sürücünün ağır kusurlu olduğuna karar verilerek, ölen yayanın yakınlarına ödenecek tazminattan 2/5 oranında indirim yapılmasına karar verilmiştir: Landgericht München in Versicherungsrecht (Karlsruhe) 1977, s. 51-52 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30'dan naklen).

³⁴ Bisiklet sürücüsü, akşam karanlığında ve karla kaplı bir yolda, önünde giden birkaç yayayı geçerken, karşıdan gelen aracın hızını ve uzaklığını doğru değerlendiremediği için, bu araçla çarpışmıştır. Ancak, yol karlı olmasına rağmen, hızlı seyreden araç sürücüsü de kusurludur. Bu nedenle, ilk derece mahkemesi, zarar gören bisiklet sürücüsüne ödenecek tazminattan, 3/5 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir. Federal Mahkeme ise, 1/2 ya da 1/3 oranında bir indirimin daha yerinde olacağını belirtmiştir: BGE 95 II 573 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30-31).

³⁵ BGE 63 II 221 (**Yılmaz**, Hamdi, s. 30).

³⁶ Y. 4. HD, 23.1.1957, 5223/334 (**Olgaç**, II, s. 303, No: 21)

tarafını takip etmesi³⁸, aracını park yasağı olan ve park eden arabaların çekilip götürüldüğü bir bölgeye park etmesi³⁹ verilebilir.

Zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran davranışlarına, bankanın, hesap sahiplerine karşı sorumluluğunda da, uygulamada oldukça sık rastlanmaktadır. Gerçekten, vadeli mevduat hesabındaki paranın, banka tarafından, yanlış bir kişiye ödenmesi nedeniyle meydana gelen zararlarda, çoğunlukla, zarar gören hesap sahibinin kusurlu bir davranışının da etkisi bulunmaktadır. Şüphesiz, tacir sıfatını haiz ve bir güven kurumu olan banka, hesap sahiplerinden topladığı para ve diğer menkul değerleri saklamada ve istenildiğinde, bunları, hesap sahiplerine iade etmede gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Ancak, hesap sahibi de, kimliğine ilişkin belgeler ile banka hesabına ait bilgi ve belgeleri özenle saklamak durumundadır. Bu itibarla, banka hesabındaki para, kimliği belirsiz kişilerce çekilmiş bulunan zarar gören hesap sahibi, kimliğine ilişkin belgeler (nüfus cüzdanı, yeşil kart gibi) ile banka hesabına ait bilgi ve belgeleri (banka hesap cüzdanı vs. belgeler) saklamada gerekli özeni göstermeyerek, bu belgelerin çalınmasına neden olmuşsa, hesabındaki paranın çekilmesinde, yani zararın doğmasında, kendisinin de kusurlu olduğu kabul edilir⁴⁰. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir⁴¹. Aynı şekilde, kart hamili

³⁷ Y. 4. HD, 11.5.1951, 4701/3696; Y. HGK, 5.3.1952, 3-265-61/61 (**Olgaç**, II, s. 303, No: 22, 23).

Zarar görenin, uyuşturucu maddenin etkisindeyken yahut aşırı yorgun bir biçimde araba kullanması da, kendisine kusur olarak isnat edilebilir. Zira, bu durumlar, zarar görenin normal bedensel gücünü azaltmaktadır (**Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 114-115; **Funk**, s. 77).

³⁸ **Oser/Schönenberger**, s. 408.

³⁹ **Magnus/Martin-Casals**, s. 82.

⁴⁰ Bankaya güvenin sorumluluk yönünden genel değerlendirmesi hakkında bkz. **Battal**, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001, s.105 vd.

de, banka kartını ve kartla ilgili bilgileri özenle saklamak ve korumak durumunda olduğundan⁴², bu ödevini yerine getirmediği takdirde, onun da, uğradığı zararın doğmasında kusurlu olduğu sonucuna varılabilir⁴³. İnternet bankacılığı işlemleri bakımından da aynı durum söz konusudur. Zira, internet bankacılığı alanında da,

⁴¹ Y. 11. HD, 29.9.2003, 2344/8511; Y. 11. HD, 11.10.2004, 408/9568; Y. 11. HD, 17.2.2005, E. 2004/4651, K. 2005/1349; Y. 11. HD, 3.10.2006, E. 2005/9009, K. 2006/9691; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴² Kart hamilinin bu ödevi, 5464 sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu'na dayanmaktadır. Gerçekten, BKKK m. 16/T'e göre, "*Kart hamili, kendisine tevdi edilen kartı ve kartın kullanılması bir kod numarası, şifre veya kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu bilgileri, güvenli bir şekilde korumak ve başkaları tarafından kullanılmasına engel olacak önlemleri almak... zorundadır*".

⁴³ "...davacı, davalı bankadan aldığı kredi kartını ATM cihazında kullanırken kartın sıkıştığını, o sırada yanında bulunan kişinin uyarı ve telkinleri doğrultusunda, ATM cihazında tesis edilmiş telefonu kullanarak kredi kartını iptal etmeye kalkıştığını, ancak, kartının ve bilgilerinin kötüniyetli kişi tarafından elde edilerek kullanıldığını, olayda davalı bankanın kusurlu olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmıştır...Şu hâle göre, ATM cihazlarındaki kart yuvalarını kötüniyetli üçüncü kişilerin kolayca müdahâlelerine imkân tanıyacak şekilde bırakan ve yine, ATM cihazlarına kötüniyetli üçüncü kişilerin telefon düzeneği yerleştirmelerini engelleyecek ve bu konuda yeterli denetim tedbirlerini almayan davalı bankanın olayda aslî kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Ne var ki, kart sahibi olan davacı da, gerek davalı banka ile imzaladığı sözleşmenin 10. maddesi ve gerekse, 5464 sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu'nun 16. maddesi hükmü gereğince, kendisine tevdi edilen kartı ve bilgilerini özenle ve güvenli bir şekilde korumak...zorundadır. Kartı ATM cihazına sıkışan davacı, daha güvenli yollardan kart çıkaran bankayı haberdar etmek yerine, kötüniyetli kişilerin talimatı ile hareket edip kart ve bilgilerinin onların eline geçmesine sebebiyet verdiğine göre, olayda davacının da müterafik kusurlu olduğunun kabulü zorunludur...": Y. 13. HD, 27.2.2009, E. 2008/12361, K. 2009/2549 (<http://gencavukatlarbirligi.org/syficerikgoruntule.aspx?id=4&gid=7>), Erişim Tarihi: 31.7.2009.

banka hesaplarındaki paraların, üçüncü kişilerce, müşterilere ait şifre bilgileri kullanarak başka hesaplara aktarılması durumuyla karşılaşmaktadır⁴⁴. Bu nedenle, mevduat sahibi, kendisine verilen şifreyi ve işlemlerde kullandığı kişisel bilgileri özenle saklamak ve başka kişilerin öğrenmesini önlemek durumundadır⁴⁵. Gerçekten, şifresini ve işlemlerde kullandığı kişisel bilgileri özenle saklamayan mevduat sahibi, bu davranışıyla, uğradığı zararın doğmasını kolaylaştırmış olduğundan, kusurlu sayılır⁴⁶. Mevduat sahibi, şifresini ve işlemlerde kullandığı kişisel bilgilerini özenle saklasa bile, interaktif bankacılık alanına, kendisi giriş yaptıktan sonra, işlem sonunda çıkış yapmayarak, üçüncü kişilerin bu alandan işlem yapmasına neden olabilir. Örneğin; hesap bakiyesini öğrenmek için bir internet kafeden bankanın web sayfasına bağlanan müşteri, sonradan çıkış yapmayı unutarak bu yerden ayrılacak olursa, kendisinden sonra gelen kötü niyetli kişilerin işlem yapmasına olanak sağlamış olur. Bu nedenle, başkalarının da kullanımına açık araçlardan interaktif bankacılık alanına yapılacak girişlerde, daha dikkatli olunması gerekir. Aksi hâlde, zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran bir davranışı ile zararın doğmasına yardım etmesi söz konusu olur ve zarar gören lehine hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır⁴⁷.

⁴⁴ **Çeker**, Mustafa, İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluluğu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle, (<http://dergi.adanabarusu.org.tr/0102032007/>), Erişim Tarihi: 20.6.2009, s. 32.

⁴⁵ **Çeker**, s. 35.

⁴⁶ **Çeker**, s. 40.

⁴⁷ **Çeker**, s. 41.

Zarar görenin, zararın doğmasını kolaylaştıran davranışlarına, iş kazası ve meslek hastalıkları sebebiyle uğranılan zararlarda da rastlamak mümkündür. Gerçekten, üretim veya hizmet sürecinde, işçi ya da işverenin, zarara yol açabilen çok değişik davranışları ile karşılaşilmektedir. Zarara sebep olan olaylardan yargıya en sık intikal edeni, iş kazası ve meslek hastalıkları olup, bu nedenle açılan davaların büyük bir çoğunluğu da maddi tazminat davalarıdır⁴⁸. Talep edilen miktar itibarıyla oldukça yüksek rakamlara ulaşabilen bu tazminat davalarında, tarafların, iş kazasının gerçekleşmesindeki kusur durumlarına göre tazminata hükmedilmektedir. Uygulamada karşılaşılan iş kazalarının çoğunda, kazanın doğmasında, işçi ve işverenin her ikisinin de kusurlu olduğu görülür. İşte, işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini gerektiği ölçüde almadığı, işçinin de, gerek verilen talimatlara uymaması gerek diğer kusurlu davranışları ile kazanın (zararın) doğmasını kolaylaştırdığı hâllerde, işçi lehine hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmaktadır^{49 50}. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir^{51 52}.

⁴⁸ **Akın**, 94. Esasen, iş kazası ve meslek hastalıklarında, işçilerin uğradıkları zararın tamamının, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanması gerekir. Ancak, ülkemizde SGK'nın sigorta yardımları, henüz sigortalının tüm zararını karşılayacak düzeye ulaşmadığından, hemen her olayda, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan işçinin, SGK tarafından karşılanmamış bir miktar zararı kalabilmektedir. Bu nedenle, işçiler, zararlarının SGK tarafından karşılanmayan bu bölümü için, işveren aleyhine maddi tazminat davası açmaktadırlar (**Akın**, s. 94).

⁴⁹ **Akın**, s. 94-95; **Süzek**, s. 369, 376; **Oğuzman/Öz**, s. 674-675. Bu çözüm tarzı, genellikle, kusur dağılımının, işçinin çok aleyhinde olmadığı hâllerde benimsenmektedir. Bununla birlikte, kaza ya da hastalıktaki kusurun tamamına yakın bir kısmının işçiye yüklenebildiği olaylarda, mahkemeler, işçinin kusuru oranında bir indirim yapılması hâlinde, zararın büyük bir kısmının

Zarar görenin zararın doğmasını kolaylaştıran davranışlarına, şüphesiz, yukarıda belirttiğimiz hâllerin dışında da rastlanmaktadır. Örneğin; zarar görenin, apartmanın aydınlatılmamış merdivenlerinden dikkatsizce ve alelacele inmesi⁵³,

işçi üzerinde kalacağı düşüncesiyle, BK m. 43 hükmüne dayanarak, işçinin katlanması gereken zararın bir kısmını daha işverene yüklemektedirler (**Akın**, s. 95).

⁵⁰ İş kazasına uğrayan işçinin kusurunun, tazminat miktarına etkisi bakımından karşılaşılabilecek ikinci ihtimal, iş kazasının, işçinin kusuru ve kaçınılmaz olayların etkisi ile meydana gelmiş olmasıdır. Bu tür iş kazalarında, işveren kendisine düşen ödevleri tümüyle yerine getirmiş; ancak, gerek işçinin kusurlu hareketi gerek kaçınılmaz olayların etkisiyle, iş kazası gerçekleşmiştir. Bu ihtimalde de, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca, işçinin kusuru oranında indirim yapılmakla birlikte, kaçınılmazlığa işverenin katlanması istenir (**Akın**, s. 96). Bununla birlikte, iş kazasının tümüyle işçinin kusurundan kaynaklandığı hâllerde, işverenin sorumluluktan kurtulması, BK m. 44/I hükmünün bir sonucu olmayıp; illiyet bağının kesilmesi sorunuyla ilgilidir. Örneğin; bir işçi, ölümüne sebep olabilecek bir makinede intihar edebilir ya da alkollü olması nedeniyle, kendini asit havuzuna atabilir. Her iki durumda da, işçinin kusuru, illiyet bağına kesecek yoğunluğa ulaştığından, işveren sorumluluktan kurtulacaktır (**Akın**, s. 96-97-98).

⁵¹ Y. HGK, 27.10.1965, E. 611/D-9, K. 389 (**Olgaç**, II, s. 304, No: 26); Y. İBGK, 31.3.1954, E. 1953/17, K. 1954/10; Y. HGK, 26.12.1975, E. 1974/9-738, K. 1975/1700; Y. HGK, 8.6.1994, 9-246/382; Y. 21. HD, 28.6.2004, 2563/6386; Y. 21. HD, 24.5.2007, 763/8564 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵² İşçinin, iş kazasına uğramada ya da meslek hastalığına tutulmada kusuru bulunuyorsa, sadece maddi tazminattan değil, manevî tazminattan da, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir: Y. HGK, 6.7.1966, 801/218; Y. 21. HD, 28.6.2004, 2563/6386; Y. 21. HD, 24.5.2007, 763/8564 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Y. 9. HD, 5.5.1992, 2806/5015 (**Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, İkinci Cilt, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul 2003, s. 92).

⁵³ Mal sahibi, apartmanın merdivenlerini aydınlatmakla yükümlüdür. O, bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş; ancak, zarar gören de, merdivenlerin aydınlatılmadığını bilmesine rağmen, bir lamba

elindeki değerli bir lambanın değerini tespit ettirmek için başvurduğu kuruluşa, sadece fotoğraf üzerinden değerlendirme yapılması hususunda ısrar etmesi⁵⁴, karlı bir

almaksızın, dikkatsizce ve hızlı bir şekilde merdivenlerden inerek ayağını incitmiştir. Zarar gören, bu davranışı ile, uğradığı zararın doğmasını kolaylaştırdığı için kusurludur. Zira, yanına bir lamba alsaydı yahut daha dikkatli ve yavaş bir şekilde merdivenlerden inseydi, zarar meydana gelmeyebilirdi (**Saymen/Köprülü**, s. 165; **Arsebük**, s. 145). İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olan, zarar görenin, bina aydınlatılmadığı için yanlış bir yöne saparak, bodruma girmesi ve düşerek yaralanması olayında ise, davalının gayrimenkulünde, yapı ve bakım kusuru olmadığı, bu kusurun varlığı kabul edilse bile, zarar görenin ağır kusurunun, illiyet bağıını kestiği sonucuna varılarak, tazminata hükmedilmemiştir. Kararın gerekçesi şöyle açıklanmıştır; *"...davacı eve girdiğinde, giriş kısmı karanlıktı. Ancak, yazıhane kapısı açık kaldığından, oranın lambası yukarı kata, giriş kapısından görülebilecek hafif bir aydınlık veriyordu. Davacı, ne tarafa gideceğini biliyordu ve davalı da ona seslenmişti. Henüz tereddütlü olduğu ya da karanlıkta ilerlemek istemediği takdirde, davalıdan ışığı yakmasını kolayca isteyebilirdi. Bundan başka, bodruma götüren kapıyı açtığı zaman, ufak bir dikkat gösterseydi, yanlış yola saptığını anlayabilecek ve geri dönecekti. Hatta, bu yönde gitmeye devam etmek isteseydi bile, en basit ihtiyat, bunu, yeri aydınlattıktan sonra ya da karanlıkta çok dikkatle ilerlemek suretiyle yapmasını gerektirirdi. Böylece, davacı, kazanın tek sebebi sayılması gereken zincirleme kusurlar işlemiştir. Bundan ötürü, davası mesnetsizdir."*: BGE 81 II 450 (**Kaneti**, I, s. 174, No: 157).

⁵⁴ Burada, zarar gören, ilgili kuruluşa, lambanın yalnızca fotoğrafı üzerinden değerlendirme yapmaları konusunda ısrarda bulunmuştur ve kuruluşun belirlediği değere güvenerek, lambayı satmıştır. Daha sonra, kurum tarafından belirlenen değer (12.000 frank), lambanın gerçek değerinin (30.000-40.000 frank) altında olduğu anlaşılmıştır. Bunun üzerine, zarar gören tarafından açılan tazminat davasında, mahkeme, değerlendirmenin sadece fotoğraf üzerinden yapılması konusunda ısrar eden zarar görenin de kusurlu olduğu sonucuna vararak, tazminattan indirim yapılmasına karar vermiştir: BGE 112 II 347 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 597, dn. 11f).

havada dikkatsizce yürümesi⁵⁵, kendisine verilen dekontu kontrol etmemesi⁵⁶, bir çamaşır yıkama evinde, kapaksız bir kurutma makinesindeki çamaşır yığının dikkatsizce yaklaşması⁵⁷, havale yaptırırken, ödenmesini istediği emre yazılı senedin lehtarını ve hangi bankada bulunduğunu bildirmeyerek eksik talimat vermesi⁵⁸, dokuz katlı bir binanın, sadece 25 cm yüksekliğinde bir korkulukla çevrilmiş terasındaki çimleri biçerken dikkatsiz davranması⁵⁹, basiretli bir tacir gibi davranmayarak ilk defa ticarî ilişkide bulunduğu bir firma hakkında gerekli araştırmayı yapmaması⁶⁰, ustabaşının, alçı madeninin tavanındaki tehlikeli bölgenin yıkılması hususundaki ikaz ve talimatına rağmen, bu bölgeyi tam olarak yıkmaması⁶¹, işçisine yanlış emir ve talimat vermesi ya da doğru bir talimat vermiş

⁵⁵ **Saymen/Köprülü**, s. 165.

⁵⁶ “...Davacıya verilen ödeme dekontunda, paranın başka birinin hesabına yatırıldığı görünmekte olup, davacının, dekontu kontrol etmeyerek bu zararın doğmasında müterafik kusuru bulunduğundan, BK m. 44 gereğince, mahkemece, zarardan uygun bir indirim yapılarak hüküm kurulması gerekirken, bu hususun nazara alınmaması bozmayı gerektirmiştir...”: Y. 11. HD, 19.6.1997, 4150/4860 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷ Burada, zarar gören, çamaşır yığınıyla temas etmek suretiyle, elini, kurutma makinesinin dönmekte olan kasnağına kaptırmış ve parmaklarının sıkışması nedeniyle yaralanmıştır: BGE 90 II 227 (**Kaneti**, II, s. 129 vd., No: 80).

⁵⁸ Y. 11. HD, 25.12.1980, 6134/6084 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, İkinci Cilt, s. 984).

⁵⁹ BGE 106 II 208-212 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 115, dn. 186; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 598, dn. 11g).

⁶⁰ Y. 11.HD, 28.1.2002, E. 2001/8360, K. 2002/509 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹ Burada, ustabaşı, alçı madeninde çalışmakta olan iki işçiye, rutin işlerine başlamadan önce, madenin tavanındaki tehlikeli bölgeyi yıkmalarını ve bu bölgeyi yıktıktan sonra, işlerine devam etmelerini söylemiştir. İşçiler, bu bölgeyi yıkmaya başlamışlar; ancak, yarım saat sonra, işçilerden biri (ölen işçi), diğer işçiye, artık, yıkma işini bırakmaları ve rutin işlerine dönmeleri önerisinde

olmasına rağmen, bunun yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmemesi⁶², ciro yoluyla teslim aldığı çeklerin sıhhati ve ticarî ilişkide olduğu şirket hakkında bir araştırma yapmaması⁶³, tayını, otomobil geçidi olan bir yerde bağlamadan bırakması⁶⁴, personelinin yaptığı sahtecilikten haberdar olmasına rağmen, iş akdini feshetmemesi, üstelik, kendisine ait hesaptan ona para ödenmesi yolunda bankaya talimatlar vermesi⁶⁵, boşanma davasına ilişkin dava dilekçesinde aile yaşamına ilişkin sırları açıklamak suretiyle, kişilik hakkına ilk saldırıyı yapması⁶⁶ hâlinde de,

bulunmuş; diğer işçi de bu öneriyi kabul etmiştir. Böylece, işçiler, tehlikeli bölgeyi tamamen yıkmadan, rutin işlerine devam etmişlerdir. Ancak, kısa bir sonra işçilerden biri, tavanın, üzerine çökmesi sonucunda hayatını kaybetmiştir. Mahkeme, ölen işçinin desteğinden yoksun kalan eşinin açtığı davada, öleni (desteği), % 80 oranında kusurlu bulmuş ve bu oranda tazminattan indirim yapmıştır: *Stapley v. Gypsum Mines Ltd* (1953) AC 663 (**Kidner**, s. 197-198; **Jones**, s. 624-625).

⁶² İşçi, işverenin, kanuna veya toplu iş sözleşmesine aykırı olmayan ve işin ifasıyla ilgili bulunan emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşverenden de, bu emir ve talimatları doğru ve eksiksiz olarak vermesi ve bunların uygulanmasını kontrol etmesi beklenir. İşte, işveren, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için bir zarara uğramışsa, açılan tazminat davasında, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir (**Mollamahmutoğlu**, Hamdi, *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası*, Ankara 2008, s. 447).

⁶³ Y. 11. HD, 23.9.2003, 5556/8223 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁴ Tem. M. HHU, 11.3.1953, 4-135-23/29 (**Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 321, dn. 22).

⁶⁵ Y. 11. HD, 29.11.2006, 11-753/752 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁶ “...Davacı, boşanma davasına ilişkin dava dilekçesinde, aile yaşamına ilişkin gizleri açıklamış, davalı da karşı savlarda bulunmuştur. Davalının bir kısım savları, tanık ifadesi ile doğrulanmıştır. Öte yandan, anılan dilekçe ile kişilik hakkına ilk saldırı, davacı tarafından yapılmış olup, davalının davranışı ikinci plânda kalmıştır. Maddi olayın bu temel çizgisindeki gelişimi gözetilmeden ve özellikle davanın Borçlar Kanunu’nun 44/I maddesi gereğince reddi

zararın doğmasını kolaylaştıran bir davranışı ile zararın doğmasına yardım etmesi söz konusudur.

Zarar görenin, davranışıyla, zararın doğmasını kolaylaştırmasının yanı sıra, karşı tarafın fiilinin, zarar verici sonuçlarını önleyecek tedbirleri almaması da, BK m. 44/I anlamında zararın doğmasına yardım etmesi hâlini oluşturur. Gerçekten, zarar gören, önemli bir masraf veya tehlike olmadıkça, zararın doğmasını önlemek için gerekli tedbirleri almalıdır. Bu bağlamda, zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesinden haberdar etmemesi, yani, bu hususta onun dikkatini çekmemesi, kendisine kusur olarak isnat edilmektedir. Zira, sorumlu kişi, bu tehlikeyi bilseydi, zararın doğmaması için daha

gerekirken, yazılı şekilde davanın kısmen kabulü usul ve yasaya uygun görülmediğinden, kararın bozulması gerekmiştir... ”: Y. HGK, 3.4.2002, 4-289/260 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Yukarıda belirttiğimiz karara konu olan olayda, zarar, boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle değil, boşanma davasında verilen dilekçeler nedeniyle meydana gelmiş olmakla birlikte, zarar görenin, BK m. 44/I anlamında zararın doğmasına yardım etmesi hâline, boşanmaya sebep olan olaylar nedeniyle meydana gelen maddi ve manevî zararlarda da rastlanmaktadır. Gerçekten, boşanmaya sebep olan olaylarda, boşanma nedeniyle uğradığı maddi ya da manevî zararın tazminini talep eden eşin (zarar görenin) de kusuru bulunuyorsa ve bu kusur, tali nitelikte ise (örneğin; eşi zina yapan kadın, yatak odasını ayırmıştır), hâkim, tazminattan, BK m. 44/I gereği indirim yapabilir. Buna karşılık, tazminat isteyen eşin kusuru, diğer eşin kusuru ile eşitse ya da onun kusurundan daha fazla ise, tazminata hükmedilmeyecektir. Zira, boşanmada maddi ve manevî tazminatı düzenleyen MK m. 174/I ve MK m. 174/II hükümlerine göre, tazminat isteyen eşin, tazminata hak kazanabilmesi için, diğer eşten daha az kusurlu olması gerekmektedir (Dural, Mustafa /Öğüz, Tufan /Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2010, s. 143,145-146).

dikkatli ve özenli davranabilirdi^{67 68}. Bu duruma, çoğunlukla, zarar gören ile sorumlu kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde rastlanır. Zira, haksız fiilin işlenmesinden önce, zarar görenin, davranışıyla kendisini, kimin zarara uğratacağını bilmesi mümkün olmadığından, bu kişiyi (haksız fiil failini), zarar tehlikesinden haberdar etme imkânı da bulunmamaktadır⁶⁹. Bu nedenle, zarar görenin kusurunun bu görünümüne, genellikle, zarar görenin, özel bir dikkat ve özen gösterilmesi gereken bir işin yapılması konusunda, işi yapacak olanla anlaştığı, yani, işi yapacak olanla arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde rastlanmaktadır. Örneğin; içinde çok değerli bir mücevher bulunan kutuyu, birisine götürmesi için yardımcısına veren bir kimse, yardımcısına, kutunun içinde değerli bir şey olduğunu ve bu itibarla çok dikkatli olmasını söylememişse, yardımcısının, kutuyu dikkatsizliği sonucunda kaybetmesi hâlinde, kendisi de kusurludur. Zira, yardımcısını bu hususta uyarılmış olsaydı, yardımcı daha dikkatli davranabilirdi ve zarar meydana gelmeyebilirdi⁷⁰. Keza, zarar görenin, zarfı tevdi ettiği kimseye, zarfın içinde büyük miktarda para

⁶⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 321; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114; **Feyzioğlu**, s. 542; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1514; **Tunçomağ**, s. 485; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Gönensay**, s. 190; **von Tuhr**, s. 102; **Schwarz**, s. 144; **Funk**, s. 77; **Birsén**, s. 202-203; **von Bar**, s. 555; **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 661; **Magnus/Martin-Casals**, s. 78.

⁶⁸ BK m. 44/I'de yer alan "*mutazarrır olan taraf, ... zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde*" ifadesiyle, zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesinden haberdar etmediği durumların kastedildiği belirtilmektedir (**von Tuhr**, s. 102; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Arsebük**, s. 145, dn. 31).

⁶⁹ **von Bar**, s. 555.

⁷⁰ **Feyzioğlu**, s. 542.

bulunduğunu söylememesi⁷¹, temizlenmek üzere verdiği elbisenin üzerindeki düğmelerin inci olduğu hususunda temizleyiciyi uyarmaması⁷², kendisine ait bavulun özel değeri olduğu hususunda otel yönetiminin dikkatini çekmemesi⁷³, banka hesapları nedeniyle elde ettiği faiz gelirin ait stopajın süresinde yatırılması hususunda bankayı uyarmaması⁷⁴ hamala, taşıdığı sandığın içinde çok değerli ve kolay kırılacak bir şey bulunduğunu bildirmemesi⁷⁵, otelin anlaşmalı olduğu garaja arabasını bırakırken, arabasının ve bagajının anahtarını verdiği görevliyi, bagajın içinde değerli mücevherler olduğu hususunda uyarmaması⁷⁶, kendisine özel ders

⁷¹ **von Tuhr**, s. 102; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Arsebük**, s. 145; **Tunçomağ**, s. 485; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114; **Günel**, s. 211; **Schwarz**, s. 144; **Birsan**, s. 202-203.

⁷² **Schwarz**, s. 144; **Tunçomağ**, s. 485; **İnan**, s. 346; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114.

⁷³ BGE 46 II 116-120 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 114, dn. 182). Keza, zarar görenin, otele teslim ettiği bavulun içinde para bulunduğunu söylememesi hâlinde de, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesinden haberdar etmemesi söz konusu olur (**Eren**, Borçlar, s. 735).

⁷⁴ “...Davacının, davalı banka nezdinde mevduat hesabı bulunduğu ve bu hesaplar nedeniyle elde ettiği faiz gelirin ait stopajın, süresinde vergi dairesine yatırılmadığı taraflar arasında tartışmasızdır. Stopajın süresinde vergi dairesine yatırılması, vergi sorumlusu olan davalı bankaya ait bir yükümlülüktür. Ancak, vergi mükellefi olan davacının da, 15.10.2000 ve 10.12.2000 günlü yazılarda olduğu gibi, tüm süreçte, vergiden muaf olduğunu iddia ederek, davalıyı, stopajın yatırılmaması gerektiği yönünde ikaz etmesi, stopajın süresinde yatırılıp yatırılmadığını denetlememesi, bu konuda davalı bankayı uyarmaması nedeniyle, BK’nın 44. maddesi uyarınca kusurlu olduğunun kabulü gerekir...”: Y. 11. HD, 4.11.2003, 6143/10397 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵ **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 321; **İnan**, s. 346.

⁷⁶ **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 663-664.

verecek olan spor hocasına, kalp hastası olduğunu söylememesi⁷⁷, bankaya, çekin ibrazı hâlinde ödenmemesi yönünde bir uyarıda bulunmaması⁷⁸ hâlinde de, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesinden haberdar etmemesi söz konusu olur. Bununla birlikte, sorumlu kişiyi, onun bildiği veya bilmesinin gerektiği bir tehlike hususunda uyarmayan zarar görenin, kusurlu olduğu söylenemez. Örneğin; babalık davasını süresinde açmayan ve bu nedenle müvekkilinin zarara uğramasına yol açan avukat, dava süresi konusunda kendisinin dikkatini çekmeyen ya da kendisini bu hususta uyarmayan müvekkilinin kusurlu olduğunu ileri süremez. Zira, avukat, zarar göreni temsil görevini aldığı anda, dava henüz açılmamış olduğundan, onun ilk ödevi, sürenin kaçırılmamasını sağlamaktır. Sürenin ne zaman sona ereceği konusunda belirsizlik bulunması hâlinde ise, avukatın, davanın süresinde açılmış olduğu noktasında, en sağlam ve şüpheye yer vermeyecek tedbirleri alması gerekmektedir. Bu itibarla, avukatının, dava süresini bizzat hesaplayacağına ve süreyi kaçırmayacağına güvenmekte haklı olan zarar gören müvekkilin, dava süresi konusunda avukatının dikkatini çekmemiş olması, kendisine kusur olarak isnat edilemez^{79 80}.

⁷⁷ Tiftik, Akit Dışı, s. 114; Schwarz, s. 144.

⁷⁸ “...çeki eline geçiremeyen davacı, ilgili kişileri şikayet etmesine ve müteakip maaş çekini bankadan tahsil etmesine rağmen, Ekim 1984 ayına ait çekin eline geçmediği ve bu çekin ibrazı hâlinde ödenmemesi hususunda bankaya bir uyarıda bulunmamıştır. Zamanında böyle bir uyarısı olsa idi, sahte imza ile çekin üçüncü bir kişiye ödenmesine engel olunacağı şüphesizdir. Dolayısıyla, olayda gereken ihtimamı sarfetmeyen davacının da...kusurlu bulunduğu kabulü gerekir...”: Y. 11. HD, 7.3.1989, E. 1988/398, K. 1989/1430 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁹ BGE 87 II 364 (Kaneti, II, s. 156 vd.).

Zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesi hususunda uyarmaması hâli, her ne kadar yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, çoğunlukla, zarar gören ile sorumlu kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu hâllerde ortaya çıksa da, istisnaen, haksız fiillerde de karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; bir kimsenin, değerini bilmediği ve bilmesinin de gerekmediği bir tabloyu, atış eğitimi için nişan tahtası olarak kullanması ve tabloya zarar vermesi hâlinde, zarar gören tablo sahibinin, tablonun değerli olduğu hususunda zarar verenin dikkatini çekmemiş olması, kendisine kusur olarak isnat edilebilir ve lehine hükmedilecek tazminattan indirim yapılabilir⁸¹. Bunun gibi, test sürüşü yapan müşterinin, arabayı hasara uğratması olayında da, satış elemanının, müşteriye, arabanın sigortası bulunmadığı hususunda uyarmaması nedeniyle kusurlu olduğu kabul edilerek, müşterinin, zararın sadece bir kısmına katlanması gerektiğine karar verilmiştir⁸².

⁸⁰ Avukatlık sözleşmesinde özen yükümünün ihlâli hakkında geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004, s.129 vd. ; **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s.228 vd.

⁸¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 114, dn. 183.

⁸² Finnish HDD, 22 Feb. 1989, RHDA 1989, Nr.: 21, p.86 (**von Bar**, s. 556, dn. 321). Direksiyon hocasının, kendi aracını, ehliyeti bulunan bir öğrencisine ödünç vermesi ve öğrencinin kaza yapması olayında, aracı hasara uğrayan direksiyon hocası da, öğrenciyi, aracın sigortası bulunmadığı hususunda uyarmadığı için, kusurlu kabul edilmiştir: Hof's-Hertogenbosch (Hollanda Bölge Mahkemesi), 20 Mar. 1995, NedJur 1996, Nr.: 135, p.645 (**von Bar**, s. 556, dn. 321).

Zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesi hususunda uyarmaması hâli, BK m. 44/I anlamında zarar görenin zararın doğmasına yardım etmesi kapsamında değerlendirilmekle birlikte, bu durum, BK m. 44/I’de açıkça hükme bağlanmamıştır. Buna karşılık, bu durumun, zarar görenin kusurunu oluşturan hâllerden biri olduğu, Alman Medenî Kanunu’nun, zarar görenin kusurunu düzenleyen 254. paragrafında (BGB § 254’te) açıkça ifade edilmiştir^{83 84}. BGB § 254’e göre, “1) Eğer zarar görenin kusuru, zararın doğmasına katkıda bulunmuşsa, zarar görenin zararını tazmin yükümlülüğü ve ödenecek tazminatın kapsamı, zarar görenin ya da karşı tarafın, zarara, hangi ağırlıkta sebebiyet verdiklerine bağlıdır. 2) Bu kural, zarar görenin, borçlunun bilmediği ya da bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesi hususunda, onun dikkatini çekmemesi veya zararı önlemeye yahut azaltmaya yönelik tedbirleri almayı ihmal etmesi durumunda da uygulanır”⁸⁵. Burada, zarar görenin, sorumluyu, onun bilmediği veya bilmesinin gerekmediği bir zarar tehlikesi hususunda uyarmaması (Warnungsobliegenheit)⁸⁶ hâlinde, kusurlu sayılacağı, yani, bu durumun, zarar

⁸³ von Bar, s. 555, dn. 320; Magnus/Martin-Casals, s. 78; Gönenç, s. 190, dn. 1; Tiftik, Akit Dışı, s. 114, dn. 183; von Tuhr, s. 102.

⁸⁴ Yunan Medenî Kanunu’nun zarar görenin kusurunu düzenleyen 300. maddesinde de, zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği büyük bir zarar tehlikesine karşı uyarmamasının, zarar görenin kusurunu oluşturan hâllerden biri olduğu, açıkça hükme bağlanmıştır (von Bar, s. 555, dn. 320).

⁸⁵ Goren, Simon L., The German Civil Code, Revised Edition, As Amended to Jan. 1, 1992, New York 1994 (Magnus/Martin-Casals, s. 75, dn. 2’den naklen).

⁸⁶ Magnus/Martin-Casals, s. 78.

görenin kusuru sayılan hâllerden biri olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu itibarla, BGB § 254 hükmünde, zarar görenin kusurunun özel bir hâlinin düzenlendiği söylenebilir⁸⁷.

Zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesi hususunda uyarmaması hâli, zarar görenin kusurunu düzenleyen genel hüküm niteliğinde olan BK m. 44/I'de açıkça hükme bağlanmamış olsa da, Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma sözleşmesi ile ilgili bazı hükümlerinde, özel olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki; TTK m. 786/II' ye göre, "*Taşıyıcı, kendisine teslim olunurken beyan edilmemiş olan kıymetli eşya, para, kıymetli evrak ve diğer vesikaların hasar ve ziyandan mesul olmaz*"⁸⁸. Bu hükümde, gönderenin, gönderilmesini istediği eşyanın kıymetli olduğu hususunda taşıyıcıyı uyarmaması hâlinde, kusurlu sayılacağı ve bu nedenle, bu eşyanın hasara uğraması ya da kaybolması hâlinde uğrayacağı zarara, kendisinin katlanacağı; yani, tazminata hak kazanamayacağı belirtilmiştir⁸⁹. Bu itibarla, TTK m. 786/II'de, zarar görenin,

⁸⁷ **Gönensay**, s. 190, dn. 1; **von Tuhr**, s. 102.

⁸⁸ TTK m. 786/II hükmü, BK mülga m. 438/II hükmüne karşılık gelmektedir. BK m. 438/II'de de, TTK m. 786/II hükmünde olduğu gibi, nakliyecinin (taşıyıcının), eşyanın kıymetli olduğundan haberdar edilmemesinin, mürsilin (gönderenin) kusuru sayılacağı belirtilmişti (**Arsebük**, s. 145; **Güenal**, s. 211, dn. 13; **Gönensay**, s. 190, dn. 1; **von Tuhr**, s. 102, dn. 27; **Göktürk**, s. 97).

⁸⁹ TTK m. 786/II hükmü, yolcu taşımacılığında da uygulama alanı bulmaktadır. Bu husus, TTK m. 804/I'de açıkça hükme bağlanmıştır. TTK m. 804/I'e göre, "*...Taşıyıcı, yolcunun eşyasının ziya ve hasara uğramasında dolayı, 781, 785 ve 786. maddelerde beyan edilen hükümler dairesinde mesuldür*". Buna göre, yolcu, TTK m. 786/II uyarınca, kendisine ait bagaj veya kişisel eşyanın kıymetli olduğu hususunda taşıyıcının dikkati çekmezse, bu eşyanın kaybolması ya da hasara uğraması nedeniyle meydana gelen zarara katlanmak zorunda kalır; yani, taşıyıcıdan tazminat talep edemez.

sorumlu kişiyi, onun bilmediği ve de bilmesinin gerekmediği büyük bir zarar tehlikesi hususunda uyarmaması hâline, BK m. 44/I'den farklı bir hukukî sonuç bağlandığı söylenebilir. Zira, BK m. 44/I'de, zarar gören lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılması yahut hiç tazminata hükmedilmemesi hususunda, hâkime bir takdir yetkisi tanındığı için, zarar görenin, durum ve şartlara göre, TTK m. 786/II'den farklı olarak, tazminatın bir kısmına hak kazanması mümkündür.

II. Zarar Görenin Zararın Artmasına Sebep Olması

BK m. 44/I'de zarar görenin kusuru olarak kabul edilen hâllerden ikincisi, zarar görenin, zararın artmasına sebep olmasıdır. Bu husus, BK m. 44/I'de, zarar görenin, “*zararın tezayüdüne yardım etmesi*” deyiimiyle ifade edilmiştir. Gerçekten, BK m. 44/I'de, zarar görenin, yalnız zararın doğmasına yardım etmesi değil; doğmuş olan zararın artmasına sebep olması da, kendisine kusur olarak isnat edilmektedir. Burada, zarar, failin, haksız bir fiili sonucunda meydana gelmesine karşın, zarar görenin, bu fiilin işlenmesinden sonra, gerekli tedbirleri almaması nedeniyle artmaktadır. Yani, zarar gören, zararın doğmasına katkıda bulunmamakla birlikte, zararın azalmasını sağlayacak ya da artmasını önleyecek tedbirleri almayarak, doğmuş olan zararın artmasına sebep olmaktadır. İşte, zarar görenin, doğmuş olan zararın artmasına sebep olan bu davranışı da, tıpkı zararın doğmasına yardım eden davranışı gibi, BK m. 44/I uyarınca kendisine kusur olarak isnat edilmektedir⁹⁰.

⁹⁰ **Önen**, s. 149; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Feyzioğlu**, s. 538; **Yılmaz**, Hamdi, s. 38; **von Bar**, s. 562; **Magnus/Martin-Casals**, s. 212, 263; **Dam**, s. 338; **Jones**, s. 622; **Weir**, s. 119; **Markesinis/Lorenz /Dannemann**, s. 661; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 322; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 116; **Nomer**, s. 110; **Funk**, s. 78; **Schwarz**, s. 144;

Zarar görenin, zararın artmasına sebep olmasının, BK m. 44/I uyarınca kendisine kusur olarak isnat edilmesinin temelinde, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) ve dolayısıyla ahlâkî bir değer hükmü yatmaktadır. Gerçekten, işi olurlarına bırakmayıp, uğranılan zararın azalmasını sağlamak ya da artmasını önlemek, makul düşünen ve hareket eden herkes için normal bir davranıştır. Eğer, zarar gören, uğradığı zararın azalmasını sağlayacak veya artmasını önleyecek tedbirleri almayarak, bu normal davranış tarzının dışına çıkmak suretiyle, zararın artmasına sebep olmuşsa, zararın, kendi kusuruyla artan bu kısma katlanmalıdır. Başka bir deyişle, zararın azalması ya da artmaması için gerekli tedbirleri almayan zarar görenin, sorumlu kişiden, zararın, kendi kusuruyla artan kısmını da kapsayacak şekilde tam tazminat istemesi dürüstlikle bağdaşmaz⁹¹. Bununla birlikte, zarar görenin, zararın azalması ya da artmaması için gerekli tedbirleri almak hususunda hukukî bir yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemez^{92 93}. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi, bir kimsenin,

Velidedeoğlu/Özdemir, s. 115; **Göktürk**, s. 98; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **von Tuhr**, s. 102; **Günel**, s. 211; **Tunçomağ**, s. 489; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312; **Arsebük**, s. 145; **Oğuzman/Öz**, 580-581; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 598; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 13.

⁹¹ **Feyzioğlu**, s. 537; **Önen**, s. 149; **Nomer**, s. 111; **Magnus/Martin-Casals**, s. 212; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 116.

⁹² **Nomer**, s. 111; **Weir**, s. 119, **Magnus/Martin-Casals**, s. 212, dn. 12. Buna karşılık, Tiftik, zarar görenin, zararın artmasını önleme ve hatta duruma göre, zararı azaltma yükümlülüğünün bulunduğunu savunmaktadır (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 108, 116).

⁹³ TTK m. 1293'te, sigorta ettirenin, zararı azaltma ve hafifletme ödevinin (doktrinde kabul edilen deyme göre, kurtarma ödevinin) bulunduğu bahsedilmektedir. Gerçekten, TTK m. 1293'e göre, *"Sigorta ettiren kimse, zararı önlemeye, azaltmaya ve hafifletmeye yarayacak tedbirleri almakla mükelleftir. Alınan tedbirlerinden doğan masraflar, bu tedbirler faydasız kalmış olsa*

kendisini zarardan korumasını gerektiren hukukî bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu itibarla, zarar görenin, uğradığı zararın azalmasını sağlayacak ya da artmasını önleyecek tedbirleri almaması hâlinde, hukukî bir yükümlülüğünü ihlâl ettiğinden değil; olsa olsa kendisine getirilen bir külfeti yerine getirmediğinden bahsedilebilir. Zarar görenin, bu külfeti yerine getirmemesinin yaptırımı ise, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmasıdır⁹⁴. Buna karşılık, Avusturya Hukukunda, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarından farklı olarak, zarar görenin, zararı azaltma ve zararın artmasını önleme hususunda genel bir hukukî bir

bile, sigortacı tarafından ödenmek lâzımdır; şu kadar ki, sigorta, menfaat değerinin tamamına taalluk etmiyorsa vâki masraflar, ancak sigorta bedelinin menfaat değerinin tamamına olan nisbetine göre ödenir. 1292'nci maddenin son fıkrası hükmü burada da tatbik olunur". TTK m. 1378'de ise, aynı husus, deniz sigortaları bakımından hükme bağlanmaktadır. Ayrıca, Sigorta Poliçesi Genel Şartları'nda da, sigorta ettirenin, zararı azaltma ve hafifletme ödevinin bulunduğu ilişkin klovlar bulunmaktadır. Ancak, her ne kadar yukarıda belirttiğimiz hükümlerde, sigorta ettirenin, zararı azaltma ve hafifletme ödevinden bahsedilirken, "yükümlülük" tabiri kullanılmaktaysa da, burada, teknik anlamda bir yükümlülüğünden söz etmek mümkün değildir. Zira, TTK m. 1293/II, TTK m. 1292/son'a yaptığı atıfla, sigorta ettirenin zararı azaltma ve hafifletme ödevine (kurtarma ödevine), külfetin tipik hukukî sonuçlarını bağlamış bulunmaktadır. Gerçekten, bu ödevin yerine getirilmemesi hâlinde, ifasının dava edilememesi ve ihlâlî hâlinde bir tazmin yükümlülüğünün doğmaması; ancak, sigortacının ödemekle yükümlü olduğu bedelden bir indirim yapılması sonucunu doğurması, sigorta ettirenin, zararı azaltma ve hafifletme ödevinin (kurtarma ödevinin), hukukî niteliği itibarıyla bir külfet olduğunu göstermektedir (**Şenocak**, Kemal, "Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)", AÜHFD, Yıl: 1995, C.: 44, S. : 1-4, s. 383 vd.; **Kayihan**, Şaban, "Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi", AÜEHFD, Yıl: 2005, C.: IX, S. : 1-2, s. 514).

⁹⁴ Bkz. yukarıda § 2, III, A.

yükümlülüğünün bulunduğu, hakim doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmekte ve bu husus, ABGB § 1304'e dayandırılmaktadır⁹⁵.

Zarar görenin, zararın azalması ya da artmaması için hangi tedbirleri almasının gerektiği, başka bir deyişle, hangi tedbirleri almadığı takdirde, kusurlu sayılacağı, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) göre belirlenir. Bu bağlamda, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati için alması gereken tedbirler ölçüt olarak alınır. Bu itibarla, zarar görenin, kendisiyle aynı şartlar altında bulunan normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, zararın azalması ya da artmaması için alacağı tedbirleri alması yeterlidir. Başka bir deyişle, zarar görenden, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, tazminat beklentisi olmasaydı, uğradığı zararın azalması veya artmaması için alacak olduğu tedbirleri alması, gösterecek olduğu çabayı göstermesi beklenmektedir. Bununla birlikte, zarar gören, önemli bir masrafı gerektiren veya kendisi için tehlike arz eden, yani, hayatını ya da sağlığını tehlikeye sokan tedbirleri almak durumunda değildir. Gerçekten, zarar görenden, yanmakta olan evini kurtarmak için, alevlerin içine atılarak hayatını tehlikeye sokması veya kıymetli bir eşyasını, bir köpeğin

⁹⁵ **Magnus/Martin-Casals**, s. 268-269. Bununla birlikte, bu görüş, zarar görenin, uğradığı zararı azaltma yükümlülüğünün bulunduğu hususunun, ABGB § 1304'ten kesin bir şekilde çıkarılamayacağını savunan Koziol tarafından şiddetle eleştirilmektedir. Koziol'e göre, böyle bir yükümlülük, ancak iki taraf arasında sözleşmeden doğan bir ilişkinin bulunması hâlinde, söz konusu olabilir. Dolayısıyla, taraflar arasında akdi bir ilişki bulunmuyorsa, sorun, haksız fiil hukukunun genel hükümlerine göre çözümlmelidir. Öte yandan, zarar görenin kusurunu düzenleyen ABGB § 1304'ün doğrudan uygulanmasıyla çoğu vakıa çözülebileceğinden, ayrıca, bir zararı azaltma yükümlülüğü oluşturulmasına gerek yoktur (**Magnus/Martin-Casals**, s. 268-269).

saldırısından kurtarmak için, köpekle mücadele ederek, köpek tarafından ısırılmak tehlikesine maruz kalması beklenemez⁹⁶.

Zarar görenin, zararın azalmasını sağlamak veya artmasını önlemek için alacağı makul tedbirlerin masrafları, zarar verenin sorumlu olduğu fiil veya olayların dolaylı bir sonucu sayıldığı ve zararın bir unsurunu oluşturduğu için, zarar verene aittir. Yani, zarar gören, bu masrafların tazminini, zarar verenden talep edebilir. Zarar görenin aldığı bu tedbirlerin, zararı azaltmada veya zararın artmasını önlemede yetersiz ya da etkisiz olduğu fiilen ortaya çıksa yahut bu tedbirler, zararın daha fazla artmasına sebep olsa dahi, zarar veren, bu tedbirler için yapılan masrafları ödemek durumundadır⁹⁷. Hatta, bazı yazarlar, alınmadığı takdirde, BK m. 44/I anlamında zarar görenin kusurunu oluşturmayacak olan tedbirlerin (yani, TMK m. 2 gereği, alınması zarar görenden beklenemeyecek olan tedbirlerin) alınmasının dahi, zarar gören bakımından bir hak teşkil ettiğini ve dolayısıyla, somut olayda, böyle tedbirlerin alınması hâlinde, zarar verenin, bu tedbirlerin masraflarını da ödemek durumunda olduğunu ileri sürmektedirler⁹⁸.

⁹⁶ **Nomer**, s. 111; **Eren**, Borçlar, s. 735; **von Bar**, s. 562; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 322; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 116-117; **Feyzioğlu**, s. 538; **Önen**, s. 149; **Magnus/Martin-Casals**, s. 212; **von Tuhr**, s. 103; **Arsebük**, s. 146; **Günel**, s. 212; **Oser/Schönenberger**, s. 408; **Funk**, s. 78; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Velidedeoğlu/Özdemir**, s. 115; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Karahasan**, Borçlar Hukuku Birinci Cilt, s. 1519; **Yılmaz**, Hamdi, s. 40.

⁹⁷ **Arsebük**, s. 146-147; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 117; **Nomer**, s. 112; **von Tuhr**, s. 103; **Günel**, s. 212; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 322; **Magnus/Martin-Casals**, s. 212; **Markesinis/Unberath**, s. 110; **Funk**, s. 78; **Velidedeoğlu/Özdemir**, s. 115; **Göktürk**, s. 98.

⁹⁸ **von Tuhr**, s. 104; **Arsebük**, s. 147; **Günel**, s. 212.

Zarar görenin, zararın azalmasını sağlayacak veya artmasını önleyecek makul tedbirleri almayarak, zararın artmasına sebep olmasının örneklerine, şeye ilişkin zararlarda, bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararlarda ve bedensel bütünlüğün ihlâli sonucunda ortaya çıkarak, çalışma gücünü azaltan zararlarda rastlanmaktadır.

Zarar görenin, zarar verenin sorumlu olduğu bir olay sonucunda çıkan yangının söndürülmesi için itfaiyeye haber vermemesi⁹⁹ veya itfaiye görevlilerini içeri almaması¹⁰⁰, hasara uğrayan aracını, imkânı bulunmasına rağmen, zamanında tamir ettirmemesi¹⁰¹, kaza sonucunda kullanılmaz hâle gelen otobüsünün yerine işletilmek üzere yeni bir araç alabilecek durumda olmasına rağmen, bu imkânı kullanmaması¹⁰², malî durumu yerinde olduğu hâlde, değirmenin eskisi gibi

⁹⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 117-118; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 322. Buna karşılık, zarar gören, itfaiyeyi çağırması; ancak, zarar, itfaiyenin geç kalması veya hortumlarının bozuk olması nedeniyle artmışsa, bu durum, zarar görene kusur olarak isnat edilemez ve tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılamaz: Y. 4. HD, 19.2.1952, 93/962 (**Olgaç**, I, s. 422-423, No: 664).

¹⁰⁰ İtfaiye görevlilerinin, sorumlu kişinin işyerinde çıkan yangının, zarar görenin işyerine sirayet etmesinden önce, zarar görenin işyerine girip, bazı tedbirler almak istemelerine rağmen, zarar görenin işyerinde istihdam ettiği bekçi tarafından, yarım saat boyunca içeri alınmamaları ve içeri girmelerine, ancak yangının sirayet etmesinden sonra izin verilmesi nedeniyle, zarar görenin işyerinde meydana gelen zarar, büyük ölçüde artmıştır: Y. 11. HD, 20.5.2002, 1146/4947 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹ **Eren**, Borçlar, s. 735; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 118; **von Bar**, s. 562; **Yılmaz**, Hamdi, s. 38, 40; **Magnus/Martin-Casals**, s. 79. Buna karşılık, hasara uğrayan eşyanın, hasarın tespit edilmesi için bekletilmesinin gerektiği hâllerde, söz konusu tespit süresi zarfında tamir ettirilmemiş olması, zarar görene kusur olarak isnat edilemez: OGH 11 Jan. 1973, ZVR 1973/110 (**von Bar**, s. 562).

¹⁰² Y. 4. HD, 30.1.1958, 3403/554 (**Olgaç**, II, s. 305, No: 29).

işleyebilmesi için gerekli tesisleri yaptırmaması¹⁰³, suyla temas eden deri balyalarının, kurtarabildiği kadarını kurtarmaya çalışmaması¹⁰⁴, kendisine teslimi gereken bir malın, teslim edilmemesi hâlinde, bu malı başka bir yerden temin etmeye çalışmaması (ikame alım yapmaması)¹⁰⁵, aracını uzun süre açıkta bırakması¹⁰⁶, üçüncü bir kişinin fiili sonucunda yaralanan hayvanını, tedavi ettirmeyerek, onun ölümüne sebebiyet vermesi¹⁰⁷, kiraladığı evde bulunan ve kiralayan tarafından giderilebilecek bir ayıbı, kiralayana bildirmeyerek yahut kiralayanın temerrüdü hâlinde, imkânı bulunmasına rağmen, evdeki ufak tefek ayıpları tamir ettirmeyerek, evde daha büyük bir hasarın oluşmasına sebep olması¹⁰⁸, elbisesinde meydana gelen lekenin giderilmesi için gerekli tedbiri zamanında almayarak, lekenin kalıcı hâle gelmesine sebebiyet vermesi¹⁰⁹, ekinlerini çiğnemekte olan başı boş bir hayvanı kışkırtan hareketlerde bulunmak suretiyle, ekinlerde meydana gelen tahribatın artmasına sebep olması¹¹⁰, ekonomik açıdan karşılayabilecek durumda olmasına rağmen, satın aldığı yerin üzerinde bulunan taşların kaldırılmasına yönelik tedbirleri

¹⁰³ Y. 4. HD, 23.3.1957, 7757/1592 (**Olgaç**, II, s. 305, No: 30).

¹⁰⁴ OGH 18 Oct. 1966, SZ 39/170 (**von Bar**, s. 562).

¹⁰⁵ **Oser/Schönenberger**, s. 409; **Arsebük**, s. 145-146; **von Tuhr**, s. 102; **Tunçomağ**, s. 489; **Göktürk**, s. 98.

¹⁰⁶ Burada, araç, uzun süre açıkta bırakıldığı için, daha büyük bir tamirata gerektirir hâle gelmiştir (**Yılmaz**, Hamdi, s. 40).

¹⁰⁷ **Arsebük**, s. 145; **Günel**, s. 211.

¹⁰⁸ **von Tuhr**, s. 102, dn. 28.

¹⁰⁹ **Schwarz**, s. 144.

¹¹⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 597-598.

almaması¹¹¹, pastanesinin yıkılan duvarını, az bir giderle ve kısa sürede tamir ettirmesi mümkünken, bu imkânı kullanmayarak, pastanesini 164 gün boyunca kapalı tutması¹¹², kendisinin tedavide bulunduğu süre içerisinde tamiri biten taksisine, bir şoför bulmak suretiyle, kazanç kaybını azaltma yoluna gitmemesi¹¹³, yangın esnasında, durum ve şartlar uygun olduğu hâlde, değeri yüksek olanlardan başlamak üzere eşyasını kurtarmaya çalışmaması¹¹⁴, hafif giderlere katlanarak, zararın önemli bir bölümünü azaltabilmesi mümkünken, bu yola başvurmaması¹¹⁵, zarar verenin iyi niyetli tamir teklifini kabul etmemesi¹¹⁶, kiracısı tarafından sözleşmede belirtilen süreden önce tahliye edildiği için boş kalan kiralananı, aynı şartlarla yeniden kiralamak için gayret göstermemesi, yani, kiralananın boş kaldığı zaman zarfında, yeni bir kiracı bulmaya uğraşmaması¹¹⁷, kimliğine ilişkin belgeler ile banka hesabına

¹¹¹ “Davacının, nasıl olsa tazminat alacağı düşüncesi altında, hiçbir davranış içine girmemesi ve zararın devam etmesine ve artmasına engel olacak önlemleri almaması, açıkça birlikte kusur niteliğindedir. Bu bakımdan, davacının, taşınmazı satın aldığı 1969 yılından itibaren, zararın devamına ve artmasına engel olacak tedbirleri almaya, satın aldığı yerin üzerinde bulunan taşları kaldırmaya, malî ya da kredi olanaklarının imkân vermesine rağmen, davacı, bu tedbirleri almamışsa, artık bir tazminat istemesi ve hele ilanihaye her yıl dava açmak suretiyle tazminat istemesi mümkün değildir”: Y. 4. HD, 26.11.1979, 12082/13132 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1523).

¹¹² Y. 4. HD, 17.6.1982, 5593/6289 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 692-693).

¹¹³ Y. TD, 20.5.1971, 2411/4051 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 709).

¹¹⁴ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 117-118.

¹¹⁵ Y. 4. HD, 22.9.1966, 8702/8285 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524).

¹¹⁶ Y. 4. HD, 9.12.1963, 1485/10561 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1524).

¹¹⁷ Y. 4. HD, 11.12.1963, 1417/10628 (**Feyzioğlu**, s. 539, dn. 158); “...kiralayan, boşalmanın vukuunu öğrendiği tarihten itibaren, aynı şartlarla bu yeri kiralama yönünden bir gayret

sarfetme ve bu suretle zararın çoğalmasını önleme ödevi ile karşı karşıyadır”:

Y. 4. HD, 16.12.1965, 10490/7441 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1521);

“...davacının malî durumu incelenerek ve sigortadan aldığı parayı gözeterek, yanan yapıyı, hemen kendi imkânları veya sağlayacağı kredi ile onarıp, kiraya verecek idiyse, yalnız onarma süresince yoksun kalınan kira ile davalı kiracıyı sorumlu tutup, sonraki süre için sorumlu tutmaması gerekir. Aksi yönün kabulü iyiniyet kurallarına aykırı olur”: Y. 4. HD, 14.7.1969, 6007/6947 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520-1521); “...davalının, kiralananı, dönem sonundan önce...boşaltmasından ötürü, olayların olağan akışına, durum ve öteki koşullara, kiralananın yer aldığı çevrenin özelliğine göre, davacının, boşaltmayı öğrenmesinden sonra, kiralananı hangi sürede yeniden kiraya verebileceği, konunun özel bilgiyi gerektirmesi nedeniyle, bilirkişi aracılığıyla saptanmalıdır. Böylece belirlenecek sürenin dışında, kiralayanın artmasına neden olduğu zarardan, kiracı sorumlu tutulmamalıdır”: Y. 13. HD, 5.10.1981, 5615/6259 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, İkinci Cilt, s. 984-985), Y. 13. HD, 14.10.1981, 5718/6391 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 694-695); “Davacı, kural olarak, mahkemenin de kabul ettiği şekilde, akti tek taraflı olarak feshedemez. Böyle bir fesih, âkit kiralayanı bağlamaz. Ne var ki, davalının da, tek taraflı feshedilen bu akitten dolayı, zararın artmaması yönünden gerekli girişimlerde bulunması, çaba sarfetmesi gerekir (BK m. 44). Öyle ise,...davacının kiralananı tahliye ettiği tarih, tarafların delil ve karşı delilleri ile tespit edilmeli, kiralananın, bu tarihten itibaren aynı koşullarla ne kadar süre zarfında kiraya verilebileceği, uzman bilirkişi aracılığıyla belirlenmeli...ve kiraya verilemeyeceği zamandan arta kalan kısım belirlendiğinde, davacının, bu zamana tekabül olacak kira yönünden borçlu olmadığına tespitine karar verilmesi gerekir”: Y. 13. HD, 12.4.1994, 3794/4771 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1522);

“Bilirkişilerce verilen raporlara göre, dairenin, 2 ayda tamir edilebileceği ve tamirden itibaren de, 2 ayda yeniden kiraya verilebileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, BK m. 98 delaletiyle, BK m. 44 hükmü uyarınca, davalı kiracı, ihtarnamenin tebliği tarihinden itibaren 4 ay daha kira parasından sorumludur...Aksine düşüncelerle, kiracının, bir yıllık kira parasından sorumlu tutulması, usul ve yasaya aykırı olup, kararın bozulmasını gerektirmiştir”: Y. 13. HD, 4.7.1994, 4802/6656 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 670).

ait bilgi ve belgelerin¹¹⁸ veya kredi kartının¹¹⁹, çalınması ya da kaybolması hususunda ilgili bankayı bilgilendirmemesi yahut interaktif bankacılık işlemlerinde kullandığı şifresinin veya kişisel bilgilerinin, herhangi bir şekilde üçüncü kişilerin eline geçtiğini fark etmesine rağmen, bankaya bildirimde bulunmaması¹²⁰, kendisine hukuken tanınan hakları kullanmaması¹²¹ ya da bu hakları kullanmakta gecikmesi¹²²,

¹¹⁸ “Davacı, banka hesap cüzdanının ve yeşil kartının çalındığını, Cumhuriyet Savcılığı’na bildirdiği hâlde, hesabının bulunduğu banka şubesine bildirmemiş ve davalı bankanın bu konuda tedbir alması için gerekli imkânı sağlamamıştır”: Y. 11. HD, 15.12.2003, 4936/11856 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...davacının, hesap cüzdanının çalındığı hususunu, süresi içinde bankaya haber vermediği, bu nedenle, davacının da...olayda müterafık kusurlu olduğu...belirtilmiştir”: Y. 11. HD, 16.12.2004, 3398/12452 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹¹⁹ Y. 3. HD, 17.6.1999 5578/6331 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Zarar görenin, kredi kartının çalınması ya da kaybolması hâlinde, bankaya bildirimde bulunması gerektiği hususu, 5464 sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu’nun “Bildirim Zorunluluğu” başlıklı 16. maddesinde, “Kart hamili, ...kartın kaybolması, çalınması veya iradesi dışında gerçekleşmiş herhangi bir işlemi öğrenmesi hâlinde, kart çıkaran kuruluşu derhâl haberdar etmek zorundadır” şeklinde ifade edilmiştir.

¹²⁰ Çeker, s. 35, 40.

¹²¹ Magnus/Martin-Casals, s. 79. Örneğin; icra dairesi, üçüncü bir kişinin borcu için, sehven, zarar görenin malını haczetmiş ve zarar gören de, hacze itiraz etmeyerek, malının, açık artırma ile satılmasına sebep olmuşsa, BK m. 44/I anlamında uğradığı zararın artmasına sebep olduğu için, kusurludur (von Tuhr, s. 102-103). Buna karşılık, Yargıtay, bazı kararlarında, bir kimsenin, kendisine tanınan seçimlik hakları kullanmamasının ya da yasal yollara başvurmamasının, o kimseye, kusur olarak isnat edilemeyeceği sonucuna varmıştır: “Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde, borcun ifa edilmemesi, diğer bir anlatımla, yerine getirilmesinde direnme hâlinde, alacaklı, BK’nın 106. maddesinde yazılı seçimlik haklarını her zaman kullanabilir. Ancak, bu hakları kullanmak zorunda da değildir. O nedenle, alacaklı, borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve

gecikme tazminatını, zamanaşımı süresi içinde isteme hakkına sahiptir. Davacı alacaklının, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, birinci seçimlik hak olan sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminatı istediği yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. ...Açıklanan yasa kurallarının ışığında somut olaya bakıldığında, davacının, zararın nedeni olan dairenin geç tesliminde, kınanabilecek bir eylemiyle...zararın artmasına neden olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Aksine, davacının, 106. maddedeki seçimlik haklarını, dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanması, onun yasal hakkı olup, bu haklardan birini kullanmaması, kınanacak bir davranış olarak kabul edilemez”: Y. 13. HD, 15.6.1995, 5604/5908 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Davalıların, davacıya miras yoluyla intikal eden taşınmazın kiraya verilmesine engel oldukları gerekçesiyle açılan maddi tazminat davasında, davacının, var olan aynı hakkını elde etmesi için, yasal yollara başvurusu istenemez ve yasal yollara başvurmamış olması nedeniyle kusurlu sayılamaz. Bu nedenle, yerel mahkemece, oluşan zararın tamamına hükmedilmesi gerekirken, kusur indirimi yapılmış olması doğru değildir”: Y. 4. HD, 28.1.1999, E. 1998/8434, K. 1999/285 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

- ¹²² Zarar gören bankanın, alacak davasını geç açmak suretiyle (1982 yılında meydana gelen zararın tazmini için, 1990 yılında dava açmak suretiyle), ticarî temerrüt faizi miktarının ve dolayısıyla, zararın artmasına sebep olması: Y. HGK, 13.5.1992, 9-218/317 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); zarar görenin, kesin süreli bir sözleşmede, karşı tarafın temerrüde düşmesini takiben, akdi derhâl feshetmeyip, dava tarihine kadar beklemek suretiyle, zararın (fiyat farkının) artmasına sebep olması: Y. HGK, 26.10.1994, 15-443/643 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); zarar görenin, ayıp ihbarını makul bir süre içinde yapmaması, yani, ayıp ihbarını yapmakta gecikmesi (ayıpların ortaya çıkmasından 2 yıl sonra ihbarda bulunması) nedeniyle, ayıpların giderilmesi için daha fazla masraf yapılmasının gerekmesi ve dolayısıyla, zararın artması: Y. 15. HD, 23.10.1996, 4980/5525 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); zarar görenin, 3.10.1994 tarihinde açtığı ilk davada, tüm zararını istemesi mümkünken, ikinci davayı dahi geç açması (21.5.1999 tarihinde, yani, ilk davadan beş yıl sonra açması) sonucunda, ilk davanın açıldığı tarih itibarıyla hesaplanan eksik iş bedelini talep edememesi nedeniyle, uğradığı zararın artmasına sebep olması: Y. 15. HD, 5.2.2001, E. 2000/4161, K. 2001/641 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); zarar görenin, karşı tarafı, işin teslimi için öngörülen bir aylık süreden çok sonra temerrüde düşürmek, yani, temerrüde düşürmekte geç

zararın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesine ilişkin yakın bir tehdidin varlığı hâlinde, sigorta ettirdiği malı kurtarmak için gerekli tedbirleri almaması¹²³ yahut sigortacısının, zarar veren üçüncü kişilere rücu etmesini kolaylaştıracak tedbirlere

kalmak suretiyle, zararın artmasına sebep olması: Y. 15. HD, 1.4.2002, 449/1504 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²³ TTK m. 1293 gereği, sigorta ettiren, zararın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesine ilişkin yakın bir tehdidin varlığı hâlinde, sigortalı değilmiş gibi, zararın azalması için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Zira, sigorta ettirenin, sigortanın varlığına güvenip, nasıl olsa zararının tazmin edileceğini düşünerek, meydana gelen zararın artmasına kayıtsız kalması, dürüstlük kuralıyla (MK m. 2) bağdaşmaz. Bu itibarla, sigorta ettirenden, aynı şartlar altındaki makul, dürüst ve itinalı bir kimsenin, somut olayda alacağı tedbirleri alması beklenir. Gerçekten, söz konusu tedbirler, alınması, sigorta ettirenden makul bir şekilde beklenebilecek ve haklı olarak talep edilebilecek nitelikte olmalıdır. Bu bağlamda, sigorta ettirenden, hayatını ya da sağlığını tehlikeye atacak tedbirleri alması istenemez. Örneğin; sigorta ettirenden; yangın sigortası yaptırmaması hâlinde, yangını, bizzat kendisinin söndürmesi değil, yangın alarımını çalıştırmak suretiyle, başkasını (örneğin, itfaiyeyi) yardıma çağırması; hırsızlık sigortası yaptırmaması hâlinde ise, hırsızla mücadele etmesi değil, çalınan sigortalı şeyin yerini öğrenmesi durumunda, onu tekrar elde etmek için gerekli adımları atması beklenir. Ayrıca, TTK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, sigorta ettirenden, sigortacının kurtarma tedbirlerine ilişkin talimatlarına, söz konusu talimatlar, açıkça anlamsız olmadığı ve amaca hizmet ettiği sürece, uyması beklenir. İşte, sigorta ettiren, yukarıda belirttiğimiz esaslara göre, kendisinden, somut olayda meydana gelen zararın azaltılması yahut artmaması için alması beklenebilecek olan makul tedbirleri almazsa, başka bir deyişle, TTK m. 1293'te düzenlenen kurtarma ödevini yerine getirmezse, sigorta tazminatından, kusuru oranında indirim yapılır. Eğer, kurtarma ödevini kasten yerine getirmemişse, sigorta tazminatına hiç hak kazanamaz (**Şenocak**, Kemal, s. 405 vd.; **Kayıhan**, s. 534).

başvurmaması¹²⁴, zarar görenin, şeye ilişkin zararların artmasına sebep olduğu hâllere örnek olarak verilebilir.

Zarar görenin, zararın artmasına sebep olmasına, bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararlarda da rastlanır. Bu noktada en sık karşılaşılan durum, zarar görenin, zarar verenin kusuru ile meydana gelen bir trafik kazası sonucunda uğradığı zararın, emniyet kemeri takmaması nedeniyle artmasıdır¹²⁵. Gerçekten, zarar görenin,

¹²⁴ Bu husus, sigorta ettirenin kurtarma ödevini düzenleyen TTK m. 1293'te açıkça zikredilmese de, doktrinde, sigorta ettirenin, sigortacısının, zarar veren üçüncü kişilere rücu hakkını koruyacak tedbirleri almasının da, onun kurtarma ödevinin kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla, sigorta ettirenin, sigortacının rücu hakkını kullanmasına yarayacak ispat araçlarını sağlaması ve koruması gerekmektedir. Örneğin; trafik kazalarında, polisten kaza tespit raporu alınarak, sigortacının, kazada kusurlu olan üçüncü kişilere rücu imkânı korunabilir. Sigorta ettiren, bu tedbirleri almadığı takdirde, başka bir deyişle, bu külfeti yerine getirmedeği takdirde, kasıtlı ise, sigorta tazminatına hak kazanamaz; kasıtlı değilse, sigorta tazminatından, kusuru oranında indirim yapılır (**Kayıhan**, s. 534; **Şenocak**, Kemal, s. 404, 423; **Nomer**, s. 83; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312). Son olarak belirtmek gerekir ki, sigorta ettirenin, sigortacının rücu hakkını korumak için gerekli tedbirleri alması ödevi, TTK m. 1293'te açıkça zikredilmemekle birlikte, TTK Tasarısı'nın, TTK'nın 1293. maddesine karşılık gelen 1426. maddesinde açıkça hükme bağlanmıştır (**Kayıhan**, s. 534-535).

¹²⁵ Bu hâlde, zarar gören, ya kazaya yol açan sürücünün otomobilinde bulunan bir yolcu ya da başka bir sürücünün kusuru ile kazaya maruz kalan bir sürücü olduğundan, onun, kazanın oluşumunda hiçbir payı bulunmamaktadır. Yani, kaza, tamamen, zarar verenin kusuru sonucunda meydana gelmektedir. Ancak, zarar gören de, emniyet kemerini takmayarak, kaza sonucunda meydana gelen zararın artmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle, burada, zarar görenin kusurunun bulunup bulunmadığı tespit edilirken dikkate alınması gereken husus, zarar verici olaya (kazaya) yol açan sebep değil, zarar verici olay (kaza) sonucunda meydana gelen zararın artmasına yol açan sebeptir. Gerçekten, zarar görenin emniyet kemerini takmadığı hâllerde, zarar verici olaya

emniyet kemerini takmaması, çoğunlukla, kendisine kusur olarak isnat edilmektedir¹²⁶. Zira, KTK m. 78'e göre, "*Belirli sürücülerin ve yolcuların, araçların sürülmesi sırasında koruyucu tertibat kullanmaları zorunludur*". Bu koruyucu tertibatların neler olduğu, hangi tip araçlarda ve hangi şartlarda kullanılacağı ise, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde¹²⁷ belirtilmektedir. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin, araç sınıflarına göre, kullanılması gereken koruyucu tertibatları ayrıntılı bir biçimde düzenleyen 150. maddesinde de, binek otomobillerinde, emniyet kemeri kullanılmasının, hem sürücüler hem de yolcular (arka koltukta oturanlar dahil)¹²⁸ bakımından zorunlu olduğu belirtilmektedir¹²⁹.

(kazaya) yol açan sebep ile zararın artmasına yol açan sebep birbirinden farklıdır. Eğer somut olayda, zarar görenin emniyet kemeri takmamasının, zararı artırdığı sonucuna ulaşılabiliriyorsa ve zarar görenin, emniyet kemerini takmamak için haklı bir sebebi de bulunmuyorsa (böylece, zarar gören emniyet kemerini takmadığı için kusurlu sayılabiliriyorsa), kaza, tamamen zarar verenin kusuru sonucunda meydana gelse de, zarar gören lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılır (**Kidner**, s. 198-199).

¹²⁶ **Dam**, 338; **Heuston/Buckley**, s. 494; **Rogers**, s. 254, **Jones**, s. 622, 625-626; **Kidner**, s. 198-199; **Magnus/Martin-Casals**, s. 59, 78, 220, 224. Örneğin; zarar verenin kusuru sonucunda meydana gelen bir trafik kazasında, zarar görenin, emniyet kemeri takmadığı için, başından ve göğsünden ciddi bir şekilde yaralanması olayında, mahkeme, zarar görenin, emniyet kemeri takmış olsaydı, daha hafif bir şekilde yaralanacağı sonucuna vararak, onu kusurlu kabul etmiş ve tazminattan indirim yapılmasına karar vermiştir: *Froom v. Butcher* (1976) QB 286 (**Kidner**, s. 198; **Jones**, s. 625; **Rogers**, s. 254).

¹²⁷ RG. T. : 18.7.1997, S. : 23053 Mükerrer.

¹²⁸ Bu Yönetmelik hükümlerine göre, 1995 yılı itibariyle, ülkemizde imali yapılan veya yurt dışından ithâline izin verilen binek otomobillerinin arka koltuklarında, emniyet kemeri bulundurulması ve kullanılması mecburidir. Bunların dışında kalan ve hâlen trafikte kullanılmakta olan diğer taşıt sahipleri ise, emniyet kemerini, isteğe bağlı olarak taktırabilirler.

Bu itibarla, zarar gören, haklı bir sebep olmaksızın, emniyet kemerini kullanmadığı ve bu nedenle, uğradığı zararın artmasına sebep olduğu takdirde, kusurlu sayılır ve lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır¹³⁰. Haklı sebeple kast edilen, zarar görenin emniyet kemeri takmasının, takmamasına nazaran, daha büyük bir zarara sebep olabileceği bir hâlin bulunmasıdır. Örneğin; zarar görenin, emniyet kemeri takma fobisi bulunduğu¹³¹ ya da hamile olduğu yahut aşırı derecede

¹²⁹ Şüphesiz, sürücünün ya da yolcunun, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 150. maddesinde belirtilen bu ödevi, hukukî niteliği itibarıyla, bir yükümlülük değil, külfettir. Zira, bir kimsenin emniyet kemeri takması, dava edilemeyeceği gibi, bu kimsenin emniyet kemeri takmamasının, başlı başına bir tazminat yükümlülüğü doğurması da söz konusu değildir. Bu itibarla, emniyet kemerinin takılmaması, ancak zarar gören lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır.

¹³⁰ Gerçekten, zarar görenin, emniyet kemerini takmadığı her durumda, otomatik olarak, tazminattan indirim yapılması söz konusu değildir. Tazminattan indirim yapılabilmesi için, emniyet kemerinin takılmaması ile trafik kazası sonucunda meydana gelen zararın artması arasında uygun illiyet bağının bulunması, yani, zarar görenin emniyet kemeri takmamasının, somut olayda uğradığı zararı artırmış olması gereklidir. Eğer, zarar gören, emniyet kemeri taksaydı dahi, zarar, somut olayda gerçekleştiği şekilde gerçekleşecek idiyse, tazminattan, emniyet kemerinin takılmaması nedeniyle indirim yapılamaz. Örneğin, trafik kazasında arabadan uçarak, kaburga kemikleri kırılan zarar gören, emniyet kemerini takmış olsaydı, bu kadar ciddi bir şekilde yaralanmayacak idiyse, tazminattan indirim yapılacaktır. Buna karşılık, trafik kazası sonucunda kolu kırılan zarar görenin, emniyet kemeri taksaydı dahi, kolu kırılacak idiyse, emniyet kemeri takmamasına rağmen, tazminattan indirim yapılmayacaktır.

¹³¹ Condon v. Condon (1978) RTR 483 (Jones, s. 625). Emniyet kemeri takma fobisi, agorafobisi bulunan kimselerde görülebilir. Agorafobi, bir panik atağın yaşanması ya da panik atak benzeri belirtilerin ortaya çıkması durumunda, yardım sağlanamayabileceği ya da kaçmanın zor olabileceği ortamlarda ya da durumlarda bulunmaktan korkmak olarak tanımlanır. Bu bakımdan,

şışman olduğu¹³² için, emniyet kemerini takmaması, zarar gören açısından haklı bir sebep teşkil eder ve bu durum, kendisine kusur olarak isnat edilemez¹³³. Bunun gibi, kendisine, gasp ve darp gibi eylemlere karşı, bir tedbir olarak, emniyet kemeri takmamasını tavsiye eden bir polisin, bu tavsiyesine uyan bir taksi şoförü de, emniyet kemerini takmadığı için kusurlu sayılamaz¹³⁴. Aynı şekilde, zarar görenin, KTY m. 150 uyarınca, emniyet kemeri bulundurma zorunluluğu olmayan bir araçta¹³⁵ seyahat etmesi ya da emniyet kemeri bulundurma zorunluluğu olan bir araçta seyahat etmesine karşın, araç sahibinin, araçta, emniyet kemerine ilişkin

agorafobik hastalar, panik atak gelince doktora ulaşamam korkusu ile, araba, tren ve uçak yolculuğu, kırlarda, kalabalık cadde ve dükkanlarda dolaşma, asansör, tünel gibi yerlerde bulunma şeklindeki etkinliklerden kaçınırlar ya da zorunlu hâllerde ve çok sıkıntı çekerek bu durumlara katlanırlar. Bu kimseler, arabada yolcu olmakta ve dolayısıyla, emniyet kemeri takmakta dahi zorluk çekebilirler (Agorafobi için bkz. <http://www.draligus.com/3287-agorafobi-panik-bozukluk.html>, Erişim Tarihi: 19.6.2010; <http://www.genbilim.com/content/view/2411/38/>, Erişim Tarihi: 19.6.2010).

¹³² Froom v. Butcher (1976) QB 286 (**Jones**, s. 625; **Rogers**, s. 254, dn. 12).

¹³³ Ancak, bu kimselerin emniyet kemeri takmasının sakıncalı bulunduğu, doktor raporu ile belgelenmelidir. Gerçekten, bu husus, KTY m. 150’de, “*Sağlık sorunları nedeniyle emniyet kemeri takamayacak kişilerin, resmi veya özel sağlık kuruluşlarından emniyet kemeri takamayacağına dair sağlık raporu almaları gerekir. Bu kişiler, raporda belirtilen süre zarfında, emniyet kemeri takmaktan muaf tutulur*” şeklinde ifade edilmiştir.

¹³⁴ Pace v. Culley (1992) SLT 1073 (**Rogers**, s. 254, dn. 12).

¹³⁵ KTY m. 150’ye göre, araç dururken kullanılan koltuklar ile ayakta da yolcu taşıyan M2 ve M3 kategorisi Sınıf A ve Sınıf I otobüslerde, koltuklarda, emniyet kemeri bulundurulması zorunlu değildir. Ayrıca, yine, KTY m. 150’de belirtilen bazı araçların, bütün koltuklarında değil, hükümde sayılan koltuklarında emniyet kemeri bulundurulması zorunluluğu vardır.

donanımı bulundurmaması¹³⁶ yahut KTY m. 150'ye göre, emniyet kemeri kullanma zorunluluğu bulunmayan kişilerden olması¹³⁷ nedeniyle, emniyet kemeri takmaması hâlinde de, kusurlu olduğu söylenemez.

Zarar görenin, emniyet kemeri takmamasının yanı sıra, koruyucu kask takmaması da, kendisine kusur olarak isnat edilmektedir¹³⁸. Zira, KTY m. 150'ye göre, motosikletlerde, sürücülerin, koruma başlığı (kask) ve koruma gözlüğü;

¹³⁶ KTY m. 150'ye göre, 1995 yılı itibarıyla, ülkemizde imal edilen veya yurtdışından ithâline izin verilen binek otomobillerinin, hem ön hem de arka koltuklarında emniyet kemeri bulundurulması zorunluluğu vardır. Bu zorunluluğa rağmen, aracının arka koltuklarında emniyet kemeri bulundurmayan bir kimsenin aracına binen zarar görenin, emniyet kemeri takmamakta kusurlu olduğu söylenemez. Bununla birlikte, zarar gören, araçta emniyet kemeri bulunmadığını bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen, araca binmeyi tercih etmişse, bu davranışıyla zarar tehlikesini göze almış olduğundan, BK m. 44/I anlamında kusurlu kabul edilebilir. Zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâli, ileride (bkz. aşağıda § 5, II) ayrıntılı olarak inceleneceğinden, burada, bu hususu, sadece zikretmekle yetiniyoruz.

¹³⁷ KTY m. 150'ye göre, “1) Yerleşim yeri içinde ticarî amaçla yolcu taşımacılığı yapan araç sürücülerini 2) Yerleşim yeri içinde ticarî amaçla yolcu taşımacılığı yapan M2 ve M3 sınıfı minibüs ve otobüsler (umum servis araçları hariç) ile dolmuş otomobillerindeki yolcular 3) Geri gitme veya park yerlerinde 25 km/s. geçmeyen hızla seyreden sürücüler 4) Yakın koruma, harekât, tatbikat ve devriye görevi yürüten veya olaylara müdahâle eden askeri ve genel kolluk görevlilerinden, sürücü ve yolcu konumunda bulunanlar 5) Görev ya da ekip çalışması ile özel pozisyonlarda bulunduklarında, acil servis görevlileri”, emniyet kemeri kullanmak zorunda değildirler.

¹³⁸ **Dam**, s. 338; **Jones**, s. 622; **Heuston/Buckley**, s. 494; **Magnus/Martin-Casals**, s. 70, 78, 94, 220, 227-228, 288. Zarar görenin, kaskını sıkı ve sağlam bir şekilde takmamış olması da, zararın artmasına sebep olduğu takdirde, kendisine kusur olarak isnat edilir: *Capps v. Miller* (1989) 2 All ER 333 (**Jones**, s. 622).

yolcuların ise, koruma başlığı (kask) kullanmaları zorunludur. O hâlde, motosiklette sürücü ya da yolcu konumunda bulunan zarar görenin, zarar verenin kusuru ile meydana gelen bir trafik kazası sonucunda uğradığı zararın, koruyucu kaskını takmaması nedeniyle artması hâlinde de, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmalıdır¹³⁹. Şüphesiz, zarar görenin kask takmaması nedeniyle tazminattan indirim yapılabilmesi için, kask takılmamasının, somut olayda meydana gelen zararın artmasına sebebiyet vermiş olması gereklidir. Aksi takdirde, zarar gören, kask takmamış olsa bile, tazminattan, bu sebeple indirim yapılması mümkün değildir¹⁴⁰.

Zarar görenin, zararın artmasına sebep olmasına, bedensel bütünlüğün ihlâli sonucunda ortaya çıkan ve çalışma gücünü azaltan zararlar da rastlanmaktadır. Bu bağlamda, zarar görenin, haklı bir sebep olmaksızın, meslek değiştirmekten kaçınması ya da zararı azaltacak bir tedaviye veya ameliyata rıza göstermemesi, BK m. 44/I anlamında zarar görenin, zararın artmasına sebep olması kapsamında değerlendirilmektedir.

¹³⁹ Nitekim, motosiklet sürücüsünün, kask takmaması nedeniyle zararın artmasına sebep olması olayında, tazminattan, %15 oranında indirim yapılmasına karar verilmiştir: O'Connell v. Jackson (1972) 1 QB 270 (**Jones**, s. 622).

¹⁴⁰ Örneğin; kask takmayan bir motosiklet sürücüsünün, bacağının kırılması hâlinde, bacağın kırılmasına ilişkin zarar, kask kullanılmamasının bir sonucu olmadığı için, yani, zarar gören kaskı taksaydı dahi, bacağı kırılacağı için, tazminattan indirim yapılmayacaktır. Buna karşılık, aynı motosiklet sürücüsü, başından yaralanmış olsaydı, onun kaskı takmamasının, uğradığı zararı artırdığı söylenebileceğinden, tazminattan, bu sebeple indirim yapılması mümkün olacaktır (**Magnus/Martin-Casals**, s. 227-228; **Dam**, s. 338; **Heuston/Buckley**, s. 494).

Maruz kaldığı bir hastalık veya sakatlık nedeniyle, önceki mesleğini icra edemeyen zarar görenin, başka bir meslekte çalışma imkânı bulunmasına rağmen¹⁴¹, meslek değiştirmekten kaçınması, BK m. 44/I gereği, kendisine kusur olarak isnat edilmektedir¹⁴². Bununla birlikte, zarar görenin, meslek değiştirmekten kaçındığı her durumda, kusurlu olduğunun kabul edilmesi söz konusu değildir. Gerçekten, zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınmasının, kendisine kusur olarak isnat edilebilmesi için, meslek değiştirmesinin, ondan beklenebilir olması gerekir. Zarar görenden, meslek değiştirmesinin beklenip beklenemeyeceği ise, onun, kişiliği, sosyal statüsü, yetenekleri, yaşı, fiziksel gücü, zekâsı ve özellikle, yeni mesleğe uyum yeteneği dikkate alınarak belirlenir¹⁴³. Örneğin, genç bir kimse, yaşlı bir kimseye nazaran, daha kolay meslek değiştirebilir ve yeni mesleğine daha çabuk uyum sağlayabilir. Bu nedenle, gençlerden, genellikle, meslek değiştirmeleri beklenir¹⁴⁴. Buna karşılık, zarar görenden, ister genç ister yaşlı olsun, onun fiziksel

¹⁴¹ Zarar görenin başka bir meslekte çalışma imkânının varlığından söz edilebilmesi için, onun, söz konusu meslek bakımından gerekli nitelikleri haiz olması ve ayrıca, fiilen ve gerçekten böyle bir iş bulabileceğinin kesin olması gereklidir (**Kaneti**, I, s. 154-155, No: 132).

¹⁴² **Tiftik**, Akit Dışı, s. 119; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287-288; **Eren**, Borçlar, s. 735; **von Bar**, s. 563; **Dam**, s. 338; **Nomer**, s. 112; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520; **Yılmaz**, Hamdi, s. 40; **Magnus/Martin-Casals**, s. 78.

¹⁴³ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 119; **Nomer**, s. 112; **Yılmaz**, Hamdi, s. 40; **von Bar**, s. 563; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520. Zarar görenden, meslek değiştirmesinin beklenip beklenemeyeceği belirlenirken, yeni mesleğin, zarar görenin, eski mesleğindeki bilgi ve tecrübesinden olabildiğince yararlanabileceği bir meslek olup olmadığı da dikkate alınmalıdır (**Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287).

¹⁴⁴ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 119. Buna karşılık, yaşlıların meslek değiştirmeleri, çoğunlukla mümkün değildir veya artık bu onlardan istenemez (**Tiftik**, Akit Dışı,

gücünü veya yeteneğini aşan ya da sosyal statüsüne uygun olmayan yahut sağlığını tehlikeye sokan bir mesleğe girmesi beklenemez¹⁴⁵. Örneğin; bir sanatçıdan gece bekçisi veya koruma görevlisi olması beklenemezken; pedallı bir baskı makinesinde çalışmaktayken, geçirdiği bir kaza sonucunda bacağı kırılan bir matbaa işçisinden, aynı matbaada, oturarak çalışabileceği bir işi yapması (örneğin linotip¹⁴⁶ işçiliği yapması) beklenebilir¹⁴⁷. Keza, görme yeteneğini kaybeden bir hâkimden, avukat olarak çalışması beklenebilirken; bir çağrı merkezinde müşteri temsilcisi olarak çalışması beklenemez. Bunun gibi, geçirdiği bir kaza sonucunda, yüzünde sabit eser kalan bir fotomodelden, temizlikçi olması beklenemez; ancak, bir büroda çalışması beklenebilir.

Zarar görenin, meslek değiştirebilmesi veya yeni mesleğine uyum sağlayabilmesi için, mesleki bir eğitim alması gerekiyorsa, ondan, bu eğitimi alması da beklenmektedir. Bununla birlikte, bu eğitimin tüm masrafları, zarar verene aittir¹⁴⁸. Bu itibarla, masrafları zarar veren tarafından karşılanmasına rağmen,

s. 119). Nitekim, Federal Mahkeme, tarafları Müller/Berset olan davaya ilişkin olarak, 21.6.1957 tarihinde verdiği kararda, bir bacağını kaybeden 66 yaşındaki bir posta dağıtıcısından, meslek değiştirmesinin beklenemeyeceği sonucuna varmıştır: Brehm, Roland, Berner Kommentar, Bd. VI, obligationenrecht, 1. Abteilung, Lieferung 1, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern 1986, Art. 44, Nr. 51 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 119, dn. 210'dan naklen).

¹⁴⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 120; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287; **von Bar**, s. 563; **Yılmaz**, Hamdi, s. 40.

¹⁴⁶ Linotip, basımevinde harfleri dizen ve satırları blok durumunda döken dizgi makinesidir (<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=linotip&ayn=tam>, Erişim Tarihi: 24.4.2010).

¹⁴⁷ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 287; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 120.

¹⁴⁸ **Magnus/Martin-Casals**, s. 78; **Dam**, s. 338; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 119; **Nomer**, s. 112, dn. 247.

mesleki eğitim almayı reddeden ve bu nedenle, meslek değiştiremeyen zarar gören de, BK m. 44/I anlamında kusurlu kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, maruz kaldığı sakatlık veya hastalık yüzünden, asıl mesleğini icra edemeyecek hâle gelen zarar görenin, sorumlu kişinin, nasılsa uğradığı zararı tazmin edeceği düşüncesiyle, yeteneklerine, yaşına, fiziksel gücüne ve sosyal statüsüne uygun olan bir başka mesleği yapmaktan kaçınarak, çalışmaktan tamamen vazgeçmesi ve böylece, uğradığı zararın artmasına sebep olması, kendisine kusur olarak isnat edilmeli ve bu nedenle, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmalıdır¹⁴⁹.

Zarar görenin, haklı bir sebep olmaksızın meslek değiştirmekten kaçınması gibi, uğradığı zararı azaltacak bir tedaviye veya ameliyata rıza göstermemesi de, kendisine kusur olarak isnat edilir. Zira, çalışma gücünü azaltan bedensel bir zarara maruz kalan zarar gören, çalışma gücünü artırabilecek bir tedaviden veya ameliyattan kaçındığı takdirde, BK m. 44/I anlamında uğradığı zararın artmasına sebebiyet verdiğinden, kusurlu kabul edilir. Gerçekten, zarar gören, tedavi veya ameliyat olmak suretiyle, çalışma gücünü artırma veya yeniden tamamen elde edebilme imkânına sahip olmasına rağmen, çalışma gücünden yoksun kalması dolayısıyla tazminat almak, kendisine daha uygun ve külfetsiz geldiği için, söz konusu tedaviyi veya ameliyatı reddettiği takdirde, uğradığı zararın, bu sebeple artan kısmından

¹⁴⁹ Tiftik, Akit Dışı, s. 119; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 287-288; Eren, Borçlar, s. 735; von Bar, s. 563; Dam, s. 338; Nomer, s. 112; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520; Yılmaz, Hamdi, s. 40; Magnus/Martin-Casals, s. 78.

sorumlu olur ve lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır¹⁵⁰.

Zarar görenin, çalışma gücünü azaltan bedensel bir zarara uğramasına rağmen, tıbbî yardım almayı kabul etmemesi (hastaneye gitmemesi veya doktora muayene olmaması)¹⁵¹ ya da tıbbî yardım almayı kabul etmekle birlikte, hekim tarafından önerilen tedaviyi reddetmesi¹⁵² yahut zararı gidermek için tıbbî olmayan yöntemlere başvurması¹⁵³, kendisine kusur olarak isnat edilir. Gerçekten, ayağından yaralanan zarar görenin, hastaneye gitmemesi sonucunda, yarasının kangren olması ve ayağının kesilmesi hâlinde, kusurlu olduğunu söylemek mümkündür¹⁵⁴. Bunun gibi, zarar görenin, kırılan kolunun alçıya alınmasına izin vermemesi veya köpek tarafından ısırılmasına rağmen, kuduz aşısı yaptırmaktan kaçınması hâlinde de, tedaviyi

¹⁵⁰ **Nomer**, s. 89, 112-113; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 288-289; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 120 vd.; **von Bar**, s. 563; **Dam**, s. 338; **Magnus-Martin-Casals**, s. 59, 78, 224; **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 662-663; **Oser/Schönenberger**, s. 408-409; **von Tuhr**, s. 103; **Günel**, s. 212; **Arsebük**, s. 146; **Tunçomağ**, s. 489-490; **Feyzioğlu**, s. 539-540; **Yılmaz**, Hamdi, s. 39; **Karahasan**, Borçlar Hukuku Birinci Cilt, s. 1519-1520; **Abik**, Yıldız, "Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı", AÜHFD 2005, C.: 54, S. : 3, s. 282 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Funk**, s. 78; **Schwarz**, s. 144; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Göktürk**, s. 98; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Önen**, s. 149.

¹⁵¹ **Feyzioğlu**, s. 538; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Tunçomağ**, s. 489; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Önen**, s. 149; **Magnus/Martin-Casals**, s. 78, 224; **Oser/Schönenberger**, s. 408.

¹⁵² **von Bar**, s. 563; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312; **Magnus/Martin-Casals**, s. 59.

¹⁵³ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 598.

¹⁵⁴ **Eren**, Borçlar, s. 735; **Önen**, s. 149.

reddetmekte kusurlu olduğu söylenebilir¹⁵⁵ ¹⁵⁶. Yine, zarar görenin, yarasını, hekime başvurmaksızın koca karı ilaçlarıyla iyileştirmeye çalışması¹⁵⁷ yahut bacağındaki kırık için, hastaneye gitmek yerine, kırık çıkıkçıya gitmesi hâlinde de, kusurlu olduğunu söylemek mümkündür.

Zarar görenin, çalışma gücünün kaybindan doğan zararı azaltacak bir tedaviye veya ameliyata rıza göstermemesinin, kendisine kusur olarak isnat edileceği kabul edilmekle birlikte, ondan, zararı azaltmak için, hayatını ya da sağlığını tehlikeye sokacak bir tedaviye veya ameliyata rıza göstermesi beklenemez. Ameliyat dışında kalan tedavilerin büyük bir kısmı, hayatî tehlike taşımadığından, zarar görenin, bu tür tedavilere rıza göstermemesi hâlinde, BK m. 44/I anlamında kusurlu sayılacağı, doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir. Buna karşılık, zarar görenin ameliyata rıza gösterip göstermemesi sorunu, ayrı bir özellik taşımaktadır. Zira, her ameliyat, belirli bir oranda ölüm riski taşıdığından, zarar görenin, ameliyata rıza göstermediği her durumda kusurlu kabul edilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, uygulamada, zarar görenin ameliyata rıza göstermemekte kusurlu olduğu, ancak

¹⁵⁵ Almanya’da, 1905 yılında verilen bir kararda, zarar görenin, psikiyatrik tedaviyi reddetmesinin dahi, kendisine kusur olarak isnat edileceği belirtilmiştir: RG 13 Feb. 1905, RGZ 60, s. 147 (**von Bar**, s. 563, dn. 384).

¹⁵⁶ SSGSSK m. 22/I,c’de de, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının, hekim tarafından teklif edilen tedaviyi reddetmesi hâlinde, hak kazandığı geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden, belirli bir oranda (%50 oranında) indirim yapılması öngörülmektedir. Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. yukarıda § 3, III, B.

¹⁵⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 598.

belirli şartlar altında ve sınırlı bir biçimde kabul edilmektedir¹⁵⁸. Gerçekten, Türk, İsviçre ve Alman Hukuku uygulamasında, zarar görenden, belli şartların bulunması kaydıyla, ameliyat olması beklenmektedir¹⁵⁹. Uygulamada kabul edilen bu şartlar şunlardır: 1) Ameliyat, zarar gören için hayatî bir tehlike taşımamalıdır, 2) Ameliyat, beraberinde dayanılması güç bir ağrı ve acı getirmemelidir, 3) Ameliyat sonucunda, zarar görenin durumunda belirli bir oranda iyileşme olacağı, kuvvetle muhtemel olmalıdır, 4) Sorumlu kişi, zarar görene, ameliyat masraflarını önceden ödemiş olmalıdır¹⁶⁰. İşte, somut olayda, bu şartların tamamı gerçekleşmediği sürece, zarar görenden ameliyat olması beklenemez. Bununla birlikte, zarar gören, bu şartların tamamı gerçekleşmesine rağmen, ameliyata rıza göstermezse, kusurlu kabul edilir ve

¹⁵⁸ **Nomer**, s. 89, 112-113; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 288-289; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 120 vd.; **von Bar**, s. 563; **Dam**, s. 338; **Magnus/Martin-Casals**, s. 59, 78, 224; **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 662-663; **Oser/Schönenberger**, s. 408-409; **von Tuhr**, s. 103; **Günel**, s. 212; **Arsebük**, s. 146; **Tunçomağ**, s. 489-490; **Feyzioğlu**, s. 539-540; **Yılmaz**, Hamdi, s. 39; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519-1520; **Abik**, s. 282 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 735; **Oğuzman/Öz**, s. 581; **Funk**, s. 78; **Schwarz**, s. 144; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Göktürk**, s. 98; **Saymen/Köprülü**, s. 166; **Önen**, s. 149.

¹⁵⁹ Buna karşılık, Fransız Hukuku uygulamasında, zarar görenden, hiçbir koşul altında, uğradığı zararı azaltmak için ameliyat olması beklenmemektedir. Fransız Yüksek Mahkemesi (Cour de Cassation) içtihadı da, herkesin, ameliyat olup olmayacağına serbestçe karar verebileceği ve bu nedenle, zarar görenin, basit ve tehlikesiz bir ameliyata rıza göstermemesinin dahi, kendisine kusur olarak isnat edilemeyeceği yönündedir (**Dam**, s. 338; **von Bar**, s. 563).

¹⁶⁰ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 121; **Nomer**, s. 112; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 288; **von Tuhr**, s. 103; **Günel**, s. 212; **Arsebük**, s. 146; **Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 663; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520; **Yılmaz**, Hamdi, s. 39; **Feyzioğlu**, s. 540; **Oser/Schönenberger**, s. 408-409; **Kısagün**, Müterafık Kusur 1962, s. 11.

lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır¹⁶¹. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir¹⁶².

Şartlar arasında belirttiğimiz ameliyatın tehlikesizliği (hayatî tehlike taşımaması) hususu, mutlak değil; nisbîdir¹⁶³. Zira, genel anestezi altında yapılan her ameliyatta, belirli bir oranda ölüm tehlikesi bulunmaktadır¹⁶⁴. Şüphesiz, zarar

¹⁶¹ Bununla birlikte, Feyzioğlu'na göre, zarar görenin, sadece ameliyata razı olmaması, kendisine kusur olarak isnat edilemez. Hatta, yazara göre, zarar gören, makul ve tıbbî başka tedbirlere başvurmak suretiyle, zararın artmasını önlemeye çalıştığı takdirde, ameliyata razı olsaydı, zararın daha da azalacağı söylenebilse dahi, tazminattan indirim yapılamaz (**Feyzioğlu**, s. 540).

¹⁶² “...mağdurdan ameliyata rıza göstermesinin beklenebilmesi için; a) Ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırıp verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin, kuvvetle umulur, beklenir olması, d) Özellikle de, ameliyat giderlerinin, sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması şarttır. Bu şartların tamamı gerçekleşmedikçe, mağdurdan ameliyat olması beklenemez...eğer mağdur, şartlar tahakkuk etmesine rağmen, ameliyat ya da tedaviden kaçınırsa, bu davranışı (tıpkı meslek değiştirmesini haklı bir neden olmaksızın reddetmekte olduğu gibi), birlikte kusur sayılır ve dolayısıyla, zararın artmasına neden olduğu cihetle tazminattan indirim yapılır”: Y. 4. HD, 18.9.1979, 5480/9818 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1520, dn. 336).

¹⁶³ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 121-122.

¹⁶⁴ Gerçekten, Almanya’da, 1913 yılında, kloroform denilen anestetik kullanılarak, genel anestezi ile yapılan ameliyatların, azami özen gösterilmesi hâlinde dahi, ölüm tehlikesi taşıdığı, mahkemelerce kabul edilmekteydi (**Markesinis/Lorenz/Dannemann**, s. 663). Her ne kadar günümüzde, genel anestezi için, yan etkileri çok fazla olan kloroform yerine, modern ilaçlar kullanılıyor olsa da, genel anesteziideki ölüm tehlikesi, azalmakla birlikte, hâlen devam etmektedir (Bu konuda geniş bilgi için bkz. <http://anestezi.med.ege.edu.tr/ders/5.pdf>, Erişim Tarihi: 20.4.2010; Kloroformun yan etkileri için bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/Kloroform>, Erişim Tarihi: 20.4.2010).

görenden, uğradığı zararı azaltmak için de olsa, hayatını tehlikeye atacak bir ameliyata rıza göstermesi beklenemez¹⁶⁵. Ancak, her ameliyatta, belirli bir oranda ölüm tehlikesinin bulunduğu gerekçesiyle, zarar görenin, hiçbir ameliyata rıza göstermek durumunda olmadığı kabul edilmesi ve böylece, ameliyata rıza gösterilmemesinin, tazminattan indirim hakkı kılan bir sebep olmaktan çıkarılması da yerinde olmaz¹⁶⁶. Bu bakımdan benimsenmesi gereken çözüm, ameliyatın, hayatı

¹⁶⁵ Nitekim, Yargıtay da, haksız fiil yüzünden sakatlanan bir kimsenin, düzeltme ameliyatı yaptırmamasının, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim esas olabildiğini, bu ameliyatın, zarar gören açısından hayati bir tehlike taşımaması şartına bağlamaktadır: Y. HGK, 16.2.1972, 71/4 -137 (**Feyzioğlu**, s. 539, dn. 159).

¹⁶⁶ Ancak, Yargıtay, bir kararında, her ameliyatın ölüm tehlikesi yaratacağını ve bu nedenle, zarar görenden ameliyat olmasının beklenemeyeceğini kabul etmek suretiyle, tazminattan, zarar görenin ameliyata rıza göstermemesi nedeniyle indirim yapılamayacağı sonucuna varmıştır: “*Her ameliyatta ve olayda olduğu gibi, bacak kemiği kırıklarına ilişkin bir ameliyatta, her zaman belirli bir oranda ölüm tehlikesi mevcuttur. Hiçbir hukuk düzeni, tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru, ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda, davacının ameliyat olmaması nedeniyle, zararı artırıcı bir davranışta bulunduğu kabulü ile indirim yapılması, hukuk ve yasaya aykırı olmakla, tam tazminata hükmedilmek üzere, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir*”: Y. 11. HD, 19.9.1980, 3979/4046 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 595, dn. 11c). Yargıtay, bu kararında, somut olayın özelliklerini dikkate almak suretiyle, ameliyatın, zarar gören açısından ölüm tehlikesi taşıyıp taşımadığını incelemeksizin, her ameliyatta, genel olarak bir ölüm tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle, zarar görenin, ameliyata rıza göstermemesinin, tazminattan indirim gerektirmeyeceğini benimseyerek, adeta, zarar görenin, ameliyata rıza göstermemesi hâlini, BK m. 44/I’nin kapsamından tamamen çıkarmıştır. Genel anestezi ile yapılan bütün ameliyatlarda tehlikeli olduğuna ilişkin görüş, 1913 yılında, Almanya’da da benimsenmekteydi. Gerçekten, 1913 yılında, Almanya’da, parmağından yaralanan bir zanaatçının, başvurduğu hekimin başarısız

tehlike taşıyıp taşımadığının, somut olayın şartları ve özellikle, zarar görenin, yaşı, fiziksel özellikleri ve sağlık durumu gibi nitelikleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi ve bu belirlemeye göre, tehlikesiz olduğu kabul edilebilen bir ameliyata rıza gösterilmemesinin, zarar görene kusur olarak isnat edilmesidir. O hâlde, ancak, somut durum ve şartlar, mevcut tıbbî imkânlar ve zarar görenin, yaşı, fiziksel özellikleri ve kronik bir hastalığının bulunup bulunmadığı gibi hususlar dikkate alındığında, hayatın olağan akışı içinde tehlikesiz olduğu kabul edilebilen bir ameliyata rıza gösterilmemesi, zarar gören açısından kusur teşkil eder¹⁶⁷. Örneğin; basit bir kırık ameliyatının, 20 yaşındaki sağlıklı bir genç için hayatî tehlike taşımadığı kabul edilebilirken; aynı ameliyatın, 85 yaşında olan ve üstelik kalp, şeker veya tansiyon hastalığı gibi kronik bir ya da birden fazla hastalığı bulunan bir kimse için, büyük bir hayatî tehlike taşıdığı söylenebilir. Bu nedenle, ameliyatın hayatî tehlike taşıyıp taşımadığı, her olayın somut özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Bununla birlikte, olayın somut özellikleri dikkate alınarak, ameliyatın tehlikesiz olduğu sonucuna varılsa bile, ameliyat, zarar gören için dayanılmaz bir acı verecek nitelikteyse, zarar görenden ameliyata rıza göstermesi

tedavisi nedeniyle kangren olan parmağının, ameliyatla kesilmesine rıza göstermemesi ve bunun sonucunda, çalışma gücünü tamamen kaybetmesi olayında, zarar gören zanaatçı tarafından, hekim aleyhine açılan tazminat davasına ilişkin olarak, mahkeme, lokal anestezi ile yapılan ameliyatlardan farklı olarak, genel anestezi ile yapılan her ameliyatta, azami özen gösterilse dahi, ölüm tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle, zarar gören zanaatçının, ameliyata rıza göstermemesinin, kendisine kusur olarak isnat edilemeyeceğini kabul etmiş ve zanaatçı lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılmamasına karar vermiştir: Reichsgericht, 27.6.1913, RGZ, 83, 15, 19-20 (Markesinis/Lorenz/Dannemann, s. 663).

¹⁶⁷ Tiftik, Akit Dışı, s. 121-122; Feyzioğlu, s. 540.

beklenemez. Örneğin; zarar görenden, hayatının kurtarılması yahut sakatlığının tedavi edilmesi için, ameliyatla gözlerinin çıkarılmasına rıza göstermesi beklenemez¹⁶⁸. Bunun gibi, doğum kontrol amacıyla yaptırılan vazektomi¹⁶⁹ işleminin, hekimin hatalı uygulaması nedeniyle başarısız olması sonucunda, zarar görenin isteği dışında hamile kalması hâlinde, zarar görenden, gebeliğin sonlandırılması (kürtaj) için gerekli yasal süre¹⁷⁰ dolmamış olsa bile, gebeliğin sonlandırılmasına (kürtaja) rıza göstermesi beklenemez ve bu husus, ona kusur olarak isnat edilemez¹⁷¹. Zarar görenin, ameliyata rıza göstermemesinin, kendisine kusur olarak isnat edilebilmesi için, söz konusu ameliyatın, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, tehlikesiz olması ve dayanılmaz bir acıya yol açmamasının yanı sıra, zarar görenin durumunda belirli bir oranda iyileşme sağlamanın kuvvetle muhtemel olması da gerekir. Bu bakımından, zarar görenden, durumunda iyileşme sağlayıp sağlamayacağı belli olmayan bir ameliyata rıza göstermesi beklenemez¹⁷². Zarar görenin, ameliyata rıza göstermemesinin, BK m. 44/I anlamında kendisine kusur olarak isnat edilip, tazminattan indirim yol açabilmesi için gerekli son şart ise, sorumlu kişinin, zarar görene, ameliyat masraflarını önceden ödemiş olmasıdır.

¹⁶⁸ **Schwarz**, s. 144.

¹⁶⁹ Kısaca, erkeğe uygulanan cerrahî sterilizasyon olarak da tanımlanabilen ve gebelikten korunmada kullanılan kalıcı yöntemlerden biri olan vazektomi, erkeklerde, sperm hücrelerinin, testislerden depolandıkları bölgelere geçişinin, cerrahî yöntemlerle kalıcı olarak bozulması işlemidir (Geniş bilgi için bkz. <http://gebelik.org/dosyalar/aileplan/vazektomi.html>, Erişim Tarihi: 25.6.2010).

¹⁷⁰ 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar, annenin sağlığı açısından tıbbî bir sakınca olmadığı takdirde, istek üzerine rahim tahliye edilir.

¹⁷¹ **Dam**, s. 338.

¹⁷² **Dam**, s. 338.

Ancak, bu son şart, duruma göre aranmayabilir. Şöyle ki, zarar gören, malî durumu yerinde olmasına rağmen, sorumlu kişinin ameliyat masraflarını ödemediği gerekçesiyle, ameliyat olmaktan kaçınarak, zararın artmasına sebep olmuşsa, bu nedenle artan zarara katlanmalıdır. Zira, o, ameliyat masraflarını ödeseydi, uğradığı zararın azalmasını sağlayabilir; masrafları da, daha sonra sorumlu kişiden talep edebilirdi. O hâlde, malî durumu yerinde olan zarar gören, sorumlu kişinin ameliyat masraflarını ödememesi hâlinde, yukarıda saydığımız diğer şartlar da bulunuyorsa, kural olarak, bu masrafları ödeyip, ameliyat olmak suretiyle, zararın azalmasını sağlamak durumundadır. Buna karşılık, zarar gören, ameliyat masraflarını ödeyecek durumda değilse, sorumlu kişinin, masrafları ödememesi nedeniyle ameliyata rıza göstermediği takdirde, BK m. 44/I anlamında kusurlu sayılamaz ve dolayısıyla, lehine hükmedilen tazminattan da indirim yapılamaz^{173 174}.

Zarar görenin, çalışma gücünün kaybı nedeniyle uğradığı zararın azalmasını sağlamak için rıza gösterdiği bir tedavi veya ameliyatın, beklenen sonucu vermemesi yahut onun durumunu daha da kötüleştirilmesi ve hatta, ölümüne sebep olması hâlinde, zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlâlinden sorumlu olan kişi, illiyet bağıını kesecek bir sebep (hekimin veya bakıcıların kusuru yahut mücbir sebep gibi)

¹⁷³ **Nomer**, s. 112-113.

¹⁷⁴ Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesinin, 1966 tarihli bir kararında, ameliyat masraflarını karşılayamayacak durumda oldukları için, çocuklarının iyileşmesini sağlayacak olan ameliyata rıza göstermeyen anne ve babanın, kusurlu olmadıkları sonucuna varılmıştır: Cass. civ., 13.1.1966, Gaz. Pal. 1966 Jur. 375 (**von Bar**, s. 563, dn. 386).

bulunmadığı sürece, bu ağırlaşma veya ölümden doğan zararı da tazminle yükümlü olur¹⁷⁵.

Zarar görenin, yalnız haklı bir sebep olmaksızın, tedaviye veya ameliyata rıza göstermemesi değil; tedaviden veya ameliyattan önce ya da sonra, gerekli özeni göstermeyerek, zararın artmasına sebep olması da, kendisine, BK m. 44/I anlamında kusur olarak isnat edilebilir. Bu bağlamda, zarar görenin, hekimi yanlış veya eksik bilgilendirmesi¹⁷⁶, hekimin verdiği talimatlara uymaması¹⁷⁷, tedavi veya ameliyat sonrasında, iyileşme sürecini hızlandıracak olan tedavileri takip etmemesi¹⁷⁸ ve tedaviden ya da ameliyattan sonra bir komplikasyonun ortaya çıkması hâlinde, hastaneye başvurmaması¹⁷⁹ gibi davranışları da, zararın artmasına sebep olduğu

¹⁷⁵ **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 289; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 122; **Yılmaz**, Hamdi, s. 39; **Nomer**, s. 113.

¹⁷⁶ **von Bar**, s. 562. Örneğin; İspanya Temyiz Mahkemesi, zarar verenin bir fiili sonucunda yaralanarak hastaneye kaldırılan ve yarası, tetanoz riski taşıyan zarar görenin, hekime, tetanoz aşısı olup olmadığı hakkında yanlış bilgi vermesi nedeniyle, tetanoza yakalanıp ölmesi olayında, zarar görenin, hekimi yanlış bilgilendirdiği için, kusurlu olduğu sonucuna vararak, tazminattan, %50 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir: AP Santa Cruz de Tenerife, 4 July 1997, RAJ (TSJ Y AP) 1997, Nr.: 557 (**von Bar**, s. 563, dn. 381).

¹⁷⁷ **von Bar**, s. 563; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 312; **Magnus/Martin-Casals**, s. 78. SSGSSK m. 22/I,a'da da, iş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına tutulan sigortalının, hekimin tavsiyelerine uymaması sonucunda, tedavi süresinin uzamasına, iş göremezlik oranının artmasına yahut malûl kalmasına sebep olması hâlinde, geçici veya sürekli iş göremezlik gelirinden, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak, belirli bir oranda indirim yapılması öngörülmektedir. Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. yukarıda § 3, III, B.

¹⁷⁸ **von Bar**, s. 563.

¹⁷⁹ **von Bar**, s. 563. Yargıtay da, bir kararında, geçirdiği trafik kazası sonucunda bacağı kırılan zarar görenin, kırığın kaynamasını geciktiren ve kırığın kaynamasından sonra da devam eden

takdirde, kusurlu sayılarak, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılması sonucunu doğurur. Örneğin; zarar gören, hekimin, yarasını temiz tutması ve iki günde bir pansumana gelmesi yönündeki talimatına uymayarak, yarasını kirli bir bezle sarmak¹⁸⁰ veya pansuman yaptırmamak suretiyle, yarasının mikrop kapmasına yol açmışsa, kusurlu kabul edilir. Yargıtay da, zarar görenin, tedavi esnasında özensiz davranarak, yarasının iltihaplanmasına sebep olmasının, BK m. 44/I kapsamında değerlendirileceğini kabul etmektedir¹⁸¹.

§ 5. ZARAR GÖRENE İSNAT EDİLEBİLEN DİĞER DURUMLAR

I. Zarar Görenin Zarara Razı Olması

A) Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Zarar Görenin Zarara Razı Olması

Bir kimsenin, başka bir kimseyi yaralaması, öldürmesi, onun bir malını tahrip etmesi veya şeref ve haysiyetini ihlâl edici sözler söylemesi gibi fiiller, haksız fiil sorumluluğuna ve dolayısıyla, tazminat ödeme yükümlülüğüne esas olur. Bu husus, BK m. 41/I’de, “...*haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur*” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı şekilde, TMK m. 24/I’de de, “*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*” hükmü yer almaktadır. BK m. 41/I’de yer alan “*haksız bir surette*” deyiimi ile TMK m. 24/I’deki

enfeksiyon karşısında, yaklaşık bir sene boyunca hastaneye başvurmamasının, BK m. 44/I kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmiştir: Y. 4. HD, 10.6.1988, 5012/5802 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519).

¹⁸⁰ Feyzioğlu, s. 538.

¹⁸¹ Y. 4. HD, 10.6.1988, 5012/5802 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1519).

“*hukuka aykırı olarak*” deyimini, haksız fiil sorumluluğun kurucu unsurlarından biri olan hukuka aykırılığı ifade etmek için kullanılmaktadır. Gerçekten, BK m. 41/I’de, zararı tazmin yükümlülüğünün doğumu için, zararın, hukuka aykırı bir fiil ile meydana getirilmiş olması aranmaktadır¹⁸². Keza, kişiliğin, üçüncü kişilerin haksız fiillerine karşı korunmasını düzenleyen TMK m. 24/I’de de, kişinin, kişilik hakkına hukuka aykırı olarak müdahâle eden herkese karşı korunacağı belirtilmiştir¹⁸³. Bununla birlikte, BK m. 41/I ve TMK m. 24/I hükümlerinde, bir fiilin nasıl ve hangi niteliklere sahip olduğu takdirde hukuka aykırı sayılacağı hususu açıklanmamış; yani, hukuka aykırılığın tanımı verilmemiştir¹⁸⁴. Doktrinde benimsenen tanıma göre, hukuka aykırılık, *hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmadığı hâllerde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarının ihlâl edilmesidir*. Bu tanımdan anlaşılabacağı üzere, hukuka aykırılık, iki unsurdan oluşur. Birinci unsur, zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden, kamu hukuku veya özel hukuk kökenli, yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk kuralının ihlâl edilmesidir. İkinci unsur ise, somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin

¹⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 475-476; Eren, Borçlar, s. 544; Ögüzman/Öz, s. 493; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 197; Kaneti, Selim, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 227-228; Tiftik, Akit Dışı, s. 47-48.

¹⁸³ Dural/Ögüz, s. 140; Ögüzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Özdemir-Oktay, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Bası, İstanbul 2009, s. 152-153; Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 108; Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilip Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 6. Bası, İstanbul 2007, s. 380-381; Öztan, s. 283; Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 149.

¹⁸⁴ Eren, Borçlar, s. 547-548; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 476.

bulunmamasıdır¹⁸⁵. Hukuka uygunluk sebepleri, normun koruduğu hukukî değeri ihlâl eden davranışın, hukuka aykırı olmasını engelleyen olay ve durumlar olup; somut olayda, bu sebeplerden birinin bulunması, zarar verenin davranışını hukuka uygun kılar¹⁸⁶ ¹⁸⁷. Zarar görenin zarara razı olması da, hukuka uygunluk sebeplerinden biridir. Bu itibarla, zarar görenin, kendisine zarar veren bir fiile razı olması, bu fiili, kural olarak, hukuka uygun kılar. Zarar görenin rızası, TMK m. 24/II’de, kişilik hakkına yapılan müdahâleleri hukuka uygun kılan sebepler arasında sayılmıştır. TMK m. 24/II’ye göre, *“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka*

¹⁸⁵ **Eren**, Borçlar, s. 548-549; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 227-228; **Oğuzman/Öz**, s. 493 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 197 vd.

¹⁸⁶ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 235; **Eren**, Borçlar, s. 562; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 199; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 485 vd.

¹⁸⁷ Hukuka uygunluk sebeplerinin, hukuka aykırılığa ne yönde etki edeceği hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bu sebepler, normun ihlâl edilmesiyle meydana gelen hukuka aykırılığı ortadan kaldırırlar. Yani, normun koruduğu hukukî değeri ihlâl eden ve bu bakımından, hukuka aykırı sayılması gereken bir davranış, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunması hâlinde, bu hukuka aykırılık niteliğinden kurtulmuş olur. Başka bir deyişle, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Diğer bir görüşe göre ise, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması hâlinde, normun koruduğu hukuki değeri ihlâl eden davranış, başından itibaren hukuka uygun bir davranıştır ve hiçbir zaman hukuka aykırı olmamıştır. Hukuka aykırılık hiç söz konusu olmadığına göre, bunun ortadan kalkmasından da bahsedilemez. Zira, hukuk düzeninin hukuka aykırı olarak nitelendirdiği bir davranış, her zaman hukuka aykırı olarak kalır. Daha sonra bazı sebeplerin ortaya çıkması ile bu davranışın hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz (**Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 237-238; **Eren**, Borçlar, s. 562).

aykırıdır”¹⁸⁸. Bu hükme göre, kişiliğe yapılan her müdahâle, kural olarak, hukuka aykırıdır. Ancak, bir kimse, kişiliğini oluşturan kişisel varlıklarına müdahâle edilmesine rıza göstermişse, artık bu müdahâle, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez; yani, rıza, müdahâleyi hukuka uygun kılar¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Bir görüşe göre, MK m. 24/II’de, zarar görenin rızasının, mutlak olarak hukuka aykırılığı engelleyeceği anlamına gelen bir ifade kullanılmıştır. Bu itibarla, MK m. 24/II’den, zarar görenin rızasına dayanan her saldırının, hukuka uygun olduğu, başka bir deyişle, zarar görenin rızasının, mutlak bir hukuka uygunluk sebebi olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak, rızayı, hiçbir sınırlama getirmeden hukuka uygunluk sebebi saymak, Türk Medenî Kanunu’nun kişiliğin korunması bakımından kabul ettiği sisteme aykırıdır. Zira, insan haysiyetiyle ve kişiliğe bağlı diğer değerlerle bağdaşmayan bir rızanın, saldırıyı hukuka uygun hâle getirmeyeceği, MK m. 23’te açık olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle, MK m. 24/II, MK m. 23 ile birlikte değerlendirilmeli ve kişilik hakkına saldırının, ancak, zarar görenin rızasının haklı gösterdiği durumlarda, hukuka uygun olacağı; aksi takdirde, hukuka aykırılığı engellemeyeceği sonucuna varılmalıdır (**Tekinay**, Selahattin Sulhi, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul 1992, s. 259; **Arpacı**, s. 149; **Hatemi**, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2005, s. 60; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 102 vd.; **Akipek/Akıntürk**, s. 381; **Helvacı**, s. 109; **Yılmaz**, Mehmet, s. 75). Bir diğer görüşe göre ise, zarar görenin rızasının, hukuka aykırılığı engelleyebilmesi için, hukuka ve ahlâka aykırı olmaması ön şart olduğundan, MK m. 24/II’nin, zorunlu olarak, MK m. 23 ile birlikte yorumlanması gerekmektedir. MK m. 23’e aykırı olan bir rızanın da, hukuka uygunluk sebebi olamayacağı açık olduğundan, bu görüşe göre, MK m. 24/II’de, ayrıca bir sınırlama getirilmesine gerek yoktur. Bu bakımdan, MK m. 24/II’den, zarar görenin rızasının, mutlak bir hukuka uygunluk sebebi olduğu anlamı çıkarılamaz (**Dural/Öğüz**, s. 141; **Nomer**, s. 103, dn. 187).

¹⁸⁹ **Helvacı**, s. 108-109; **Akipek/Akıntürk**, s. 401; **Öztan**, s. 284; **Dural/Öğüz**, s. 140-141; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay**, s. 154; **Eren**, Borçlar, s. 564; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 489; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 243; **Yılmaz**, Mehmet, Zarar Görenin (Mağdurun)

Zarar görenin rızasının, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde, Roma Hukukunda yer alan ve İsviçre-Türk Hukukunda da kabul edilen “*Rıza gösterene karşı haksız fiil işlenmiş olmaz ilkesi (Volenti non fit iniuria)*” yatmaktadır. Bu ilkeye göre, zarar görenin rızası ile onun hukukî değerlerine zarar vermiş olan bir kimse, hukuka aykırı davranmadığı için, haksız fiil de işlemiş olmaz. Başka bir deyişle, zarar görenin, hukukî değerlerinin ihlâl edilmesine rıza göstermesi, hukuk düzenince kendisine sağlanan korumadan vazgeçmesi anlamına gelir ve onu yasal korumadan yoksun bırakır. Zira, hukuk düzeni, kişilerin hukukî değerlerini, kural olarak, iradeleri hilâfına korumaz¹⁹⁰. Gerçekten, bir kimse, bahçıvanının, bahçesindeki gül fidanlarını sökmesine izin verirse ya da yardımcısına, dolabındaki giysileri yakmasını emrederse yahut arkadaşına, ödünç verdiği kitabını okuduktan sonra atmasını söylese, artık sökme, yakma ve atma fiilleri, hukuka aykırı olarak

Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 58; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **von Tuhr**, s. 371; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 204; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99; **Nomer**, s. 103; **Saymen/Elbir**, s. 447, 502; **Tunçomağ**, s. 436, 483; **Feyzioğlu**, s. 536; **Deschenaux/Tercier**, s. 44; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 31; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 456; **Önen**, s. 128; **Yılmaz**, Hamdi, s. 28; **Güleç (Uçakhan)**, s. 146; **Oser/Schönenberger**, s. 406; **İnan**, s. 269; **Kısagün**, Müterafık Kusur 1961, s. 12-13; **Ataay**, s. 114; **Aybay**, s. 92; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 357-358; **Olgaç**, I, s. 408; **Azaklı**, s. 90.

¹⁹⁰ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 243; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 489; **Eren**, Borçlar, s. 564; **Deschenaux/Tercier**, s. 44; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 31; **Oğuzman/Öz**, s. 500, dn. 29; **Nomer**, s. 102; **Önen**, s. 128; **Güleç (Uçakhan)**, s. 146; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 357-358; **Olgaç**, I, s. 408.

nitelendirilemez¹⁹¹. Aynı şekilde, yayımlanmak üzere resmini gazeteciye veren bir kimsenin resminin, gazetede yayımlanması hukuka aykırı olmadığı gibi¹⁹², basına, özel hayatına ilişkin açıklamalar yapan bir kimsenin, bu açıklamalarının yayımlanması da hukuka aykırı değildir¹⁹³. Zarar verici fiilin, zarar görenin rızasına dayandığı için, hukuka aykırı olmadığı bu hâllerde, zarar verenin sorumluluğu söz konusu olmadığından, zarar gören lehine tazminata hükmedilmesi de mümkün

¹⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 489-490; Oğuzman/Öz, s. 500; Saymen/Elbir, s. 447; Feyzioğlu, s. 536; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 32; Eren, Borçlar, s. 566; Yılmaz, Mehmet, s. 58; Nomer, s. 102.

¹⁹² Dural/Öğüz, s. 132; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 157; Helvacı, s. 97; Öztan, s. 284; Oğuzman/Öz, s. 502; Arpacı, s. 130; Akipek/Akıntürk, s. 391. Ancak, rıza bulunsa bile, resmin, rızanın kapsamını aşacak şekilde yayımlanması hukuka aykırı olur. Örneğin; sadece belirli bir gazetede yayımlanmasına rıza gösterilmiş bir resmin, reklam aracı olarak, ilanlarda, broşürlerde veya reklam panolarında kullanılması hukuka aykırıdır. Bununla birlikte, bazı hâllerde, kişinin rızası bulunmasa bile, resminin yayımlanması hukuka aykırı olmaz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m. 86/II, b.1-2'ye göre, ülkenin siyasi ve toplumsal hayatında rol oynayan kişilerin ve bu kişilerin katıldıkları resmi törenler ya da toplantılara ilişkin resimlerin yayımlanması için rızaya gerek yoktur. Ancak, kamuya mal olmuş bu kişilerin, toplum içindeki yerleri ile ilgili olmayan resimlerinin, rızaları olmaksızın yayımlanması, hukuka aykırı olduğu gibi, bu resimlerin, haber verme amacını aşp, şerefe ve özel hayata tecavüz niteliğini alması, kişilik haklarını ihlâl eder (Dural/Öğüz, s. 132-133; Helvacı, s. 97-98; Arpacı, s. 131; Akipek/Akıntürk, s. 391-392; Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, s. 157).

¹⁹³ Dural/Öğüz, s. 130; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 157; Helvacı, s. 88; Oğuzman/Öz, s. 502, dn. 37; Arpacı, s. 142; Akipek/Akıntürk, s. 390. Bununla birlikte, rıza ile basına yapılan açıklamaya ilişkin haberin hukuka uygun sayılması için, iki şartın gerçekleşmiş olması aranır. Bunlardan birincisi, haberin, açıklamalara gerçek dışı bilgiler katılmadan yapılmasıdır. İkincisi ise, rızanın belirli sınırlar içinde verildiği hâllerde, bu sınırlara uyulmasıdır (Dural/Öğüz, s. 130-131; Helvacı, s. 88; Arpacı, s. 142; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 157).

değildir. Nitekim, Yargıtay da, zarar görene ait bakımsız bir bağın, onun rızası ile sökülerek tarla hâline getirilmesi olayında, zarar görenin rızası değerlendirilmeden tazminata hükmedilmesinin, usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁹⁴. Yargıtay, bir başka kararında da, davalılara yüklenen fiilin, zarar görenin rızası ile işlenmesi sebebiyle, olayın, haksız fiil niteliğinde olmadığını ve bu nedenle, manevî tazminat talebinin reddedilmesinin yerinde olduğunu belirtmiştir¹⁹⁵.

Son olarak belirtelim ki, zarar görenin rızasının, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, geçerli olması gerekir. Yani, ancak zarar gören tarafından verilen *geçerli bir rıza*, zarar verenin fiilini hukuka uygun kılarak, onun sorumluluğunu ve dolayısıyla, tazminat ödeme yükümlülüğünü önleyebilir. Rızanın geçerli olabilmesi için ise, hem içerik bakımından hukuka ve ahlâka uygun olması hem de hukukî işlemler için aranan diğer geçerlik şartlarını (ehliyet, şekil vs.) sağlaması gerekir. Bu şartlardan en az birisi gerçekleşmediği takdirde, zarar görenin rızası geçerli olmaz. Geçerli olmayan rıza da, hukuka uygunluk sebebi olamayacağından, zarar verenin sorumluluğu ve dolayısıyla, zararı tazmin yükümlülüğü devam eder. Bununla birlikte, geçerli olmayan rıza, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Y. 4. HD, 27.2.1986, 1189/1860 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 456).

¹⁹⁵ Y. 11. HD, 13.11.1975, 3709/6182 (**Erdem**, Nafiz, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1987, s. 248).

¹⁹⁶ **Dural/Öğüz**, s. 141; **Nomer**, s. 103-104; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99; **Eren**, Borçlar, s. 564, 731; **Yılmaz**, Mehmet, s. 58; **Öztan**, s. 284; **Önen**, s. 128; **Yılmaz**, Hamdi, s. 28; **Uygur**, s. 2041; **Helvacı**, s. 109; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 155; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205-206; **von Tuhr**, s. 371; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244;

B) BK m. 44/I Anlamında Zarar Görenin Zarara Razi Olması

BK m. 44/I’de, “*Mutazarrır olan taraf, zarara razı olduğu... takdirde, hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir*” hükmü yer almaktadır. Buna göre, zarar görenin zarara razı olması hâlinde de, hâkime, zarar görenin kusurunda olduğu gibi, tazminattan indirim yapma ve hatta, duruma göre, tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmaktadır.

BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olan rızadan kasıt, *zarar görenin, hukuka aykırılığa engel olmayan* rızasıdır. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi¹⁹⁷, zarar görenin, hukuka aykırılığa engel olan rızası, hukukî korumayı ortadan kaldırarak, zarar vereni sorumluluktan kurtarır. Sorumluluk kurulmadığı için, tazminat yükümlülüğü de söz konusu olmayacağından, tazminattan indirim sorunu ile de karşılaşılmaz. Buna karşılık, zarar görenin rızasının, hukuka aykırılığı engellemediği hâllerde, sorumluluk için aranan illiyet bağı ve zarar gibi diğer unsurların da bulunması şartıyla, zarar verenin, sorumluluğu ve dolayısıyla, tazminat yükümlülüğü devam eder; ancak, tazminattan, zarar görenin rızası nedeniyle indirim yapılır (BK m. 44/I). O hâlde, BK m. 44/I hükmünde yer alan “*zarara razı olma*”

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 490-491; **Akipek/Akıntürk**, s. 401; **Arpacı**, s. 149 dn. 174; **Azaklı**, s. 91; **Hatemi**, Gerçek Kişiler, s. 60 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 447-448; **Tunçomağ**, s. 437; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Arsebük**, s. 145; **Feyzioğlu**, s. 536-537; **Deschenaux/Tercier**, s. 44; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 32; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 456-457; **Güleç (Uçakhan)**, s. 146, 351; **Oser/Schönenberger**, s. 406; **İnan**, s. 270, 346; **Ataay**, s. 114-115; **Aybay**, s. 92; **Becker**, s. 269; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 358 vd.; **Funk**, s. 77; **Velidedeoğlu /Özdemir**, s. 114; **Olgaç**, I, s. 409; **Azaklı**, s. 91.

¹⁹⁷ Bkz. yukarıda § 4, I, A.

ifadesiyle amaçlanan, zarar görenin, herhangi bir sebeple hukuka aykırılığı engellemeyen rızasıdır¹⁹⁸.

Zarar görenin rızasının, tazminattan indirim sebebi teşkil etmesinin temelinde de, zarar görenin kusurunda olduğu gibi¹⁹⁹, dürüstlük kuralı (TMK m. 2) yatmaktadır. Gerçekten, zarara razı olan zarar görenin, rızasının, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engellememesi nedeniyle tam tazminat talep etmesi, dürüstlükle bağdaşmaz. Bu itibarla, zarar gören, rızasının, hukuka aykırılığı engellemediği böyle hâllerde, hâlin icabına göre, zararın bir kısmına veya tamamına katlanmalıdır. Esasen, zarar gören lehine hükmedilen tazminatın, hâkimin takdirine göre, indirilmesini veya tamamen kaldırılmasını öngören BK m. 44/I hükmü, zarar görenin rızasının, hukuka aykırılığı engellemediği hâllerde uygulanan ve somut olay adaletinin gerçekleştirilmesi amacına yönelik bir hükümdür²⁰⁰.

¹⁹⁸ **Nomer**, s. 103-104; **Yılmaz**, Mehmet, s. 58, 60; **Eren**, Borçlar, s. 564, 731; **Dural/Öğüz**, s. 141; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99; **Öztan**, s. 284; **Önen**, s. 128; **Yılmaz**, Hamdi, s. 28; **Uygur**, s. 2041; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205-206; **von Tuhr**, s. 371; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 490-491; **Arpacı**, s. 149, dn. 174; **Azakh**, s. 91; **Hatemi**, Gerçek Kişiler, s. 60 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 447-448; **Tunçomağ**, s. 437; **Saymen/Köprülü**, s. 165; **Arsebük**, s. 145; **Feyzioğlu**, s. 536-537; **Deschenaux/Tercier**, s. 44; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 32; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 456-457; **Güleç (Uçakhan)**, s. 146,351; **Oser/Schönenberger**, s. 406; **İnan**, s. 270, 346; **Ataay**, s. 114-115; **Aybay**, s. 92; **Becker**, s. 269; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 358 vd.; **Funk**, s. 77; **Velidedeoğlu /Özdemir**, s. 114; **Olgaç**, I, s. 409; **Azakh**, s. 91.

¹⁹⁹ Bkz. yukarıda § 2, III, B.

²⁰⁰ **Nomer**, s. 105-106; **Yılmaz**, Mehmet, s. 65-66.

Zarar görenin, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olan rızası, bir kısım yazar tarafından, zarar görenin kusuru kabul edilen hâllerden biri olarak, zarar görenin kusuru kavramı kapsamında incelenirken²⁰¹; diğer bir kısım yazar tarafından ise, zarar görenin kusuru kavramının dışında ele alınmaktadır²⁰². Esasen, zarar görenin rızası da, BK m. 44/I uyarınca, zarar görenin kusuru ile aynı hukukî sonucu doğurduğu için, bu ayrımın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu iki kavram hukukî nitelik bakımından birbirinden tamamen farklıdır. Gerçekten, zarar görenin kusuru, kural olarak, olumlu veya olumsuz bir fiile, davranışa dayanır²⁰³. Buna karşılık, zarar görenin rızası, hukukî işlem benzeri bir irade açıklamasıdır²⁰⁴. Hukukî işlem benzeri fiillere, caiz olduğu ölçüde, hukukî işlemlere

²⁰¹ **Saymen/Elbir**, s. 502-503; **Arsebük**, s. 144-145; **Feyzioğlu**, s. 536-537; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 321 vd.; **Yılmaz**, Hamdi, s. 28 vd.; **Önen**, s. 48; **Göktürk**, s. 97-98; **İnan**, s. 346; **Kısagün**, Müterafik Kusur 1961, s. 12; **Aybay**, s. 91-92; **Olgaç**, I, s. 408-409; **Uygur**, s. 2041.

²⁰² **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 731 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 579 vd.; **Saymen/Köprülü**, s. 165-166; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 593-594; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 310; **Schwarz**, s. 142 vd.; **Nomer**, s. 101 vd.; **von Tuhr**, s. 102-103; **Tunçomağ**, s. 483 vd.; **Deschenaux/Tercier**, s. 58-59; **Güenal**, s. 211-212; **Gönensay**, s. 190 vd.; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1513 vd.; **Oser/Schönenberger**, s. 406 vd.; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 114-115; **Birsan**, s. 202 vd.; **Funk**, s. 77-78; **Ataay**, s. 114-115; **Becker**, s. 269; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 357 vd.; **Güleç (Uçakhan)**, s. 352 vd.; **Azaklı**, s. 90 vd.

²⁰³ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99, dn.103; **Azaklı**, s. 92.

²⁰⁴ **Çilingiroğlu**, Cüneyt, Tıbbî Müdahâleye Rıza, İstanbul 1993, s. 43 vd.; **Sarıal**, Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s. 64-65; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244; **Yılmaz**, Mehmet, s. 7-8. Bununla birlikte, zarar görenin rızasının tek taraflı bir hukuki işlem olduğu da savunulmaktadır (**von Tuhr**, s. 371; **Nomer**, s. 102; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99, dn.103; **Eren**, Borçlar, s. 564; **Tunçomağ**, s. 436; **Kılıçoğlu**, Mustafa, s. 358; **Azaklı**, s. 91). Hukuki işlemler, hukuki bir sonuç doğurmak amacını güden irade açıklamalarıdır. Hukuki

işlemlerde irade açıklamasının içeriği ile hukuk düzeninin buna bağladığı sonuç arasında bir uygunluk bulunmaktadır. Yani, hukuki sonuç, irade açıklamasını yapan kimse tarafından istendiği için meydana gelmektedir. Buna karşılık, hukuki işlem benzeri irade açıklamalarında, irade, mutlaka hukuki bir sonuç doğurmak için açıklanmamıştır. Burada ortaya çıkan hukuki sonuç, hukuk düzeni tarafından öngörülen bir sonuçtur. Bu nedenle, irade açıklamasında bulunan kimsenin, söz konusu irade açıklamasına bağlanan hukuki sonucu istemesine, hatta, bilmesine dahi gerek yoktur (**Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Birinci Cilt, s. 84-85; **Eren**, Borçlar, s. 148-149). Bu itibarla, rızanın, bir hukuki işlem mi yoksa hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması mı olduğu belirlenirken dikkate alınacak olan husus, zarar görenin rızasının, hukuki sonuç düşünülerek verilir verilmediğidir. Yani, zarar gören, rızayı, hukuk düzenince sağlanan korumayı kaldırmak amacıyla mı vermiştir; yoksa bunu hiç düşünmeden mi vermiştir? Birinci hâlde, bir hukuki işlem; ikinci hâlde ise, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması söz konusu olur (**Nomer**, s. 102). Rızanın hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olduğunu savunan yazarlara göre, zarar görenin rızası, hukuki bir sonuca, yani, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engellemeye değil; fiili bir sonuca, başka bir ifadeyle, zarar verici fiilin gerçekleştirilmesine yönelmektedir. Hukuk düzeni de, bu rızaya, zarar görenin iradesinden bağımsız olarak hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Bu nedenle, zarar görenin, rızasına, hukuk düzeni tarafından bağlanacak olan *zarar verici fiilin hukuka aykırılığının engellenmesi* sonucunu, istemesine ve hatta, bilmesine dahi gerek yoktur. Zira, bu hukuki sonuç, zarar gören istediği için değil; hukuk düzenince öngörüldüğü için meydana gelmektedir (**Şenocak**, Zarife, “Küçüğün Tıbbî Müdahâleye Rızası”, AÜHFD, Yıl: 2001, C.: 50, S. : 4, s. 69; **Çilingiroğlu**, s. 44; **Sarıal**, s. 64-65; **Yılmaz**, Mehmet, s. 7-8; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244). Kanımızca da, zarar görenin rızası, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır. Zira, zarar gören, rıza gösterirken, zarar verici fiilin hukuka aykırılığının önlenmesi şeklindeki hukuki sonucun ortaya çıkması amacına değil; bu zarar verici fiilin gerçekleştirilmesi amacına yönelmektedir. Hukuk düzeni de, zarar gören istese de istemese de, rıza, geçerli ise, zarar verici fiilin hukuka uygun kılınmasını; rıza, herhangi bir sebeple hukuka aykırı ise, bu rızanın, tazminattan indirim sebebi olmasını öngörmektedir. Her iki hukuki sonucun gerçekleşmesi için de, rıza açıklamasında bulunan zarar görenin, bu sonuçları istemesine ve hatta bilmesine gerek yoktur. Bu hukuki sonuçlar, hukuk düzeni tarafından öngörüldüğü için meydana

ilişkin esaslar, kıyas yoluyla uygulandığından²⁰⁵, hukukî işlem benzeri bir irade açıklaması olan rızaya da, hukukî işlemlere ilişkin esaslar (fiil ehliyeti, geçerlilik şartları vs. kurallar) uygulanır²⁰⁶. Buna karşılık, zarar görenin kusuruna, kusurun dereceleri, türleri ve objektif kusur kavramı gibi kusura ilişkin kurallar kıyasen uygulanır²⁰⁷. Ayrıca, zarar görenin kusurlu davranışı, kimsenin, kendisini zarardan korumasını gerektiren hukukî bir yükümlülüğü bulunmadığı için, teknik anlamda hukuka aykırı değildir²⁰⁸. Oysa, tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin rızası, hukuka aykırıdır^{209 210}. Esasen, zarar görenin rızasının, tazminattan indirim sebebi olması, hukuka aykırı olmasını zorunlu kılmaktadır. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi, zarar görenin rızası, hukuka uygun, yani, geçerli olduğu takdirde, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engelleyerek, sorumluluğu tümüyle ortadan kaldırdığından, tazminat yükümlülüğü doğmamakta ve dolayısıyla, tazminattan indirim de söz

gelmektedir. Ne var ki, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olan, rızaya da, hukuki işlemlere ilişkin kurallar kıyas yoluyla uygulanacağından, bu ayrımın pratik bir önemi bulunmamaktadır.

²⁰⁵ **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Birinci Cilt, s. 85; **Eren**, Borçlar, s. 150; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s. 39; **Schwarz**, s. 159.

²⁰⁶ **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 244; **Çilingiroğlu**, s. 45; **Yılmaz**, Mehmet, s. 8.

²⁰⁷ Bkz. yukarıda § 2, III, B.

²⁰⁸ Bkz. yukarıda § 2, III, A.

²⁰⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 99, dn. 103.

²¹⁰ Zarar görenin kusuru ile zarar görenin rızası arasındaki bu farklılıklar nedeniyle, zarar görenin tazminattan indirim sebebi olan rızasını, zarar görenin kusuru ile aynı hukuki sonuçları doğurmasına rağmen, zarar görenin kusuru kavramı kapsamında (zarar görenin kusuru olarak kabul edilen hâller arasında) değil; bu kavram dışında (zarar görene isnadı kabil diğer hâller arasında) incelemeyi tercih ettik.

konusu olmamaktadır²¹¹. Bu itibarla, zarar görenin, ancak zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engellemeyen rızası, başka bir deyişle, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyen rızası, BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olabilir²¹².

C) Zarar Görenin Rızasının Tazminattan İndirim Sebebi Olabilmesi İçin Gerçekleşmesi Gereken Şartlar

Zarar görenin rızası, aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gerekli olan *uygun illiyet bağı* ve *zarar* unsurlarının da bulunması koşuluyla, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil eder.

1. Zarar Görenin Rızasının Geçersiz Olması

Zarar görenin rızası, geçersizse, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil eder. Zira, zarar görenin rızası, geçerli olduğu takdirde, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engelleyerek, zarar verenin sorumluluğunu tümüyle ortadan kaldırdığından, zarar veren açısından bir tazminat yükümlülüğü doğmamakta ve dolayısıyla, tazminattan indirim de söz konusu olmamaktadır²¹³.

Hukukî işlemlere ilişkin geçerlilik şartları, zarar görenin rızasının geçerliliği bakımından da arandığından, zarar görenin rızası, hukukî işlemlerde bulunması gereken geçerlilik şartlarından en az birini taşımadığı takdirde, geçersiz olur. Bu bağlamda, zarar görenin rızasının, içerik bakımından hukuka veya ahlâka aykırı

²¹¹ Bkz. yukarıda § 5, I, A.

²¹² Bkz. yukarıda § 5, I, B.

²¹³ Bkz. yukarıda § 5, I, B.

olması ya da gerekli şekil ve ehliyet şartlarını taşıyamaması yahut hata, hile veya ikrah nedeniyle sakatlanmış olması hâlinde, geçersiz olduğu söylenebilir.

Aşağıda, zarar görenin rızasının geçersiz olmasına yol açan bu sebepler üzerinde durulacaktır.

a) Rızanın İçerik Bakımından Hukuka Veya Ahlâka Aykırı Olması

Zarar görenin rızası da, hukukî işlemler gibi, BK m. 19, 20 ve TMK m. 23'teki sınırlamalara tabi olup; emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlâka aykırı olmadığı sürece geçerlidir. Bu bakımdan, zarar görenin rızası, ancak üzerinde tasarruf edilmesi hukuken yasaklanmamış bulunan değerlerin ihlâline ilişkin olduğu takdirde geçerli olabilir. Malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf edilmesi hukuken mümkün olduğundan, zarar gören tarafından bu değerlerin ihlâline gösterilen rıza da geçerlidir. Bu itibarla, zarar görenin, vazosunun kırılmasına gösterdiği rıza, vazo üzerindeki mülkiyet hakkına, yani, bir malvarlığı değerinin ihlâline ilişkin olduğu için geçerli olur. Zira, TMK m. 683'e göre, *“Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir”*. Buna karşılık, kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler üzerinde tasarruf edilmesi ve bu değerlerden vazgeçilmesi, kanun koyucu tarafından BK m. 19 ve TMK m. 23 hükümleri uyarınca yasaklanmış olduğundan, zarar görenin, bu değerlerin ihlâline ilişkin rızası, hukuka aykırı ve dolayısıyla, geçersiz olur. İşte, zarar görenin, kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerinden birine zarar verebilecek herhangi bir müdahâleye ilişkin olduğu için

geçersiz olan bu rızası, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir²¹⁴.

Kişilik hakkını oluşturan bazı kişisel değerler üzerinde tasarruf edilmesi, hiçbir şekilde mümkün olmamakla birlikte, bazıları üzerinde ise, ancak üstün bir amaçla veya makul ve insani bir düşünceyle bağdaştığı ölçüde tasarruf edilmesi mümkündür²¹⁵.

Bir kimsenin, hayatı üzerinde tasarruf edilmesine rıza gösterme yetkisi bulunmadığından, hangi amaçla olursa olsun, öldürülmesine rıza göstermesi geçersizdir. Bu bakımdan, iyileşmesinin mümkün olmadığı ve dayanılmaz acılarının ölümüne kadar süreceği tıbben benimsenmiş olan bir hastanın, kendisini tedavi eden hekimin aracılığıyla, acısız bir şekilde hayatının sonlandırılmasına rıza göstermesi²¹⁶

²¹⁴ **Nomer**, s. 103; **Çilingiroğlu**, s. 52; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205; **Eren**, Borçlar, s. 564, 566, 731; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 245-246; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 490, 593; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100, 103, 104-105; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Yılmaz**, Mehmet, s. 58-59.; **Dural/Öğüz**, s. 141; **Helvacı**, s. 103-104, 109; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 155; **Arpacı**, s. 401; **von Tuhr**, s. 371; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 31-32; **Tunçomağ**, s. 436-437; **Arsebük**, s. 143-144; **Oser/Schönenberger**, s. 406; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1506.

²¹⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100, 103, 104-105; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 245-246; **Yılmaz**, Mehmet, s. 61 vd.; **Eren**, Borçlar, s. 564-565, 731; **Nomer**, s. 103; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 490; **Oğuzman/Öz**, s. 500; **Dural/Öğüz**, s. 141; **Helvacı**, s. 103-104, 109; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 155; **Arpacı**, s. 401; **von Tuhr**, s. 371; **Çilingiroğlu**, s. 52.

²¹⁶ **Özkara**, Erdem, Ötenazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Ankara 2001, s. 11; **Güven**, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara 2000, s. 12; **İnceoğlu**, Sibel, Ölme Hakkı, İstanbul 1999, s. 158.

anlamına gelen “ötenazi” hukuka aykırıdır^{217 218}. Aynı şekilde, bir kimsenin, başka bir kimse ile giriştiği silahlı çatışma sonucunda öldürülmesine önceden rıza göstermesi anlamına gelen “düello” da hukuka aykırıdır²¹⁹. Bu nedenle, bir kimsenin, ötenaziye yahut düelloya gösterdiği rıza geçersiz olup, zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engellemez; ancak, BK m. 44/I uyarınca, tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir.

Bir kimsenin, öldürülmesine gösterdiği rıza, hiçbir şekilde geçerli kabul edilmemekle birlikte, vücut bütünlüğüne zarar verici müdahâlelere gösterdiği rıza, bu müdahâlelerin, üstün birtakım amaçlara, insani ve ahlâkî bazı düşüncelere dayanması hâlinde, geçerli kabul edilmektedir. Tıbbî müdahâlelere gösterilen rıza böyledir. Esasen, bir kimse tarafından açıklanan rıza, ancak ve ancak teknik anlamı ile tıbbî niteliğe sahip bir müdahâlenin²²⁰ hukuka aykırılığını engelleyebilir. Yoksa,

²¹⁷ Çilingiroğlu, s. 52, 76; Eren, Borçlar, s. 564, 731; Dural/Öğüz, s. 98-99; Arpacı, s. 110 vd.; Akipek/Akıntürk, s. 360-361; Tiftik, Akit Dışı, s. 100, 103; Helvacı, s. 74-75; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 205; Oğuzman/Öz, s. 501, dn.31; Nomer, s. 103; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 593-594; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Yılmaz, Mehmet, s. 61; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 31-32; Tunçomağ, s. 484; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1506.

²¹⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği de, 13. maddesinde ötenaziye yasaklamıştır.

²¹⁹ Akipek/Akıntürk, s. 361; Dural/Öğüz, s. 99; Tiftik, Akit Dışı, s. 100; Eren, Borçlar, s. 565; Yılmaz, Mehmet, s. 61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 490; Kaneti, Hukuka Aykırılık, s. 246; Oğuzman/Öz, s. 501; Feyzioğlu, s. 537; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 31-32; Tunçomağ, s. 484; Oser/Schönenberger, s. 406; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1506.

²²⁰ Tıbbî müdahâle, resmi ehliyetli kişiler tarafından, fiziksel veya psikolojik hastalıkların, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel veya psikolojik bozuklukların ve hastalık niteliğini taşımayan şikayetlerin, teşhisi, tedavisi ve önlenmesi amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçimde, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen her türlü

böyle bir nitelik taşımaktan yoksun müdahâlelerin hukuka aykırılığının, açıklanan rıza ile engellenmesi mümkün değildir; bu bakımdan, rıza, ancak, BK m. 44/I uyarınca, tazminatın indirilmesinde etkili olabilir²²¹. Bu bakımdan, bir kimsenin, kangren olan bacağına hekim tarafından kesilmesine gösterdiği rıza, geçerli iken; ortada hiçbir sebep bulunmaksızın bacağına kesilmesine gösterdiği rıza ise geçersizdir²²². Yine bir kimsenin, dayanıklılığını test etmek için, arkadaşının, karnına sert bir yumruk atmasına gösterdiği rıza da geçersiz olur²²³. Bunun gibi, bir kimsenin, 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun hükümleri uyarınca yapılacak bir organ nakline gösterdiği rıza, geçerli iken; bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı yapılacak bir organ nakline gösterdiği rıza ise, Aynı Kanun'un 3. maddesi uyarınca geçersiz olacaktır. Zira, ODASNHK m. 3 hükmünün, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı organ ve doku naklini yasaklayan emredici ifadesi karşısında, vericinin, böbreklerinden birinin, bir miktar para karşılığında alınmasına ve alıcıya aktarılmasına gösterdiği rızanın geçerli kabul edilmesi mümkün değildir²²⁴. Örneklerin, konuya ilişkin mevcut emredici kurallar gözetilerek çoğaltılması mümkündür.

müdahâledir (**Çilingiroğlu**, s. 15; **Ozanoğlu**, Hasan Seçkin, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Yıl: 2003, C.: 52, S. : 3, s. 58-59; **Şenocak**, Zarife, s. 66).

²²¹ **Çilingiroğlu**, s. 52; **Eren**, Borçlar, s. 565, 733; **Dural/Öğüz**, s. 99-100.; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100, 103, 104; **Nomer**, s. 103; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 491; **von Tuhr**, s. 371; **Helvacı**, s. 76 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205; **Oğuzman/Öz**, s. 500-501; **Nomer**, s. 103; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 246; **Yılmaz**, Mehmet, s. 59; **Şenocak**, Zarife, s. 67-68.

²²² **Dural/Öğüz**, s. 99.

²²³ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100.

²²⁴ **Çilingiroğlu**, s. 77; **Helvacı**, s. 80-81; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 491, dn.13.

b) Zarar Görenin Rıza Beyanında Bulunmaya Ehil Olmaması

Rıza beyanının geçerli olabilmesi ve zarar verici fiilin hukuka aykırılığını engelleyebilmesi için, rıza beyanında bulunan kimsenin, bu beyanda bulunmaya ehil olması gereklidir. Eğer bir kimse rıza beyanında bulunmaya ehil değilse, bu kimse tarafından verilen rıza, geçersiz olup; ancak, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi oluşturabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların rızası, rıza gösterme, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, geçerlidir (TMK m. 16/II)²²⁵. Ancak, küçük veya kısıtlı, vücut bütünlüğüne yapılan müdahâleye vereceği rızanın tüm sonuçlarını öngörebilecek durumda değilse²²⁶, bu

²²⁵ Bununla birlikte, ayırt etme gücüne sahip küçüğün, cinsel ilişkide bulunmaya gösterdiği rızanın, geçersiz olduğu ve geçersiz olan bu rızanın, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim sebebi teşkil edeceği kabul edilmektedir: Y. 4. HD, 21.5.1975, 3055/6579 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 526-527). Buna karşılık, Yargıtay, benzer bir olaya ilişkin başka bir kararında, ayırt etme gücüne sahip küçüğün cinsel ilişkiye gösterdiği rızanın geçersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, bu rıza nedeniyle, tazminattan indirim yapılamayacağı sonucuna varmıştır: Y. 4. HD, 17.11.1977, 567/11141 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 527). Kanımızca, ayırt etme gücüne sahip küçüğün cinsel ilişkiye gösterdiği rıza nedeniyle, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapıp yapılmayacağı, somut olayın özelliklerine göre (özellikle küçüğün yaşına göre) belirlenmelidir.

²²⁶ Sınırlı ehliyetsizler açısından rızaya ehliyet, tıbbî müdahâleler bakımından önem arz eder. Örneğin; TŞSTİDK m. 70'te yer alan, "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar*" şeklindeki ifadesiyle, rızanın verilmesi tarzını açıklamış bulunmaktadır. Ayrıca, 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre, gebeliğe son verilmesine ilişkin rızanın geçerli olabilmesi için, velayet altındaki ayırt etme gücüne sahip bir kadın söz konusu ise, onun rızasının yanında, velisinin de rızası; vesayet altındaki ayırt etme

takdirde, rızanın geçerliliği için, yasal temsilcinin onayı gereklidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin ve kısıtlıların rızası ise, hiçbir şekilde hüküm ifade etmediği için (TMK m. 15), ne hukuka uygunluk sebebi ne de BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi oluşturabilir. Bununla birlikte, şartları bulunduğu takdirde, BK m. 54/I hükmü kıyasen uygulanarak, tazminattan, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde indirim yapılabilir²²⁷.

c) Rızanın Öngörülen Şekilde Açıklanmamış Olması

Rızanın geçerliliği için kanunen öngörülmüş bir şekil şartının bulunduğu hâllerde, rızanın geçerli olması, bu şekil şartına uygun olarak açıklanmasına bağlıdır. Örneğin; TŞSTİDK m. 70'te, büyük cerrahî ameliyatlarda, rızanın yazılı şekilde açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Yine, TMK m. 23/III'te de, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakline ilişkin tıbbî müdahâleler açısından, rızanın yazılı şekilde açıklanması öngörülmüştür. İşte, rızanın belirli bir şekilde açıklanması gereken bu hâllerde, söz konusu şekle uyulmadan açıklanan rıza, hukuken geçerli kabul edilmemekle birlikte, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir²²⁸.

gücüne sahip bir kadın söz konusu ise, onun rızasının yanında, vasisinin rızası ve Sulh Mahkemesinin onayı gereklidir.

²²⁷ Helvacı, s. 110; Tiftik, Akit Dışı, s. 101; Nomer, s. 104; Akipek/Akıntürk, s. 401.

²²⁸ Çilingiroğlu, s. 72 vd. ; Nomer, s. 104; Helvacı, s. 110.

d) Rızanın Serbestçe Açıklanmamış Olması

Rızanın geçerli olabilmesi için gerekli son şart ise, rızanın, birtakım zorlayıcı ya da yanıltıcı etkilerin altında kalınmaksızın serbestçe açıklanmış olmasıdır. Rızanın serbestçe açıklanmış olması için, hata, hile veya ikrah nedeniyle sakatlanmamış olması gerekmektedir. Ayrıca, tıbbî müdahâlelere verilecek rıza bakımından, rızanın serbestçe açıklanmış sayılması için, hekimin, hastasını aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olması gerekir. Zira, hastanın, gerçekleştirilmesi plânlanan bir tıbbî müdahâle hakkında özgür iradesi ile makul bir karar verebilmesi, hekim tarafından bu müdahâle hakkında serbestçe karar verebilmesini sağlayacak bilgilerle donatılmasına bağlıdır. Bu bağlamda, hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün fonksiyonu, hastanın, bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar alma özgürlüğünün sağlanmasıdır²²⁹. İşte, rızanın, hata, hile veya ikrah yahut tıbbî müdahâleler açısından, aydınlatma yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle serbestçe açıklanamadığı durumlarda da geçersiz olduğu sonucuna varılır. Böyle bir rıza, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi de teşkil etmez. Sadece zarar görenin kendi kusuru ile hataya düştüğü hâllerde, BK m. 26 hükmüne kıyasen, tazminattan indirim yapılması söz konusu olabilir.

²²⁹ Ozanoğlu, s. 59; Çilingiroğlu, s. 59-60.

2. Rızanın Zarar Verici Fiilden Önce Veya En Geç Bu Fiilin İşlenmesiyle Birlikte Verilmiş Olması

Rızanın, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil edebilmesi için, zarar verici fiilden önce veya en geç bu fiilin gerçekleştirildiği sırada açıklanmış olması gereklidir. Zira, haksız fiilin işlenmesinden sonra açıklanan rıza, tazminat talebinden feragat olarak kabul edilmektedir²³⁰.

3. Zarar Görenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olması

Zarar görenin rızasının, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil edebilmesi için, zarar görenin, ayırt etme gücüne sahip olması gereklidir. Ancak, BK m. 54/I'in kıyasen uygulanabildiği hâllerde, tazminattan, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde indirim yapılması mümkündür.

II. Zarar Görenin Zarar Tehlikesini Göze Alması

Zarar gören, davranışı sonucunda zarara uğrayabileceğini bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen, o davranışı yapmaktan vazgeçmemişse, başka bir deyişle, zarar tehlikesinden kaçınması mümkün olmasına rağmen, bunu yapmayıp kendisini bu tehlikeye atmışsa, zarar tehlikesini göze almış demektir^{231 232}. Zarar

²³⁰ **Nomer**, s. 105; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 503; **Helvacı**, s. 113; **Feyzioğlu**, s. 536; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 32; **von Tuhr**, s. 371; **Tunçomağ**, s. 437; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1510.

²³¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Nomer**, s. 106 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **von Bar**, s. 534-535; **Magnus/Martin-Casals**, s. 81; **Dam**, s. 213, dn. 85; **James**, Fleming, "Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation", The Yale Law Journal, Volume 78, Nr.: 2,

gören, zarar tehlikesini göze almakla, uğradığı zararın doğumuna katkıda bulunduğundan, ister kusur ister sebep sorumluluğu söz konusu olsun²³³, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır²³⁴. Zira, davranışı

December 1968, s. 186, dn. 8; **Davis**, Timothy/ **Mathewson**, Alfred D./**Shropshire**, Kenneth L., Sports and the Law, A Modern Anthology, Durham 1999, s. 534; **Wong**, s. 71; **Eren**, Borçlar, s. 734; **Weir**, s. 120.

²³² Buna, Alman Hukukunda, “*Handeln auf eigene Gefahr*” ya da “*Schuldhaftes Selbstgefährdung*” (von **Bar**, s. 534; **Magnus/Martin-Casals**, s. 81; **Dam**, s. 213; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599, dn. 13); Fransız Hukukunda, “*acceptation de risque*” (von **Bar**, s. 534; **Dam**, s. 213; **Magnus/Martin-Casals**, s. 213; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599, dn. 13) ve Anglo-Amerikan Hukukunda da, “*voluntary assumption of risk*” (von **Bar**, s. 534; **Dam**, s. 213) denilmektedir. Ancak, Nomer’e göre, “*Handeln auf eigene Gefahr*” ile “*acceptation de risque*” kavramları, farklı iki kurumu ifade etmektedir. *Handeln auf eigene Gefahr*, bir kimsenin, bir şeyi, tehlikesi kendisine ait olmak üzere yapması, yani, o şey neticesinde doğacak zararın yükünün, o kimseye ait olması demektir. Bu hâlde, zarar gören, uğradığı zarar için hiç kimseyi sorumlu tutamaz ve dolayısıyla kimseden tazminat talep edemez. Tazminat söz konusu olmadığından, tazminattan indirim sorunu ile de karşılaşılmaz. Buna karşılık, *acceptation de risque*, tehlikeyi göze almayı, başka bir deyişle, tehlikeye atılmayı ifade etmekte olup; bu hâlde, tazminattan indirim söz konusu olur. Yazar, bu gerekçelerle, İsviçre ve Türk Hukukları bakımından, sorumluluğun kalktığı hâller ile sorumluluğun kurulduğu; ancak, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapıldığı hâller arasında ayırım yapılması gerektiğini ve indirime yol açan hâller için, “*tehlikeyi göze almak (acceptation de risque)*”; sorumluluğun kurulmadığı hâller için ise, “*tehlikesi kendisine ait olmak üzere (Handeln auf eigene Gefahr)*” tabirlerinin kullanılması gerektiğini savunmaktadır (**Nomer**, s. 110 ve dn. 230).

²³³ **von Bar**, s. 535.

²³⁴ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Nomer**, s. 107-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **Eren**, Borçlar, s. 734.

sonucunda zarara uğrayabileceğini bilmesine rağmen, bu davranışı yapmakta ısrar eden zarar görenin, zarar verenden tam tazminat talep etmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz (TMK m. 2)²³⁵.

Zarar tehlikesinin göze alınması nedeniyle tazminattan indirim yapılabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekir.

Öncelikle, zarar gören, davranışı sonucunda meydana gelebilecek (muhtemel) tehlikeyi bilmeli; başka bir deyişle, belirli bir davranışta bulunduğu takdirde, zarara uğrayabileceğinin farkında olmalıdır²³⁶. Örneğin, alkollü yahut ehliyetsiz olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binen bir kimsenin, kaza tehlikesinin farkında olduğu pekâlâ söylenebilir. Bu husus, muhtemel tehlikeyi bilmemekle birlikte, gerekli özeni gösterdiği takdirde, bilebilecek durumda olan kimseler bakımından da geçerlidir²³⁷. Örneğin; sürücünün alkollü ya da ehliyetsiz olduğu, gerekli özen gösterildiği takdirde anlaşılabilirse, bu durumda da, tehlikenin bilindiği kabul edilir²³⁸. Bu bağlamda, zarar görenden, normal, makul ve orta zekâlı bir kimsenin, benzer durum ve şartlar altında göstereceği özeni göstermesi beklenir²³⁹. Yoksa, ondan, sürücünün,

²³⁵ **Nomer**, s. 109. Zarar tehlikesini göze alan zarar görenin, zarar verenden tazminat talep etmesi, çelişkili davranış yaşağına (venire contra factum proprium) aykırıdır (**von Bar**, s. 535).

²³⁶ **von Bar**, s. 541; **Davis/Mathewson/Shropshire**, s. 534; **Wong**, s. 71.

²³⁷ **von Bar**, s. 534-535, 537-538; **James**, s. 186 dn. 8; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Nomer**, s. 107-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **von Bar**, s. 534-535; **Magnus/Martin-Casals**, s. 81; **Dam**, s. 213, dn. 85; **Eren**, Borçlar, s. 734.

²³⁸ OLG Hamm 27.1.1997, r+s 1997, s. 497 (**von Bar**, s. 540-541).

²³⁹ Normal, makul ve orta zekâlı insan modeli esas alınırken, yer, zaman, yaş ve cinsiyet gibi objektif şartlar göz önünde bulundurulmasına karşın; yorgunluk, dalgınlık, üzüntü ve uykusuzluk gibi

ehliyetinin bulunup bulunmadığını kontrol etmesi ya da aracı kullanmaya engel bir durumunun olup olmadığını araştırması beklenemez²⁴⁰.

Zarar tehlikesinin göze alınması nedeniyle tazminattan indirim yapılabilmesi için gerekli bir diğer şart ise, zarar görenin, ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Gerçekten, zarar görenin, davranışlarının sonuçlarını, yani belirli bir davranışta bulunduğu takdirde, zarara uğrayabileceğini kavrayabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması şarttır²⁴¹ ²⁴². Bu itibarla, yaşının küçüklüğü nedeniyle, karşılaştığı tehlikeyi kavrayamayacak durumda olan bir kimsenin, zarar tehlikesini göze aldığı söylenemez²⁴³. Bununla birlikte, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden zarar gören bakımından, BK m. 54/II hükmünün kıyasen uygulanması mümkündür. Buna

sübjektif durumlar dikkate alınmamaktadır (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 111; **Eren**, Borçlar, s. 543; **Eren**, İlliyet, s. 193; **Nomer**, s. 88).

²⁴⁰ CA Athens 12879/1988, EllDik 30 (1989), p.1472 (**von Bar**, s. 540, dn. 228).

²⁴¹ **Davis/Mathewson/Shropshire**, s. 534; **Kidner**, s. 200-201.

²⁴² Ayırt etme gücü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. § 2, IV, C, 2.

²⁴³ **von Bar**, s. 541. Ancak, gençlerin, silahlarla veya patlayıcılarla oynaması hâlinde, durum farklıdır. Zira, gençler, genellikle, böyle tehlikeli araçlarla oynarlarken, göze aldıkları tehlikenin farkındadırlar. Bu nedenle, eğer zarara uğrarlarsa, birbirlerinden tazminat isteyemezler (**von Bar**, s. 542). Danimarka Temyiz Mahkemesi, tüfekle bir cisme ateş eden 14 yaşındaki çocuğun, tüfekten çıkan kurşunun sekmesi sonucunda, 16 yaşındaki arkadaşını gözünden yaralaması olayında, zarar gören 16 yaşındaki çocuğun, tüfeğini 14 yaşındaki arkadaşına vermekle tehlikeyi göze aldığı sonucuna varmış ve onun lehine tazminata hükmetmemiştir: Danish HD., 20.2.1980, UfR 1980 A, s. 367 (**von Bar**, s. 542, dn. 234). İsveç Temyiz Mahkemesi de, patlayıcılarla oynayan dört gençten birinin yaralanması olayında, yaralanan gencin açtığı tazminat davasını, kendisinin de, diğer üç arkadaşı gibi, zarar tehlikesini bildiği ve göze aldığı gerekçesiyle reddetmiştir: Swedish HDD, 20.2.1963, NJA 1963: 7, s. 39 (**von Bar**, s. 533, dn. 184).

göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden zarar gören, bu hâle kendi kusuru ile düştüğü (kendi kusuru ile düşmediğini ispat edemediği) takdirde, tazminattan indirim yapılır²⁴⁴. Arkadaşı ile birlikte içki içip sarhoş olan zarar görenin, birlikte içki içtiği arkadaşının aracına binmesi hâli, bu duruma örnek olarak verilebilir.

Zarar görenin, belirli bir davranışta bulunduğu takdirde, zarara uğrayabileceğini (muhtemel zarar tehlikesini) bilmesi yeterli olmayıp; onun, tehlikeye rağmen, bu davranışta bulunmayı tercih etmesi, bu davranışı yapmaktan kaçınmaması, gereklidir²⁴⁵. Gerçekten, sürücünün sarhoş olduğunu bildiği hâlde, onun aracına binmeyi tercih eden bir kimse, kazaya (zarara) uğrama tehlikesini de göze almış demektir.

Tazminattan indirim yapılması için, genel bir zarara uğrama tehlikesinin varlığı yeterli olmadığından, zarar gören tarafından göze alınan tehlikenin, somut ve özel bir tehlike olması gerekmektedir²⁴⁶. Örneğin; bir ulaşım aracına binmek ve bu araçta seyahat etmek, zarara (kazaya) uğrama tehlikesini de beraberinde getirir. Ancak, böyle genel bir zarar (kaza) tehlikesinin mevcut olması, tazminattan indirim yapılmasını gerektirmez. Zira, aracın işletilmesinden ileri gelen tehlikenin (işletme tehlikesinin) sonuçlarından, aracın işleteni ile işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi sorumlu olur ve özel nedenler olmadıkça, bu tehlikenin sonuçları, zarar görene yüklenemez. Ancak, normal işletme tehlikesi, özel hâl ve şartlar (sürücünün alkollü,

²⁴⁴ Bkz. yukarıda § 3, I.

²⁴⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Nomer**, s. 107-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 599; **von Bar**, s. 534-535; **Magnus/Martin-Casals**, s. 81, 269; **Dam**, s. 213, dn. 85; **James**, s. 186 dn. 8; **Davis/Mathewson/Shropshire**, s. 534; **Wong**, s. 71; **Eren**, Borçlar, s. 734.

²⁴⁶ **Nomer**, s. 108, dn. 211; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106.

ehliyetsiz veya yorgun olması yahut aracın yolcu taşımaya elverişli olmaması gibi hâller) nedeniyle artmışsa ve zarar gören, bu tehlike artışını bilmesine ya da gerekli özeni göstermesi hâlinde bilebilecek durumda olmasına rağmen, araca binmişse, zarara (kazaya) uğrama tehlikesini de göze almış olur ve zarara uğraması hâlinde, lehine hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılır²⁴⁷.

Zarar tehlikesinin göze alınması nedeniyle tazminattan indirim yapılabilmesi için gerekli son şart ise, zarar gören tarafından göze alınan zarar tehlikesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Yine, yukarıda verdiğimiz örnekten hareket edersek, zarar görenin, sarhoş olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binmesi olayında, sürücünün sarhoşluğu nedeniyle bir kaza meydana gelirse, zarar görenin göze aldığı zarar tehlikesi ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söylenebilir. Buna karşılık, kaza, sürücünün sarhoşluğundan değil de, farklı bir sebepten (araçta teknik bir arızanın bulunması, sürücünün acemi olması, yolun bozuk olması vs. gibi) meydana gelmişse, yani, sürücü sarhoş olmasaydı da, kazanın meydana geleceği söylenebiliyorsa, zarar görenin, göze aldığı zarar tehlikesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı yoktur²⁴⁸. Bunun gibi, kaza, sürücünün sarhoşluğu nedeniyle değil de, onun kasıtlı bir fiili sonucunda meydana gelmişse, burada da, tehlikenin göze alınması ile zarar arasında

²⁴⁷ **Nomer**, s. 107; BGE 84 II 292 (**Kaneti**, I, s. 120, No: 111); Y. 4. HD, 1.10.1984, 5635/7172 (**Güleç**, s. 353, dn. 254).

²⁴⁸ İlliyet bağı ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. yukarıda § 2, IV, B.

uygun illiyet bağı bulunmadığından, zarar gören lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılmaz²⁴⁹.

Zarar tehlikesinin göze alınması hâline verilebilecek en tipik örnek, yukarıda da birçok kez değindiğimiz gibi, zarar görenin, alkollü olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği bir sürücünün aracına binmesidir²⁵⁰. Bu bağlamda, sürücünün, sarhoş olması gerekli olmayıp, alkollü olması yeterlidir²⁵¹. Zira, az miktarda alkol alınmış

²⁴⁹ **von Bar**, s. 541. Aracını, tavşan takibi için kullanan sarhoş bir sürücünün sebep olduğu trafik kazasında, bu sürücünün aracına binen bir kişinin yaralanması olayında, Hollanda İlk Derece Mahkemesi, kazanın, sürücünün kastı sonucunda meydana geldiği gerekçesiyle, sürücünün sarhoş olduğunu bile bile aracına binen ve yaralanan zarar görene ödenecek tazminattan indirim yapılmamasına karar vermiştir: Rb. Almelo 18 Mar. 1993, VR 1993, Nr.: 20, p.61 (**von Bar**, s. 541, dn. 230).

²⁵⁰ **Nomer**, s. 107; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **von Bar**, s. 537; **Magnus/Martin-Casals**, s. 81, 269, 271; **Kidner**, s. 200; **Deschenaux/Tercier**, s. 59; **Kaneti**, I, s. 120, No: 111.

²⁵¹ Şüphesiz, sarhoş bir sürücünün arabasına binen bir kimsenin göze aldığı tehlike, sarhoş olmamakla birlikte, belli miktarda alkollü olan bir sürücünün arabasına binen bir kimsenin göze aldığı tehlikeye nazaran, daha büyük ve açık bir tehlikedir. Ancak, bu husus, tazminattan yapılacak indirim miktarının belirlenmesi aşamasında rol oynayabilir. Nitekim, sarhoş olduğu açık olan bir sürücünün arabasına binen ve meydana gelen kazada yaralanan zarar görenin tazminat talebi reddedilmiştir: *McCaig v. Langan SLT* (Rep.) 1964, p.121 (**von Bar**, s. 540, dn. 228). Aynı şekilde, birlikte içki içtiği ve aşırı derecede sarhoş olan (öyle ki, kanındaki alkol oranı, 17 kadeh viskiye eşdeğer ölçüde, yani, bir otomobil sürücüsüne izin verilen limitin bile üç katından fazla olan) pilot arkadaşının kullandığı uçağa binen ve yaralanan zarar görenin tazminat talebi de reddedilmiştir: *Morris v. Murray* 1991 2 QB 6 (**von Bar**, s. 540, dn. 228; **Jones**, s. 597; **Dam**, s. 339, dn.188; **Weir**, s. 120; **Kidner**, s. 204; **Heuston/Buckley**, s. 472, dn. 50). Buna

olması dahi, aracın güvenli bir şekilde sürülmesine engel teşkil etmektedir²⁵². Nitekim, doktrinde, alkollü olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği bir sürücünün aracına binerek zarar tehlikesini göze alan bir kimsenin, sürücünün alkollü olması nedeniyle meydana gelen bir kaza sonucunda zarara uğraması hâlinde, lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılması kabul edilmektedir²⁵³. Bu husus, konuya

karşılık, az miktarda alkol alan bir sürücünün arabasına binen zarar görenin, kaza tehlikesini göze almadığına karar verilmiştir: *Dann v. Hamilton* 1939 1 K.B. 509 (**von Bar**, s. 540, dn. 228).

²⁵² Gerçekten, bilimsel araştırmalar, alkolün hiçbir seviyesinin, sürücülük için güvenli olmadığını göstermektedir. Başka bir deyişle, güvenli bir alkol limiti yoktur; doğru olan, hiç alkol kullanmamaktır. Buna rağmen, ülkeler, konuyu, tıbbî, psikolojik ve sosyal yönleriyle değerlendirerek bir karara varmakta ve belirli bir riski de kabul ederek, yasal bir alkol limiti belirlemektedirler. Ülkemizde de, ticarî araç sürücüleri ve kamu hizmetinde çalışan sürücülerin, alkollü olarak trafiğe çıkmaları tümüyle yasaklanmış; diğer sürücüler içinse, yasal sınır olarak, bir litre kanda yarım gram alkole eşit olan 0.5 Promil belirlenmiştir. Ancak, yasal sınır olan 0.5 Promil alkolün dahi, vücutta belirgin bir gevşemeye, dikkat azalmasına, koordinasyon ve muhakeme bozukluğuna yol açtığı saptanmıştır. Bununla birlikte, sürücülük becerilerinin bozulması, yasal sınırın da altında başlamaktadır. Nitekim, 0.2 Promil alkol dahi, ruh hâlinin değişmesine ve davranışlar üzerindeki kontrolün azalmasına neden olmaktadır. Bu itibarla, yasal limitin altında olmanın, sadece trafik cezasını engellediği; ancak, can güvenliğini garantiemediği kabul edilmelidir (Bkz. http://www.trafik.gov.tr/trafik_guvenligi/trafik_guvenligi_alk.aspx, Erişim Tarihi: 03.05.2010; **Kalyoncu**, Ayhan, Alkol Hakkında Bilmedikleriniz, http://www.ayhankalyoncu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=54:alkol-hakkinda-blmediklernz&catid=47:bamlk&Itemid=59, Erişim Tarihi: 03.05.2010, s. 2). Alkolün sürücülük becerileri üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.egm.gov.tr/teadb/modulzip/modulhtml/Alkol.html>.

²⁵³ **Nomer**, s. 107; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 599; **von Bar**, s. 537; **Deschenaux/Tercier**, s. 59; **Kaneti**, I, s. 120, No: 111; **Rogers**, s. 252. Ancak, Fransız Hukukunda böyle bir durumda tazminattan indirim yapılmamaktadır. Tazminattan indirim

ilişkin yargı kararlarında da benimsenmektedir²⁵⁴. Bunun gibi, aşırı yorgun²⁵⁵ ya da

yapılabilmesi için, zarar görenin davranışının, bağışlanmaz kusur (faute inexcusable) teşkil etmesi ve meydana gelen zararın tek sebebi olması gerekmektedir (**Dam**, s. 339).

- ²⁵⁴ Sürücü ile birlikte alkol aldıktan sonra, onun otomobiline binen ve meydana gelen kazada yaralanan zarar görenin, sürücünün alkollü olduğunu bile bile otomobile binmesi ve alkollü sürücü, 100 km hız yapmasına rağmen, otomobil yolculuğuna devam etmesi nedeniyle, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılması gerekir: Y. 4. HD, 1.10.1984, 5635/7172 (**Güleç**, s. 353, dn. 254); Y. 4. HD, 30.9.1985, 5569/7488 (**Uygur**, s. 2042-2043); Y. 4. HD, 21.1.1986, 9501/271; Y. 4. HD, 15.7.1986, 4950/5660; Y. 4. HD, 11.2.1988, 8433/1346; Y. 4. HD, 15.6.1989, 5065/5455 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1508-1509); Y. 4. HD, 18.2.1988, E. 1987/8876, K. 1988/1589 (**Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**); Y. HGK, 21.3.1990, E. 1983/4-486, K. 1990/199 (**Güleç**, s. 601, dn. 337); Y. 19. HD, 12.2.1993, E. 1992/4836, K. 1993/6948 (**YKD**, Yıl: 1993, C.: 19, S. : 6, s. 915-916); Y. HGK, 14.4.2004, 4-207/226 (**Güleç**, s. 604); 4. HD, 31.5.2006, E. 2005/8266, K. 2006/6434 (**Güleç**, s. 602); Oto tamircisi olan zarar görenin, kendisini Kırklareli'ye götürmesi için çağırdığı arkadaşıyla gece geç saatlere kadar içki içtikten sonra, arkadaşının arabasına binmesi ve meydana gelen kaza sonucunda ölmesi olayında, mesleği itibarıyla, bu tür davranışların vahim ve elim sonuçlar doğuracağını, herkesten fazla bilmesi gereken zarar görenin, kendisini otomobiliyle götürmesi için davet ettiği arkadaşını, içmeye teşvik edip, içkili olan arkadaşının kullandığı araca, üstelik içkili bir şekilde binmesi, doğru olmayan bir hareket tarzı olduğundan, lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmalıdır: Y. 19. HD, 16.4.1993, 8688/2888 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 657-658); BGE 84 II 292 (**Kaneti**, I, s. 120, No: 111); Zarar gören, aracın hareketinden önce, sürücünün alkol aldığı hususunda uyarılmasına ve kendisine başka bir araç ile yolculuk yapması tavsiye edilmesine rağmen, alkollü sürücünün kullandığı araçta yolculuk yapmakta ısrar ettiği için, tazminattan 1/2 oranında indirim yapılmıştır: BGE 40 II 279 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 106, dn. 135). Zarar görenin, arabasını, tecrübesiz ve sarhoş olduğunu bildiği bir sürücüye kullandırması olayında, tazminattan % 75 oranında indirim yapılmıştır: Donelan v. Donelan and General Accident Fire and Life Insurance (1993) P.I.Q.R. P 205 (**Jones**,

acemi²⁵⁶ yahut ehliyetsiz²⁵⁷ olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği bir sürücünün

s. 597); Kendinden geçene (bayılana) kadar içki içen askerin, davalıların ihmalinin de etkisiyle ölmesi olayında, ölen askerin yakınlarına ödenecek tazminattan, 2/3 oranında indirim yapılmıştır: Barrett v. Ministry Of Defence (1995) 3 All ER 87 (**Jones**, s. 597; **Weir**, s. 121); Sarhoş bir askerin, askeri araçtan düşmesi olayında, tazminattan % 75 oranında indirim yapılmıştır: Jebson v. Ministry of Defence, The Times, 28 June 2000 (**Jones**, s. 597). Zarar görenin, davalıyla birlikte içki içtikten sonra, eve dönmek için, davalının kullandığı araca binmesi ve kaza geçirmesi olayında, tazminattan % 20 indirim yapılmıştır: Owens v. Brimmell (1977) QB 859, (1976) All ER 765 (**Kidner**, s. 199).

²⁵⁵ **Nomer**, s. 107; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106; BGE 84 II 292 (**Kaneti**, I, s. 120, No: 111); **Magnus/Martin-Casals**, s. 81. Verdikleri konserden sonra, yorgun olduğunu bildikleri şoförlerinin kullandığı arabayla, gece yarısı başka bir mekana gitmek üzere yola çıkan müzik grubu üyelerinden birinin, şoförün sebep olduğu kazada ölmesi olayında, ölen müzisyenin annesinin talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatından, % 40 oranında indirim yapılmıştır: 25 April 1969, BolMinJust 186 (1969), s. 172 (**von Bar**, s. 540, dn. 227).

²⁵⁶ Kamyon kullanma ehliyeti bulunmayan ve acemi olan ere, kamyon kullanmayı gerektirecek bir görevin yapılmasının emredilmesi ve erin, kamyon kullanmadaki acemiliği sonucunda, kamyonunda hasar meydana getirmesi olayında, acemi şoför eri kullanan idare lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılması gereklidir: Y. 3. HD, 22.11.1962, 10698/8930 (**Olgaç**, II, s. 302, No: 18). Bir kimse, güvenerek bindiği bir otomobilin sürücüsünün, otomobili kullanma konusundaki yetersizliğini, yolcululuk sırasında öğrenmesine rağmen, yolculuğuna, hem de kötü ve dolambaçlı yollardan devam eder ve bunun sonucunda bir kazaya uğrarsa, sürücüdün tazminat talep edemez (**Göktürk**, s. 97-98).

²⁵⁷ Ehliyetsiz olduğunu bildiği bir sürücünün otomobiline binerek, tehlikeli olduğu belli bir otomobil yolculuğuna çıkmış olan bir kimsenin, sürücünün kusuru nedeniyle meydana gelen bir kaza sonucunda ölmesi olayında, anne ve babasına ödenen destekten yoksun kalma tazminatından, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılması gereklidir: Y. 4. HD, 15.2.1993, E. 1991/11268, K. 1993/1215 (**YKD**, Yıl: 1993, C.: 19, S. : 6, s. 860-861).

aracına binen ve sayılan sebepler nedeniyle meydana gelen bir kaza sonucunda zarara uğrayan kimse lehine hükmedilecek tazminattan da indirim yapılabilir. Zira, zarar görenin, sürücünün yorgun, acemi yahut ehliyetsiz olduğunu bile bile araca binmesi hâlinde de, zarar tehlikesini göze aldığı söylenebilir. Keza, zarar görenin, yukarıda birkaçını belirttiğimiz sürücüye ilişkin niteliklerin yanı sıra, araca ilişkin bazı nitelikleri, örneğin, aracın freninin tutmadığını²⁵⁸ veya farlarının bozuk olduğunu (özellikle gece yolculuklarında)²⁵⁹ ya da yolcu taşımaya elverişli olmadığını²⁶⁰ bilmesine rağmen, araca binmesi hâlinde de, zarar tehlikesini göze

²⁵⁸ **Nomer**, s. 107; **Kidner**, s. 200. Teknik açıdan gerekli donanımına sahip olmayan ya da sigortası bulunmayan bir araca binilmesi de, zarar gören açısından, zarar tehlikesinin göze alınması olarak değerlendirilebilir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 81).

²⁵⁹ **Kidner**, s. 200.

²⁶⁰ Yolcu taşımaya elverişli olmayan bir araca binen kimsenin ölmesi olayında, bu kimsenin, böyle bir araç gezintisine ya da yolculuğuna katılması nedeniyle ortaya çıkan tehlikeli durum dikkate alınarak, zarar görenlere ödenecek destekten yoksun kalma tazminatından, BK m. 44/I uyarınca, uygun bir indirim yapılması gereklidir: Y. 15. HD, 8.1.1975, 1515/65 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 707-708). Arkada oturma yeri bulunmayan bir motosikletin arkasına oturarak yolculuk yapan ve meydana gelen kazada yaralanan zarar gören lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılmalıdır: Areopag 438/1976, NoB 24 (1976), s. 955 (**von Bar**, s. 540). Tek kişilik koltuğa iki kişi oturan ve sürücünün kusuru nedeniyle meydana gelen bir kazada yaralanan zarar görenler, tek kişilik koltuğa iki kişi oturmak suretiyle, zarara uğrama tehlikesini göze aldıklarından, lehlerine hükmedilen tazminattan % 50 oranında indirim yapılmalıdır: Paris 15 Jan. 1985, Gaz.Pal. 1986 Somm. 97 (**von Bar**, s. 540). İşverenin, işçisini, römorkun okuna oturmaması hususunda uyarmaması, onun bu hareketine göz yumması, üstelik, kendisinin de, başka bir römorkun okuna oturmak suretiyle, işçisine bir tedbirsizlik örneği vermesi, buna karşılık, işçinin de, römorkun oku üzerindeki durumunun dengesiz olduğunu ve düşmesi hâlinde, römorkun tekerleklerinin kendisini ezebileceği tehlikesinin farkında olmasına rağmen, römorkun

aldığı söylenebileceğinden, lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılması mümkündür.

Zarar görenin, kayak yapılan ve kayakçıların her an kayıp geçebilecekleri bir yerde durması²⁶¹, hekim olmadığını bildiği bir kimsenin verdiği ilaçları kullanması²⁶², koyunlarını, yasak olan demiryolu hattı boyunca otlatması²⁶³, girilmesinin yasak ve tehlikeli olduğu levhâlarla belirtilen yerlere girmesi²⁶⁴,

okuna oturmak suretiyle, zarar tehlikesini göze alması olayında, römorktan düşerek yaralanan işçiye ödenen tazminattan, % 50 oranında indirim yapılmalıdır: BGE 83 II 27 (**Kaneti**, II, s. 120, No: 76). İşverenin ikazlarına rağmen, traktörün çekme çubuğuna oturan işçinin, başka bir işçi tarafından kullanılan kamyonun, traktöre arkadan çarpması sonucunda yaralanması olayında, ilk derece mahkemesi, zarar görenin, traktörün çekme çubuğuna oturmakla, sadece traktörden düşme tehlikesini göze aldığına, kamyonun traktöre çarparak kendisini ezmesi tehlikesini göze almadığına karar vermiştir. Ancak, temyiz mahkemesi, traktörle çarpışan kamyonun zarar göreni ezmesi tehlikesinin de, zarar görenin davranışının (traktörün çekme çubuğuna oturması) yarattığı risk alanına dahil edilebileceği sonucuna vararak, tazminattan indirim yapılmasına karar vermiştir: Jones v. Livox Quarries Ltd (1952) 2 QB, s. 608 (**Kidner**, s. 196-197; **Rogers**, s. 252; **Magnus/Martin-Casals**, s. 60; **Jones**, s. 623-624).

²⁶¹ Zarar gören, çarpışma tehlikesinin bulunduğu bir yerde durmakla, çarpışmadan ileri gelen zararın doğumuna yardım etmiştir. Zira, kendisi de kayakçı olan zarar gören, gerekli dikkat ve özeni gösterseydi, durarak kayaklarını diktiği yerde, bir kayakçının zor dönüşü alamaması ve yol dışına çıkması ihtimali olduğunu öngörebilirdi: BGE 82 II 25 (**Kaneti**, I, s. 80, No: 76); **Tiftik**, Akit Dışı, s. 106; **Nomer**, s. 108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 599; **Deschenaux /Tercier**, s. 59.

²⁶² BGE 56 II 371 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 600; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 116, dn. 189).

²⁶³ Y. 4. HD, 17.10.1966, 1132/9013 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 116, dn. 187).

²⁶⁴ “Davacı, etrafta tel örgüyle çevrili ve girilmesinin yasak ve tehlikeli olduğu levhâlarla belirtilen bir askeri bölgeye girmiştir. Orada atış yapıldığı önceden bilindiğinden, mevcut tehlikeden

uğradığı kaza sırasında, görünen bir tehlike durumundaki toprak kaymasının önünden kaçmaması²⁶⁵, hareket hâlindeki bir ulaşım aracına binmeye çalışması²⁶⁶, pahâlî bir camı tehlikeli bir yere koyması²⁶⁷, hayvanlarını, bağ sahibi tarafından zehirli madde serpildiği ilan edilen bir bağa sokması²⁶⁸, görevli memur tarafından

haberdar demektir.” : Y. 4. HD, 24.1.1974, 13148/268 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 708-709); BGE 31 II 283 (**Oser/Schönenberger**, s. 408); **Güleç (Uçakhan)**, s. 353. “Dikkat köpek var” levhasına aldırmadan ilgili yere giren bir kimsenin de, zarar tehlikesini göze aldığı kabul edilmelidir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 81-82).

²⁶⁵ Y. 4. HD, 2.11.1957, 5819/6595 (**Olgaç**, II, s. 299, No: 11).

²⁶⁶ **Nomer**, s. 108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 600; **Önen**, s. 149.

²⁶⁷ **Becker**, s. 272. Ancak camın, tehlikeli olarak addedilen bu yere konulması, işin icabı gereği ise, zarar görenin zarar tehlikesini göze aldığından söz edilemez (**Becker**, s. 272). Örneğin, dükkânın önünde bulunan kalabalık bir kaldırımda sergilenen çok pahâlî ve kıymetli bir biblonun, yoldan geçen bir kimsenin dikkatsizliği sonucunda kırılması hâlinde, zarar gören dükkân sahibinin, böyle bir bibloyu kaldırımda korumasız bir şekilde sergilemekle, onun kırılması tehlikesini (zarar tehlikesini) göze aldığı söylenebilir. Zira, böyle bir biblonun kaldırımda sergilenmesi, iş hayatının gerekleriyle ve basiretli bir tacir gibi davranma ilkesiyle bağdaşmaz. Buna karşılık, dükkânın içindeki bir rafta sergilenen kıymetli bir biblonun, içeri giren müşterinin dikkatsizliği sonucunda kırılması hâlinde, dükkân sahibinin biblonun kırılması tehlikesini göze aldığından bahsedilemez. Zira, biblonun, dükkânın içindeki bir rafta sergilenmesi, işin icabı gereğidir.

²⁶⁸ Yargıtay, davacının, hayvanlarını, davalı bağ sahibi tarafından zehirli hamur serpildiği, mahâllî iki gazete ile ilan edilen bir bağa sokması ve hayvanların, dökülen zehirli maddeyi yemeleri sonucunda ölmesi olayında, davalı bağ sahibinin, herhangi bir sebeple bağa girmeleri mümkün olan insan ve hayvanların, bağa girmelerini önleyecek tedbirleri almaksızın ve zehirli madde koyacağını gerekli şekilde etrafa duyurmaksızın, bağına, insanlar ve hayvanlar için tehlike arz eden zehirli madde serpmekte kusurlu olduğunu; ancak, davacının da, zehirli madde serpildiği ilan edilen bir bağa, üstelik, herhangi bir hakkı olmadığı hâlde, hayvanlarını sokmak suretiyle, uğradığı zararın doğmasına katkıda bulunduğunu gerekçe göstererek, zarar gören davacı lehine

ihbar edilmesine rağmen, Devlet Demiryolları İdaresine ait manevra sahasına girmesi²⁶⁹, gerekli izinleri almadan veya anlaşmaları akdetmeden inşaat yapması²⁷⁰, hareket hâlinde olan trenin durmasını beklemeden, açılan kapılardan dışarı atlaması²⁷¹, çalışmakta olan gübre serpme makinesinin üzerinde oturması²⁷², gece vakti başkasına ait bir gayrimenkule girmesi²⁷³ ve gemilerin geçebileceği bir bölgede (kanal çevresinde) bulunan bir buz kütlesi üzerinde balık tutması²⁷⁴ da, zarar tehlikesinin göze alındığı hâllere örnek teşkil eder.

hükmedilecek tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmasına karar vermiştir: Y. 4. HD, 10.7.1958, E. 1957/6571, K. 1958/4745 (**Olgaç**, II, s. 311, No: 46).

²⁶⁹ Devlet Demiryolları İdaresine ait manevra sahasına kimsenin girmemesinin temini için, İdare tarafından zincir çekilmemiş olsa bile, bu bölgeden geçişi engellemek amacıyla, bir memur görevlendirilmiştir. Yasak bölgeden geçmek isteyen zarar görene, ilgili memur tarafından ihtarda bulunulmasına rağmen, bu ihtarı dinlemeyen ve bölgeye girerek otomobilinin zarara uğramasına sebebiyet veren zarar gören, tazminata hak kazanamaz: Y. 4. HD, 28.3.1934, 11/11 (**Olgaç**, I, s. 426, No: 678).

²⁷⁰ **Magnus/Martin-Casals**, s. 81, 271.

²⁷¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 600.

²⁷² İsviçre Federal Mahkemesi, çalışmakta olan gübre serpme makinesinin üzerinde oturan bir işçinin düşerek yaralanması olayında, ziraat makineleri konusunda bilgi sahibi olmayan basit bir ziraat işçisinin bile, çalışan makinenin üzerinden düşmesi hâlinde, döner serpme eleğinin alanına girerek yaralanabileceği tehlikesini bilebileceği gerekçesiyle, zarar gören işçiye ödenecek tazminattan, %20 oranında indirim yapılmasına karar vermiştir: BGE 89 II 222 (**Kaneti**, II, s. 127-128, No: 79).

²⁷³ BGE 31 II 285 (**Becker**, s. 270); **Magnus/Martin-Casals**, s. 82.

²⁷⁴ Finlandiya Temyiz Mahkemesi, buzdan temizlenmiş açık bir kanaldan limana giren geminin, kanalın çevresindeki buz kütlesini parçalaması sonucunda, o sırada buz kütlesi üzerinde bulunan iki balıkçının ölmesi olayında, geminin kaptanının kusurlu olmadığına, zarar gören balıkçıların

Zarar gören tarafından zarar tehlikesinin göze alındığı hâllere, spor faaliyetlerine katılan sporcular bakımından da oldukça sık rastlanmaktadır.

Spor faaliyetlerinin çoğu, sporcunun kendisini tehlikeye atmasını gerektirir. Öyle ki, bazı spor faaliyetlerinde, ya doğrudan doğruya ya da oyun aletleriyle, rakibin şahsına karşı kuvvet veya şiddet kullanılması, o sporun kuralı gereğidir. Bu bakımdan, sporcu, oyunun kuralları gereği rakibine zarar vereceğini bilmektedir; hatta bazı hâllerde, oyunun amacı, rakibine zarar vermektir. Örneğin; bir boks veya güreş karşılaşmasında, boksör ya da güreşçi, yönelttiği darbenin şiddeti nedeniyle rakibinin yaralanabileceğini ve hatta ölebileceğini tahmin etmektedir. Buna karşılık, voleybol, tenis, atletizm ve bilardo gibi sporlarda, rakibe karşı şiddet kullanılması gerekmediği ve şiddet hareketleri, oyunun kurallarına aykırı bir nitelik taşıdığı için, diğer oyuncular tarafından yaralanma riski oldukça azdır. Bununla birlikte, her spor faaliyetinin belirli bir oranda risk barındırdığı söylenebilir²⁷⁵. İşte, bir sporcu, spor faaliyetine katılmakla, “spora özgü riskleri” göze almış olduğundan, spor faaliyetinin, kurallarına uygun bir biçimde icra edilmesi, yani, spor oyununun kuralları içinde kalınması şartıyla, bu faaliyetlerin icrası nedeniyle uğradığı bedensel zararlara zımnen rıza göstermiş sayılır. Yani, spor faaliyetine katılmak, sadece diğer katılanların, kurallara uygun (nizami) hareketleri sonucunda uğranılan zarar

kanalın çevresindeki buz kütlesi üzerinde bulunmakla, tehlikeyi göze aldıkları sonucuna varmış ve tazminata hükmetmemiştir: Finnish HDD 8 May 1933, RHDA 1933, Nr.: 221, s. 278 (**von Bar**, s. 537, dn. 201).

²⁷⁵ **Ertaş**, Şeref, “Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Spor Hukuku Dersleri (Editör: Kısmet Erkiner), İstanbul 2007, s. 240; **Donatsch**, Andreas, “Sporcunun Cezai Korunmasına İlişkin Düşünceler”, Çeviren: Sevim Gezici, Spor ve Ceza Hukuku (Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL), Ankara 2004, s. 115-16.

bakımından rıza teşkil eder ve zarar verici fiilin hukuka aykırı olmasını engeller. Böylece, zarar veren açısından tazminat yükümlülüğü de doğmaz²⁷⁶. Şüphesiz, oyunun kurallarına uygun olarak verilen bedensel zararların, tazminat yükümlülüğüne sebep olmaması için, bu oyunun, gerçekten spor kavramı içinde yer alması gerekmektedir. Bu itibarla, spor gösterisi ya da karşılaşması olmaktan çok, hâlkın sansasyonel dürtülerine ve heyecanına yönelik, aşırı hırçın, kanlı ve vahşi denebilecek oyunlar esnasında verilen bedensel zararlar, oyunun kurallarına uygun olarak verilmiş olsa da, tazminat yükümlülüğüne sebep olmaktadır. Pankreas güreşleri²⁷⁷, gladyatör karşılaşmaları, üzerinden otomobil geçirtme ya da motosikletle yapılan çok tehlikeli gösteriler, spor sayılamayacak bu tür uğraşılara örnek teşkil etmektedir²⁷⁸. İşte, bu tür gösterilere katılan ve yaralanan zarar görenin, bu gösteriler esnasında uğradığı bedensel zararlara gösterdiği rıza, geçersiz olduğundan, tazminat talep etmesi mümkündür. Bununla birlikte, zarar görenin

²⁷⁶ **Ertaş**, s. 245-246; **Dural/Öğüz**, s. 99; **Eren**, Borçlar, s. 566, 731-732; **Oğuzman/Öz**, s. 503; **Nomer**, s. 109; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 491; **Arpacı**, s. 113; **İnan**, s. 270; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, s. 158; **Kısagün**, Müterafık Kusur 1961, s. 13; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Gözden Geçirilip Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998, s. 43; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 205; **Kaneti**, Hukuka Aykırılık, s. 246; **Yılmaz**, Mehmet, s. 60, 77; **Hatemi**, Kişiler, s. 60; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 32; **Tunçomağ**, s. 437; **Dam**, s. 213.

²⁷⁷ Pankreas güreşlerine örnek olarak, ülkemizde de, “ Smackdown/Raw” adı altında yayınlanmakta olan gösteriler verilebilir. Burada, güreşçiler, birbirlerinin üzerine atlamakta, birbirlerine sandalyelerle vurmakta ve hatta, bu gösterilerden bazılarında, bir kişi, üç dört kişi ile birden mücadele etmek durumunda kalmaktadır.

²⁷⁸ **Ertaş**, s. 246-247.

geçersiz olan bu rızası, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi teşkil edebilir.

Spor faaliyetine katılan bir sporcunun, spora özgü riskleri göze almış olması, oyunun kurallarına uygun ihlaller neticesinde uğradığı bedensel zararlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesine rağmen, oyun kurallarının ihlali neticesinde uğradığı bedensel zararlar bakımından, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Yani, oyun kurallarına aykırı bir fiili neticesinde rakibini yaralayan bir kimse, ister hafif, ister ağır bir kural ihlali söz konusu olsun, tazminat ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte, zarar gören sporcu da, spor faaliyetine katılmakla spora özgü riskleri göze almış sayıldığından, lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılabilir. Bu itibarla, örneğin; kurallara uygun olarak attığı bir yumrukla rakip oyuncuyu komaya sokan bir boksör, sorumlu tutulmazken; rakibine tekme atan bir boksör, kurallara aykırı hareket ettiği için, tazminat ödemekle yükümlü olacaktır; ancak, bu hâlde tazminattan, zarar gören sporcunun spora özgü riskleri göze alması nedeniyle indirim yapılabilecektir²⁷⁹. Ancak, rakip sporcunun, oyun kurallarını, ağır kusuru ya da kastıyla ihlâl etmesi hâlinde, tazminattan indirim yapılmaması gerekir. Zira, rakip sporcunun ağır kusurlu ya da kastî hareketleri, zarar gören sporcu tarafından göze alınan spora özgü riskler kapsamında değerlendirilemez. Bu bakımdan, örneğin; rakip boksörün, hakemin oyunu durdurmasından sonra, kurallara aykırı olarak rakibine vurmaya devam etmesi ve onun ölümüne yol açması hâlinde,

²⁷⁹ **Ertaş**, s. 246; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105-106; **Nomer**, s. 109; **Wong**, s. 100-101; **Dam**, s. 213; **von Bar**, s. 539-540; **Epstein**, Adam, Sports Law, New York 2003, s. 65; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 32; **Tunçomağ**, s. 437.

tazminattan indirim yapılması mümkün değildir²⁸⁰. O hâlde, zarar gören sporcu lehine hükmedilen tazminattan, onun spora özgü riskleri göze alması nedeniyle indirim yapılması, ancak rakip sporcunun, ağır kusuru ya da kastıyla yaptığı kural ihlalleri dışında kalan hâllerde söz konusu olmaktadır.

Zarar görenin, zarar tehlikesini göze aldığı kabul edildiği hâllerde de, zarar görenin kusurunda olduğu gibi, ya zarar gören lehine hükmedilen tazminattan indirim yapılır ya da hiç tazminata hükmedilmez (BK m. 44/I)²⁸¹. Ancak, bazı istisnai hâllerde, zarar tehlikesi göze alınmasına rağmen, tazminattan indirim yapılmaz. Örneğin; bir kimsenin, başkasını büyük bir tehlikeden kurtarmak için kendisini tehlikeye atması ve zarara uğraması hâlinde, tazminattan, zarar tehlikesinin göze alındığı gerekçesiyle indirim yapılamaz²⁸². Gerçekten, sorumlu kişinin kusurlu bir davranışı sonucunda ortaya çıkan bir tehlike anında, başkasını, yaşamına ya da bedensel bütünlüğüne yönelik yakın bir tehlikeden kurtarmak için, kendisini tehlikeye (ölüm tehlikesi dahil) atan ve zarara uğrayan bir kimsenin, sorumlu kişiden talep edeceği tazminattan, zarar tehlikesini göze aldığı gerekçesiyle, indirim

²⁸⁰ **Dam**, s. 213-214; **Wong**, s. 100-101; **von Bar**, s. 539-540; **Epstein**, s. 65; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105-106; **Nomer**, s. 109.

²⁸¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105; **Nomer**, s. 107-108; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599; **Eren**, Borçlar, s. 734. Buna karşılık, Anglo- Amerikan Hukukunda, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması (voluntary assumption of risk), davalı tarafından ileri sürülen ve zarar görenin, tazminattan tamamen mahrum kalmasına yol açan bir defidir (**von Bar**, s. 534-535).

²⁸² **Nomer**, s. 108; **Goodhart**, A. L., Rescue and Voluntary Assumption of Risk, The Cambridge Law Journal, Volume 5, Issue 02, Temmuz 1934, s. 196; **Heuston/Buckley**, s. 478; **von Bar**, s. 539; **Magnus/Martin-Casals**, s. 271.

yapılamaz²⁸³. Zira, burada, üçüncü kişiye ait üstün bir yararın gözetilmesi söz konusudur²⁸⁴. Örneğin; bir kimsenin hayatını kurtarmak için, yanmakta olan bir binaya giren ve ağır bir şekilde yaralanan zarar görenin, yangının çıkmasından sorumlu kişiden talep edeceği tazminattan, yanmakta olan binanın içine girmek suretiyle zarar tehlikesini göze aldığı gerekçesiyle indirim yapılamaz. Buna karşılık, yanmakta olan binanın içine giren ve çıkabilen bu kimsenin, ikinci kez bu binanın içine girerek yangını söndürmeye çalışması ve bunun sonucunda yanarak ölmesi

²⁸³ **Goodhart**, s. 196; **Heuston/Buckley**, s. 478. Anglo-Amerikan Hukukunda, başkasını tehlikeden kurtarmak için kendisini tehlikeye atan ve bu nedenle zarar gören kurtarıcıya karşı, zarar tehlikesinin göze alınması defisinin (the doctrine of voluntary assumption of risk) işletilemeyeceği kuralı, hem doktrin hem de mahkemeler tarafından tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Öyle ki, ne bu kuralın yerinde olmadığını savunan bir görüş ne de bu kurala aykırı herhangi bir yargı kararı bulunmaktadır. Bu noktada tartışılan tek husus, tehlikenin doğmasına sebep olan kimsenin, kurtarıcı kişiye karşı sorumluluğunun dayanağının ne olacağıdır. Önceleri, mahkemelerin içtihadı, bu kimsenin, sadece, tehlikeye soktuğu kişi bakımından kusurlu kabul edileceği ve dolayısıyla, kurtarıcıya karşı sorumlu olabilmesi için, ayrıca, kurtarıcıya karşı da kusurlu olduğunun ispatlanması gerektiği yönündeydi. Ancak, sonraki içtihatlarda, kusuru ile başkasını tehlikeli duruma sokan bir kimsenin, cesur bir kimsenin de (kurtarıcının da) kendisini tehlikeye atarak, tehlikede olan kimseyi kurtarma girişiminde bulunabileceği ihtimalini göz önünde bulundurması gerektiği benimsenmiş ve tehlikeli durumu yaratan kimsenin, bu davranışıyla, sadece tehlikeye soktuğu kişiye (kurtarılana) karşı değil; kurtarıcıya karşı da kusurlu bir davranışta bulunduğu kabul edilmiştir (**Goodhart**, s. 196-197; **Heuston/Buckley**, s. 479).

²⁸⁴ **Nomer**, s. 108.

hâlinde, zarar tehlikesini göze aldığı söylenebilir ve lehine hükmedilen tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir²⁸⁵.

Zarar görenin zarar tehlikesini göze alması ile zarar görenin kusuru arasındaki sınır, çoğu zaman net değildir²⁸⁶. Zira, zarar görenin kusuru, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken bir davranış tarzı olduğuna göre²⁸⁷, davranışı sonucunda zarara uğrayabileceğini bilmesine rağmen, bu davranışı yapmaktan kaçınmayarak, zararın

²⁸⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599. Buna karşılık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, benzer bir olayda, yanmakta olan binadan çıkan bir kimsenin, daha sonra yangını söndürmek için tekrar binaya girmesi hâlinin, tazminattan indirimi gerektirecek bir durum olmadığına karar vermiştir: Y. HGK, 21.12.1960, E. 4/253, K. 302 (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 599, dn. 17).

²⁸⁶ Zarar görenin zarar tehlikesini göze alması kavramının hukuki niteliği, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil diğer ülkelerde de tartışmalıdır. Bu konuda genel olarak dört farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâlini, zarar görenin rızası kapsamında değerlendirirken, ikinci görüş, bunu, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirmektedir. Üçüncü görüş, bu kavramı, özen yükümlerinin ihlâli kapsamına dahil ederken; dördüncü görüş, bunu, sorumsuzluk anlaşmaları ve hatta illiyetle bağdaştırmaktadır. von Bar ise, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâlinin, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ve bu nedenle, bu kavramın hukuki niteliği konusunda kesin bir sonuca ulaşılamayacağı görüşündedir (**von Bar**, s. 536-537). İsviçre Hukukunda, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâli, OR 44/I'deki, “*zarar görenin sorumlu olduğu durum ve şartlar*” ibaresine dayanılarak, zarar görenin kusurunu oluşturan hâllerden biri olarak kabul edilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 213). Hollanda Hukukunda ise, zarar görenin kusuru gibi, tazminatın tayininde zarar görenin davranışının dikkate alınması sonucunu doğuran yeterli sayıda kavram bulunduğu kabul edilmekte olduğundan, ayrıca, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması kavramının kabulüne gerek olmadığı belirtilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 269).

²⁸⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. yukarıda § 2, III, B.

doğması tehlikesini göze alan ve böylece, zararın doğmasına katkıda bulunan zarar gören de, pekâlâ, BK m. 44/I anlamında kusurlu sayılabilir. Gerçekten, alkollü yahut ehliyetsiz olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binen zarar görenin, kusurlu bir davranışta bulunmadığını söylemek güç olduğu gibi, bu davranışın, zarar görenin, bizzat alkollü yahut ehliyetsiz araba kullanması gibi, kendisine, mutlak surette kusur olarak isnat edilen davranışlardan farkını belirlemek de güçtür. Bu bakımdan, zarar görenin, alkollü yahut ehliyetsiz olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binmesi hâli, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilebilir²⁸⁸. Nitekim, Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir^{289 290}. Esasen, zarar görenin, yalnız alkollü yahut ehliyetsiz olduğunu

²⁸⁸ **von Bar**, s. 537; **Dam**, s. 213, dn. 85, s. 339; **Magnus/Martin-Casals**, s. 271; **Kidner**, s. 200.

Gerçekten, özellikle trafik hukukunda, zarar görenin zarar tehlikesini göze aldığı hâller, çoğunlukla, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilmektedir (**von Bar**, s. 540).

²⁸⁹ Bu husus, zarar görenin, sarhoş olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binmesi olayına ilişkin Yargıtay kararlarında, “...mevcut hâl ve şartlar altında tehlikeli olduğu bilinen bir otomobil yolculuğuna çıkılması doğru olmayan bir hareket tarzı olarak benimsenmek gerekir ve bu sebepten dolayı da müterafik kusur teşkil eder” şeklinde ifade edilmektedir: Y. 4. HD, 1.10.1984, 5635/7172 (**Güleç**, s. 353, dn. 254); Y. 4. HD, 30.9.1985, 5569/7488 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 660); Y. 4. HD, 21.1.1986, 9501/271; Y. 4. HD, 15.7.1986, 4950/5660; Y. 4. HD, 11.2.1988, 8433/1346; Y. 4. HD, 15.6.1989, 5065/5455; Y. 19. HD, 16.4.1993, 8688/2888 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1508-1509); Y. 4. HD, 18.2.1988, E. 1987/8876, K. 1988/1589 (**Hukuk Türk** İçtihat Bilgi Bankası); Y. HGK, 21.3.1990, E. 1983/4-486, K. 1990/199 (**Güleç**, s. 601, dn. 337); Y. 19. HD, 12.2.1993, E. 1992/4836, K. 1993/6948 (**YKD**, Yıl: 1993, C.: 19, S. : 6, s. 915-916); Y. HGK, 14.4.2004, 4-207/226 (**Güleç**, s. 604); Y. 4. HD, 31.5.2006, E. 2005/8266, K. 2006/6434 (**Güleç**, s. 602).

²⁹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi de, zarar görenin, alkollü veya aşırı yorgun yahut genel olarak yetersiz olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binmesi olayında, tazminatın, zarar görenin

bildiği bir sürücünün aracına binmesi hâlinin değil, zarar tehlikesini göze aldığı diğer hâllerin de, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilmesi mümkündür²⁹¹. Bununla birlikte, zarar görenin, zarar tehlikesini göze aldığı bazı hâllerde, aynı zamanda kusurlu bir davranışta bulunduğu söylenemez. Gerçekten, zarar görenin, yapılmasına hukuken izin verilen tehlikeli faaliyetlere, örneğin; boks, futbol gibi tehlikeli bir spor faaliyetine katılmış olması, kendisine kusur olarak isnat edilemez. Zira, bir kimsenin, yapılmasına izin verilen bir faaliyete katılması, hukuken kınanmasını gerektirecek bir davranış değildir²⁹². Bu itibarla, bir spor faaliyetine katılan ve bu faaliyetin icrası sırasında, başka bir sporcunun, ilgili spor dalının kurallarına aykırı bir fiili sonucunda yaralanan bir sporcu, bu spor faaliyetine katılmış olması nedeniyle kusurlu sayılamaz. Her ne kadar sporcu, zararın doğmasında kusurlu sayılmasa da, spor faaliyetine katılırken, bu faaliyetin, normal şartlarda yol açabileceği spora özgü tehlikeleri göze almış olduğu için, lehine hükmedilen tazminattan, zarar tehlikesini göze alması nedeniyle, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılabilir. Sonuç olarak, zarar görenin, zarar tehlikesini göze aldığı

kusuru nedeniyle indirilmesine karar vermiştir: BGE 84 II 292 (**Kaneti**, I, s. 120, No: 111); BGE 40 II 279 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 106, dn. 135).

²⁹¹ Tiftik'e göre, spor kazaları dışında, zarar tehlikesinin göze alınması, ancak, aynı zamanda zarar görenin kusurunu oluşturuyorsa, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yapılmasına olanak sağlar. Buna karşılık, zarar tehlikesinin göze alınması, aynı zamanda zarar görenin kusuru olarak değerlendirilemiyorsa, böyle bir durum, ancak, BK m. 43/I anlamında bir durum ve şart sayılarak, tazminattan indirime esas olabilir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 106). Kanımızca, pratikte, spor kazaları dışında, zarar görenin, kusurlu sayılmamakla birlikte, zarar tehlikesini göze alması olarak nitelendirilebilecek davranışlarının söz konusu olması pek mümkün olmadığından, yazarın bu konudaki tespiti, teorik açıdan önem taşımaktadır.

²⁹² **Nomer**, s. 109.

hâllerin çoğunda, aynı zamanda kusurlu bir davranışta bulunduğu söylenebilmekle birlikte, zarar tehlikesinin göze alınmasının, aynı zamanda kusurlu bir davranış oluşturmadığı hâller de bulunmaktadır²⁹³. Ne var ki, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâli de, tıpkı zarar görenin kusuru gibi, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim sebebiyet verdiğinden, yani, zarar görenin kusuru ile aynı hukukî sonucu doğurduğundan, bu ayrımın, Türk Hukuku bakımından pratik bir önemi bulunmamaktadır²⁹⁴.

Zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâli, çoğu zaman, zarar görenin kusurunu oluşturan hâllerden biri olarak kabul edilebilirse de, zarar görenin zarara razı olması kapsamında değerlendirilemez. Bununla birlikte, bazı yazarlar, alkollü bir sürücünün aracına, onun bu durumunu bilerek binen bir kimsenin, zarara önceden zımnî olarak razı olduğunu savunmaktadırlar²⁹⁵. Yargıtay da, bazı kararlarında bu

²⁹³ İşte, zarar görenin, zarar tehlikesini göze aldığı her durumda, aynı zamanda kusurlu bir davranışta bulunduğu söylenemeyeceğinden, çalışmamızda, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâlini, zarar görenin kusuru kapsamında değil; zarar görene isnadı kabil diğer hâller kapsamında incelemeyi uygun bulduk.

²⁹⁴ Buna karşılık, Anglo-Amerikan Hukukunda, zarar görenin kusuru ile zarar görenin zarar tehlikesini göze alması hâli, farklı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Şöyle ki, zarar görenin zarar tehlikesini göze alması, onun, tazminattan tamamen mahrum kalması sonucunu doğururken; zarar görenin kusuru hâlinde, tazminattan, belirli bir oranda (kusur oranında) indirim yapılmaktadır. Zarar görenin kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmemesi ise, ancak, onun kusurunun, zarar verici fiil ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesmesi hâlinde mümkün olmaktadır (**von Bar**, s. 537).

²⁹⁵ **Eren**, Borçlar, s. 732; **Oğuzman/Öz**, s. 579, dn. 361; **Tunçomağ**, s. 484; **Tiftik**, s. 105; **Güleç (Uçakhan)**, s. 351.

görüşü benimsemektedir²⁹⁶ ²⁹⁷. Ancak, kanımızca, zarar görenin zarar tehlikesini

²⁹⁶ “...zarar gören tehlikeye rağmen araca binmişse, kaza tehlikesinin artması ve zarara razı olma açısından kusuru sebebiyle BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim yapılması gerekir”: Y. 4. HD, 1.10.1984, 5635/7172 (**Güleç**, s. 353, dn. 254); “...davalının sarhoş olduğunu bildiği hâlde, onun aracına binmek suretiyle zararı doğuran eyleme zımnî suretle de olsa razı olmuştur”: Y. 4. HD, 30.9.1985, 5569/7488 (**Karahasan**, Maddi Tazminat, s. 660); “... aracı tehlikeli bir şekilde kullanmakta olduğunu gördüğü hâlde, onun kullandığı araca binmek ve yolculuğa devam etmek suretiyle zararı doğuran eyleme zımnî suretle de olsa razı olmuştur”: Y. 4. HD, 15.7.1986, 4950/5660 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1508); “...davacı, arkadaşı olan davalı H. Kumcu’nun sarhoş olduğunu bildiği hâlde, kendi aracını ona kullandırmak suretiyle zararı doğuran eyleme, zımnî suretle de olsa razı olmuştur”: Y. 4. HD, 11.2.1988, 8433/1346 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1508); “...kendisini otosu ile geri götürmek üzere davet ettiği arkadaşını içmeye teşvik edip, gece geç saatlerde bu şekilde içkili bir sürücünün aracına kendisi de içkili bir şekilde binen müteveffanın bu davranışı, zararı doğuran eyleme zımnî surette de olsa rıza göstermektir”: Y. 19. HD, 16.4.1993, 8688/2888 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1509); “...sarhoş olduğunu bildiği hâlde aracına bindiği için, zararı doğuran eyleme zımnî suretle de olsa razı olmuştur”: Y. 4. HD, 18.2.1988, E. 1987/8876, K. 1988/1589 (**Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**); Y. HGK, 14.4.2004, 4-207/226 (**Güleç**, s. 604). Ancak, burada anılan Yargıtay kararlarının tümünde, zarar görenin, zarara zımnen rıza gösterdiği belirtilmesine rağmen, bu durumun, zarar gören açısından kusur teşkil ettiği kabul edilerek, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılmasına karar verilmiştir. Tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapıldığına göre, ayrıca, zarara zımnî suretle razı olmaktan söz edilmesi, gereksiz, anlamsız ve dayanaksız kalmaktadır (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1510).

²⁹⁷ Bazı yabancı yargı kararlarında da, zarar gören tarafından göze alınan tehlikenin çok açık ve büyük olduğu hâllerde, zarar görenin, zarara razı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; zarar görenin, aşırı derecede sarhoş olduğunu bildiği bir pilotun kullandığı uçağa binmesi olayında, pilotun aşırı derecede sarhoş olduğu açıkça belli olmasına rağmen, böyle bir uçak yolculuğuna

göze alması hâlinin, zarar görenin rızası kapsamında değerlendirilmesi yerinde değildir. Zira, rıza, belirli ve muhakkak bir saldırı için verilirken, tehlikenin göze alınmasında, belirsiz ve muhtemel bir tehlikeye atılma söz konusudur. Ayrıca, rızada, özellikle zarar veren bakımından, plânlanmış (kastî) bir fiil söz konusu olurken, tehlikenin göze alınması durumunda, gerek zarar gören gerekse zarar veren, zararlı sonucun gerçekleşmeyeceğini ümit etmektedirler²⁹⁸. Gerçekten, alkollü olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binen bir kimsenin, kaza geçirip yaralanmak ya da ölmek istediği söylenemeyeceğinden, bu kimsenin, zarara uğramak hususunda rızasının bulunduğu da bahsedilemez²⁹⁹. Aynı şekilde, futbolcunun, futbol oyununa katıldığı için, oyunda gerçekleşen kural ihlalleri sonucunda uğradığı zarara,

katılan zarar görenin, zarara razı olduğu için, tazminata hak kazanamayacağına hükmedilmiştir. Karara gerekçe olarak, 1939 tarihli *Dann v. Hamilton* kararının gerekçesine atıf yapılmak suretiyle, sarhoş bir pilotun kullandığı uçağa binilmesinin, sarhoş bir sürücünün kullandığı araca binilmesinden daha tehlikeli olması ve bu tehlikenin, patlamak üzere olan bir bombaya müdahâle edilmesi olayındaki tehlike kadar açık ve büyük olması gösterilmiştir: *Morris v. Murray* (1991) 2 QB 6 (CA) (**Jones**, s. 597; **von Bar**, s. 540, dn. 228; **Dam**, s. 339, dn.188; **Weir**, s. 120; **Kidner**, s. 204). *Dann v. Hamilton* kararının gerekçesi için bkz. aşağıda dn. 299.

²⁹⁸ **von Bar**, s. 537; **Helvacı**, s. 109, dn. 406.

²⁹⁹ **von Bar**, s. 537; **Nomer**, s. 107, dn. 205; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1510. Zarar görenin, sarhoş olduğu açıkça belli olan bir kimsenin aracına binmesi olayında, sürücünün sarhoşluğu, patlamak üzere olan bir bombaya müdahâle edilmesi ya da etrafı çevrilmemiş bir uçurum kenarında yürünmesi olaylarındaki gibi açık ve büyük bir tehlike oluşturmuyorsa, zarar görenin rızasından bahsedilemez. Bu husus, herhangi bir sebeple araç kullanmaya ehil olmayan sürücü için de geçerlidir. Sürücü değişik sebeplerle aracı kullanmaya ehil olmasa da, yolcunun (zarar görenin), yaralanmasına yol açan eyleme rıza gösterdiği söylenemez: *Dann v. Hamilton* (1939) 1 K.B. 509 (**Jones**, s. 596).

örneğin, bacağına kırılmasına rıza gösterdiği de kabul edilemez³⁰⁰. Kaldı ki, alkollü olduğunu bildiği bir sürücünün aracına binerek zarara uğrayan bir kimsenin veya oyun kurallarının ihlâli neticesinde yaralanan bir futbolcunun, zarara rıza gösterdiği kabul edilse bile, bu rıza, TMK m. 23'e aykırı olduğundan, geçerli değildir³⁰¹.

³⁰⁰ **von Bar**, s. 537; **Nomer**, s. 109; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 105-106. Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz gibi, spor faaliyetine katılan bir kimse, oyunun kuralları içinde kalınması şartıyla, uğradığı bedensel zararlara zımnen rıza göstermiş sayılmaktadır (Bkz. dn. 276'da anılan yazarlar).

³⁰¹ Bkz. yukarıda § 5, I, B, 1, a. Birçok Avrupa ülkesinde de, böyle bir rıza, hukuken bağlayıcı değildir (**von Bar**, s. 537).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ZARAR GÖRENİN KUSURU OLGUSUNA BAĞLANAN HUKUKÎ
SONUÇLAR

§ 6. ZARAR GÖRENİN KUSURU OLGUSUNA BAĞLANAN HUKUKÎ
SONUÇLAR

I. Genel Olarak

Haksız fiil sonucunda zarar gören bir kimse, bu haksız fiilden sorumlu olan kimse veya kimselerden, uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Zarar görenin uğradığı zararın tazmininde, hareket noktasını, zararın tespiti oluşturur. Zira, tazminatın belirlenmesi, tespit edilen zararın, ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanacağını, ne kadarının, zarar görenin üzerinde kalacağını belirlenmesi demektir¹.

Tazminat belirlenirken dikkate alınması gereken iki prensip bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, tespit edilen zarar miktarının, tazminatın üst sınırını oluşturmasıdır. Bu bakımdan, zarar miktarının üzerinde bir tazminata hükmedilmesi söz konusu değildir. Zira, tazminatın amacı, zarar görenin zenginleştirilmesi yahut

¹ Feyzioğlu, s. 532; Nomer, s. 63; Tiftik, Akit Dışı, s. 83; Oğuzman/Öz, s. 537; Kılıçoğlu, Ahmet, s. 308; Eren, Borçlar, s. 728; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1483.

sorumlu kişinin cezalandırılması değil; gerçekleşen zararın giderilmesidir^{2 3}. İkinci prensip ise, sorumlu kişinin, zararın tamamından sorumlu olmasıdır. Başka bir deyişle, sorumlu kişi tarafından, kural olarak, zararın tamamının tazmin edilmesi gerekir. Ancak, bazı hâllerde, somut olayın özellikleri, zararın bir kısmının, zarar görenin üzerinde kalmasını ve hatta, sorumlu kişinin, tazminat ödeme yükümlülüğünden tamamen kurtulmasını haklı kılabilir. İşte zarar görenin kusuru da bu hâllerden biridir. Gerçekten, zarar görenin kusurunun varlığı hâlinde, hâkime, tazminatın, zararın tamamını karşılaması gerektiğine ilişkin kuraldan ayrılarak, tazminattan indirim yapma yahut hiç tazminata hükmetmeme yetkisi tanınmıştır (BK m. 44/I)⁴.

BK m. 44/I'e göre, “*Mutazarrır olan taraf, ...kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hâl ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde, hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan*

² **Nomer**, s. 63; **Oğuzman/Öz**, s. 573; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 315; **İnan**, s. 344; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 308; **Eren**, Borçlar, s. 728-729; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 83; **Deschenaux/Tercier**, s. 202; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1483; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 315; **Oktay-Özdemir/Grassinger**, s. 1248; **Feyzioğlu**, s. 533, 547; **Aybay**, s. 91.

³ Ancak, çok nadir de olsa, bazı özel sorumluluk hükümlerinde, zarar görenin, zararı aşan miktarda tazminat istemesine imkân verilmiştir. Esasen, bu hükümlerin amacı, zarar görenin zararını gidermekten ziyade, müstakbel failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırmaaktır. Örneğin; FSEK m. 70/III’te, başkasına ait bir eserden, sahibinin fikrî haklarına tecavüz ederek kazanç sağlayan bir kimse, fikrî hak sahibine, talep etmesi hâlinde, maddi ve manevî tazminatın yanı sıra, eserden elde ettiği kazancı (kârı) da vermekle yükümlü tutulmuştur (**Oğuzman/Öz**, s. 573).

⁴ **Nomer**, s. 63; **Eren**, Borçlar, s. 728-729; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 84; **Oğuzman/Öz**, s. 573; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 315; **İnan**, s. 344; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1483; **Kılıçoğlu**, Ahmet, s. 308; **Aybay**, s. 91; **Feyzioğlu**, s. 533; **Deschenaux/Tercier**, s. 202.

hükümünden sarfinazar edebilir”. Hükümde, zarar görenin kusuru hâlinde, hâkime, “*tazminattan indirim yapma*” ve “*tazminata hükmetmekten vazgeçme*” yetkisi olmak üzere, iki yetki tanınmaktadır⁵. Bununla birlikte, tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi, ancak istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira, sorumlu kişinin, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminat ödemekten kurtulması, ancak zarar görenin kusurunun, zarar verici fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaştığı hâllerde haklı görülebilir. Bu hâllerde ise, illiyet bağının kesilmesi nedeniyle sorumluluk kurulmadığı için, tazminat yükümlülüğü de söz konusu olmayacağından, BK m. 44/I hükmüne başvurulması mümkün değildir⁶. Zira, BK m. 44/I hükmü, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesmediği, yani, sorumlu kişinin, sorumluluğunun ve dolayısıyla, tazminat yükümlülüğünün devam ettiği hâller bakımından uygulama alanı bulmaktadır. O hâlde, BK m. 44/I hükmü ile hâkime, zarar görenin kusurunun, illiyet bağıını kesmediği hâllerde, tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanınmaktadır. Bu itibarla, tazminata hükmedilmemesi, zarar görenin kusurunun, illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı; ancak, buna yakın yoğunlukta olduğu hâllerde söz konusu olabilir. Örneğin; zarar görenin, illiyet bağıını kesmeyen ağır kusuruna karşılık, sorumlu kişinin hafif bir kusurunun bulunması hâlinde, hâkim, BK m. 44/I uyarınca, tazminata hükmetmeyebilir. Bununla birlikte, hâkimin, tazminata hükmetmediği bu hâllere nadir olarak rastlanmakta olup; BK m. 44/I hükmünün gerçek amacı, hükmün kenar başlığında da belirtildiği üzere,

⁵ Buna karşılık, Roma Hukukunda, Pandekt Hukukunda ve Anglo-Amerikan Hukukunda, nisbî kusur rejiminin ortaya çıkmasından önceki dönemde, zarar görenin kusuru hâlinde, zarar gören lehine hiç tazminata hükmedilmemekteydi. Bu konuyu daha önce incelediğimiz için, burada, konuya sadece değinmekle yetiniyoruz. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda § 2, II.

⁶ Zarar görenin illiyet bağıını kesen kusuru hakkında bilgi için bkz. yukarıda § 2, I.

tazminattan indirim yapılmasıdır⁷. Yani, zarar görenin kusuru hâlinde, kural, tazminattan indirim yapılması; istisna ise, hiç tazminata hükmedilmemesidir. Yargıtay da, BK m. 44/I uyarınca, tazminata hükmetmekten vazgeçilmesinin, istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir⁸.

Hâkim, BK m. 44/I uyarınca, somut olaydaki bir durumun veya şartın, tazminattan indirim sebebi teşkil edip etmediğine karar vermede ve bu durumun veya şartın, tazminattan indirim sebebi teşkil ettiği sonucuna vardığı takdirde, tazminattan indirim yapıp yapılmayacağını, yapılacaksa, hangi oranda indirim yapılacağını belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Gerçekten, BK m. 44/I hükmünün, “..zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir”

⁷ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 132-133; **Nomer**, s. 68; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1530; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 596; **Oser/Schönenberger**, s. 411.

⁸ “... ortak kusurun varlığı hâlinde; hâkim, ortak kusurun tazminata etkisini, başka bir anlatımla, bunun bir “tenkis sebebi” mi, yoksa, “zarar ziyan hükmünden tamamen sarfınazar edilecek bir sebep” mi olduğunu takdir edecektir. Hâkim, bu yolda takdir hakkını kullanırken, hak ve adalete uygun bir sonuca varacak yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden evvel, maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Türk pozitif hukukunda, Borçlar Kanunu’nun 44/I. Maddesinin (hiçbir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir...Maddenin bu amacı göz önüne alındığında; gerçek amacın, ortak kusur hâlinde, zararın bu kusura isabet payının indirilmesi olduğu; zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise, istisnai bir durum olduğu kabul edilmelidir...yapılacak bir değerlendirme sonucu, olayda ortak kusurun etki ağırlığı, o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağıını tamamen kesmemekle beraber), ikinci plâna itsin; istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hâle gelsin” : Y. 4. HD, 30.4.1984, 3198/3741 (**Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1529-1530). Aynı yönde bkz. Y. 4. HD, 11.12.1980, 11860/14434 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 190-191); Y. 4. HD, 19.1.1981, 8089/252 (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 197-198).

tarzındaki yazılışı, hâkime, takdir yetkisi tanınmış olduğunu göstermektedir⁹. Hâkim, BK m. 44/I uyarınca, kendisine tanınmış olan takdir yetkisine dayanarak, her somut olayda, tazminatın kapsamını tayin etme ve tazminattan, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde indirim yapma yetkisine sahiptir¹⁰. Burada, TMK m. 4 anlamında bir takdir yetkisi söz konusudur. TMK m. 4'e göre, "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*". Hükümden de anlaşıldığı gibi, hâkimin, takdir yetkisini, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak, yani, kanun hükmünün çizdiği sınır içinde, adil bir sonuca varacak şekilde kullanması gerekmektedir. Bu itibarla, hâkim, takdir yetkisini kullanırken tamamen serbest olmayıp, hükmün çizdiği sınırlarla, özellikle, hükmün amacıyla ve korumak istediği menfaat durumuyla bağlıdır. Ayrıca, hâkim, somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak, bunların hangisini ne yönde değerlendirdiğini gerekçeli bir biçimde belirtmek ve dayandığı bu hususların, verdiği hükmü, neden hukuka ve hakkaniyete uygun kıldığını göstermek zorundadır¹¹. Bu itibarla, hâkim, BK m. 44/I hükmünün amacını ve somut olayın tüm özelliklerini (tarafların zarara sebep

⁹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 85. Gerçekten, hâkime, takdir yetkisi tanınmış olduğu, ya hükmün sözünden ya hükümde kullanılan bazı ifadelerden (haklı sebepler, hakkaniyet, uygun miktar, gerekli önlemler, uygun zaman gibi) yahut hükmün yazılış biçiminden (yapabilir, hükmedebilir, edebilir gibi) anlaşılmaktadır (**Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, İstanbul 2009, s. 106; **Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 12. Bası, İstanbul 2005, s. 70; **Öztan**, s. 166; **Akıpek/Akıntürk**, s. 144.

¹⁰ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 84; **Nomer**, s. 64; **Kısagün**, Müterafık Kusur 1962, s. 11; **Göktürk**, s. 94-95.

¹¹ **Oğuzman/Barlas**, s. 72; **Öztan**, s. 167-168; **Dural/Sarı**, s. 107; **Akıpek/Akıntürk**, s. 145.

olmadaki kusurları, sorumlu kişinin munzam kusuru, zarara sebebiyet veren olayın tehlikelilik derecesi gibi) göz önünde bulundurmak suretiyle, tazminattan, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde indirim yapmalıdır. Ayrıca, hâkim, tazminata hükmettiği kararda, hangi sebebe dayanarak ve ne için tazminatta belli oranda indirim yaptığını belirtmek suretiyle, yaptığı indirimi gerekçelendirmelidir¹². Başka bir deyişle, hâkim, bir durumu veya şartı indirim sebebi saymakta dayandığı objektif hususları ve takdir nedenlerini göstermek ve tazminattan indirim kararının neden hakkaniyete uygun olduğunu belirtmek zorundadır. Zira, hâkimin takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadığı, üst yargı mercii olan Yargıtayın denetimine tabidir (HUMK m. 437/b.4). Bu bağlamda, Yargıtay, takdir yetkisinin, kanunun öngördüğü sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını, indirim hakkındaki kararın, BK m. 44/I hükmünün amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığını ve objektif ölçülere dayanıp dayanmadığını incelemektedir¹³.

Hâkimin, takdir yetkisini kullanırken, uzman bilirkişilerden görüş alması mümkündür. Ancak, o, bu görüşlerle bağlı olmayıp; serbestçe takdirde bulunmak durumundadır; takdir yetkisini, kısmen veya tamamen başka bir kişiye veya kuruma devredemez ya da bu anlama gelecek bir uygulamaya gidemez¹⁴. Bununla birlikte, hâkim, tarafların kusur dereceleri ile zarara sebebiyet vermedeki rollerini, özellikle

¹² Tiftik, Akit Dışı, s. 86; Nomer, s. 64, dn. 6; Öztan, s. 168; Oğuzman/Barlas, s. 72

¹³ Tiftik, Akit Dışı, s. 86, dn. 26; Öztan, s. 167-168; Oğuzman/Barlas, s. 72, dn. 94. Hâkimin takdir yetkisinin Yargıtayca denetlenmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Gürdoğan, Burhan, Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967, s.26 vd.

¹⁴ Oğuzman/Barlas, s. 73; Kısagün, Müterafık Kusur 1962, s. 11.

trafik ve iş kazaları ile hekimin kusurunun tespitine ilişkin olaylarda olmak üzere, bilirkişi marifetiyle tespit ettirmektedir¹⁵. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir¹⁶.

Hâkim, yukarıda belirtilen esaslara göre kullandığı takdir yetkisine dayanarak, tazminattan indirim yapılmasına karar verdiği takdirde, sorumlu kişinin, tazminat yükümlülüğünde belirli bir oranda (%20, %60 gibi) indirim yaparak, zararın ne kadarının sorumlu kişi tarafından karşılanacağını oransal olarak belirler. Bu bakımdan, hâkimin, sorumlu kişinin tazminat yükümlülüğünde %30 oranında indirim yapılmasına ilişkin kararı, zararın %30'unun, zarar görenin üzerinde kaldığı; %70'inin ise, sorumlu kişi tarafından karşılanması gerektiği anlamına gelir. Tazminat miktarı da, sorumlu kişiye düşen oranın, zarar miktarı ile çarpılması sonucunda bir defada bulunur. Yoksa, önce bir tazminat miktarı belirlenip, bundan bir indirim yapılması söz konusu değildir¹⁷.

Hâkim, BK m. 43/I uyarınca, tazminatın kapsamını tayin etmekle yükümlü olduğundan, somut olayda tazminattan indirim yapılmasını gerektiren bir sebebin bulunup bulunmadığını araştırıp, bu sebebi, tazminatın tayininde re'sen dikkate alabilir. Bu itibarla, hâkim, BK m. 44/I anlamında bir tazminattan indirim sebebi olan zarar görenin kusurunun da, somut olayda bulunup bulunmadığını araştırıp, zarar görenin kusurunu, tazminatın indiriminde re'sen dikkate alabilir. Bu bakımdan,

¹⁵ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 134; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Nomer**, s. 95; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 596.

¹⁶ “Müterafik kusurun takdiri hâkime aittir. Teknik mesailde bilirkişi tetkikatı caizdir”: Tem. M. HHU, 18.9.1957, 59/57 (**Kısagün**, Müterafik Kusur, 1962, s. 13).

¹⁷ **Nomer**, s. 67.

sorumlu kişinin, zarar görenin kusurunu ileri sürmesi, maddi hukuk açısından bir “*itiraz*” niteliğindedir^{18 19}.

II. Kusur Sorumluluğunda

Kusur sorumluluğunda, tazminattan yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde, zarar gören ile zarar verenin, zararın meydana gelmesindeki kusurları göz önünde bulundurulur. Başka bir deyişle, zarar gören ile zarar veren, zararın meydana gelmesinde hangi oranda kusurlu iseler, o oranda zarara katlanırlar. O hâlde, burada, zarar gören ile zarar verenin, zararın meydana gelmesinde sebep olan davranışları karşılaştırılarak, sorumluluk, tarafların kusurları oranında paylaştırılmaktadır. Burada, adeta bir kusur mukayesesı söz konusudur. Örneğın, zararın meydana gelmesinde, zarar görenin kusuru, 1/4; zarar verenin kusuru, 3/4 oranındaysa; zarar veren, tespit edilen zarar miktarının 3/4'ünü tazminat olarak ödeyecek; zararın 1/4'ü ise, zarar görenin üzerinde kalacaktır. Böylece, zarar gören, kusuru nedeniyle, uğradığı zararın 1/4'ünden mahrum olacaktır²⁰. Eğer her iki tarafın

¹⁸ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 134; **von Tuhr**, s. 101, dn. 18; **Arsebük**, s. 143, dn. 16; **Günel**, s. 210; **Gönensay**, s. 190.

¹⁹ Buna karşılık, Anglo-Amerikan, Avusturya ve Hollanda Hukukunda, zarar görenin kusurunun, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayacağı; ancak, davalı tarafından *def'i* olarak ileri sürülebileceğı kabul edilmektedir (**von Bar**, s. 544, dn. 254).

²⁰ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 135; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Nomer**, s. 94 vd.; **Feyzioğlu**, s. 145; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 322-323; **von Tuhr**, s. 101; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1531; **Arsebük**, s. 143; **Özdemir/Velidedeoğlu**, s. 115; **Funk**, s. 78; **Oser/Schönenberger**, s. 411; **Günel**, s. 210; **Gönensay**, s. 190; **Saymen/Elbir**, s. 507-508; **Olgaç**, I, s. 408; **Becker**, s. 271; **Deschenaux/Tercier**, s. 205-206. Alman uygulamasında, zarar görenin kusur oranının %10

kusuru birbirine eşitse (yani, her iki taraf da 1/2 oranında kusurlu ise), zarar gören, tazminatın yarısına hak kazanacaktır. Başka bir deyişle, hâkim, tazminat olarak, zarar görenin uğradığı zararın 1/2'sine hükmedecektir. Yoksa, bu durumda, karşılıklı kusurların birbirini götürmesi ve zarar gören lehine hiç tazminata hükmedilmemesi söz konusu olmayacaktır^{21 22}.

Zarar veren, zarar görene kasıtlı olarak zarar verdiği takdirde, zarar görenin hafif kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmaz. Zira, kasıtlı olarak verilen bir zararda, artık zarar görenin ihmali, zarar verenin bu kasıtlı fiili karşısında önem arz etmediği için, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılması da haklı görülemez. Bu bakımdan, evine hırsız giren bir kimsenin, evinin kapısını kilitlememiş olması veya penceresini açık bırakmış olması, tazminattan indirim yapılması sonucunu doğurmaz^{23 24}. Bunun gibi, otomobili çalınan bir

(1/10)'nun altında olduğu hâllerde, zarar görenin kusuru dikkate alınmayarak, tam tazminata hükmedilmektedir (**Oktay-Özdemir/Grassinger**, s. 1263).

²¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 135; **Eren**, Borçlar, s. 733; **Nomer**, s. 96; **Oser/Schönenberger**, s. 411.

²² Yargıtay da, zarar görenin ve sorumlu kişinin, 4/8 oranında kusurlu olduğu bir trafik kazasından doğan zararın tazminine ilişkin olarak verdiği bir kararda, zarar görenin de, 4/8 oranında kusurlu olduğunun saptanması nedeniyle, maddi tazminattan, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılması gerektiğine karar vermiştir: Y. 4. HD, 9.12.2004, 5824/14027 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²³ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 136; **von Bar**, s. 550, 554; **Magnus/Martin-Casals**, s. 62, 83, 214, 224-225; **Jones**, s. 618-619; **Weir**, s. 115; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 323; **Schwarz**, s. 145; **Feyzioğlu**, s. 535; **von Tuhr**, s. 101; **Tunçomağ**, s. 490; **Arsebük**, s. 143; **Göktürk**, s. 97; **Gönensay**, s. 190; **Olgaç**, I, s. 407-408; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1531.

²⁴ Buna karşılık, güvenlik tedbirlerinin alınmaması sonucunda hırsızın işinin kolaylaştırılması, sigortacıdan yahut evi veya işyerini korumakla yükümlü bir görevliden talep edilen tazminat

kimsenin, otomobilini kilitlememiş olması²⁵ ya da tecavüze uğrayan bir kimsenin, gece yarısında, evine, cadde üzerinden gitmek yerine, tehlikeli ve ıssız bir kestirme yoldan gitmeyi tercih etmesi de²⁶, tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmaz. Yine, zimmetine para geçiren bir müstahdemin ödeyeceği tazminattan, zarar görenin, denetim ve gözetim ödevini gereği gibi yerine getirmemekte kusurlu olduğu gerekçesiyle indirim yapılmaz²⁷. Aynı şekilde, zarar verenin, zarar göreni kasten hataya düşürdüğü, yani, onu aldattığı hâllerde de, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılmaz²⁸. Yargıtayın içtihadı da bu yöndedir²⁹. Buna karşılık,

bakımından indirim sebebi teşkil edebilir (**Tiftik**, Akit Dışı, s. 114, dn. 184). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında, zarar görenin, davalı gişe görevlisine, birkaç saat içinde, on üç bin lira hasılat sağlayan bir gişedeki paraların muhafazası için, kasa vermemesi ve gişenin bulunduğu yerde, hırsızlığa engel olacak tedbirleri almaması nedeniyle kusurlu olduğu sonucuna vararak, tazminattan indirim yapılmasına karar vermiştir: Y. HGK, 26.2.1969, E. 968/9-11, K. 144 (**Tunçomağ**, s. 489).

²⁵ **von Bar**, s. 550, dn. 287.

²⁶ **Magnus/Martin-Casals**, s. 224-225.

²⁷ **von Tuhr**, s. 101, dn. 20; **Günel**, s. 210. Buna karşılık, zimmetine para geçiren memurun kefilî, zarar gören alacaklıya karşı denetim ve gözetim eksikliğini ileri sürerek, tazminattan, BK m. 44/I uyarınca indirim yaptırabilir (**von Tuhr**, s. 101, dn. 20; **Günel**, s. 210.).

²⁸ **Burrows**, Andrew, “We Do This At Common Law But That In Equity”, Oxford Journals Of Legal Studies, Volume 22 (1), www.oxfordjournals. org (Erişim Tarihi: 4.12.2009), s. 10; **Jones**, s. 618-619; **Weir**, s. 115; **Magnus/Martin-Casals**, s. 62; **von Bar**, s. 550, 554.

²⁹ “...davacı, davalının, ABD nam ve hesabına müşterek savunma tesislerinde kullanılmak üzere çimento alımı yaptığını ve ibraz edilen muaafiyet belgesi uyarınca da KDV tahakkuk ettirilmediğini, oysa, sonradan, bu satımın, KDV’ye tabi olduğunun anlaşıldığını ve asıl KDV ile birlikte, gecikme faizi ve ayrıca kusur cezası ödemek zorunda kaldığını ileri sürerek...zararın tahsilini talep ve dava etmiş olup, hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda ise, ibraz edilen

kasıtlı fiil, zarar görenin, zarar vereni tahrik etmesi sonucunda gerçekleşmişse, tazminattan indirim yapılması mümkündür³⁰. Zarar verenin kastına karşılık, zarar görenin de kastının bulunması hâlinde ise, her iki tarafın aynı oranda kusurlu olduğu hâllerde olduğu gibi, tazminattan, %50 oranında indirim yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, kasıtlı olarak hareket eden zarar verenin tazminat yükümlülüğünün, zarar görenin ağır ihmali ve hatta, kastı bulunsa dahi, tamamen kaldırılması haklı görülemez³¹.

muafiyet belgesi ile, davacının yanıtıldığı kabul edilerek, davacının, ödemek zorunda kaldığı KDV ile buna ilişkin faiz miktarını talep etmekte haklı olduğu,...belirtilmiştir”: Y. 11. HD, 21.4.1998, E. 1997/10432, K. 1998/2630 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “Dava, alacağın, temerrüt faiziyle tahsili talebidir...banka çalışanın, imzalı boş tediye fişleri bulundurduğu ve ceza yargılamasına maruz kaldığı,..., davacıların, davalıya duydukları güven ve banka çalışanın telkinleri nedeniyle müterafık kusurlu olmadığı sonucuna varıldığı, tediye fişlerinin, 300 adet fon kısmı ile hisse senedi alınacağı yönünde telkin ve ikna edilmeleri sonucu davacılarca imzalandığı gerekçesiyle, davanın... kabulüne karar verilmiştir”: Y. 11. HD, 25.9.2006, E. 2005/8400, K. 2006/9219 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); “...vade tarihinden önce yapıldığı iddia edilen ödemenin, davacının elinde bulunan banka hesap cüzdanına işlenmediği gibi, bankacılık uygulaması gereği, ibraname de alınmadığı, ödeme fişinde de, davalı banka genelgelerine aykırı olarak tek imza bulunduğu, davacının, davalı banka çalışanın işlemlerinden şüpheye düşmemesinin, hayatın doğal akışına uygun olup müterafık kusur olarak kabul edilemeyeceği...gerekçesiyle, davanın...kabulüne...karar verilmiştir”: Y. 11. HD, 10.7.2006, E. 2005/7828, K. 2006/8162 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁰ Bkz. yukarıda § 4, I.

³¹ **Tiftik**, Akit Dışı, s. 136; **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 323. Gerçekten, Alman Hukukunda da, zarar verenin kastının, zarar görenin ağır kusurunun bile dikkate alınmaması sonucunu doğurabileceği belirtilmektedir (**Magnus/Martin-Casals**, s. 84).

III. Sebep Sorumluluğu Hâllerinde

Sebep sorumluluğu hâllerinde (olağan sebep sorumluluğunda ve tehlike sorumluluğunda), sorumluluk, sorumlu kişinin kusurundan bağımsız olarak doğduğu için, zararın, kusur sorumluluğunda olduğu gibi, zarar görenin ve sorumlu kişinin kusurları oranında paylaştırılması mümkün değildir. Bu itibarla, burada, zarar gören ile sorumlu kişinin kusur dereceleri değil; zarar görenin kusurunun ve sebep sorumluluğunu doğuran objektif olayın veya olgunun, zarara sebebiyet vermedeki payları karşılaştırılır. Yani, zararın meydana gelmesinde, hangi oranda objektif olayın, hangi oranda zarar görenin kusurunun etkili olduğu araştırılarak, zarar, tespit edilen bu zarara sebebiyet verme dereceleriyle orantılı olarak, zarar gören ile sorumlu kişi arasında paylaştırılır. Zarar görenin kusuru, zararın meydana gelmesine ne oranda sebebiyet vermişse, başka bir deyişle, zararın hangi oranda kısmî sebebi olmuşsa, tazminattan da, o oranda indirim yapılır³².

Tehlike sorumluluğunda, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim miktarı belirlenirken, tehlike sorumluluğuna esas oluşturan olgunun, tehlikelilik derecesi dikkate alınır. Yani, burada, zararın meydana gelmesindeki etkileri bakımından, zarar görenin kusuru ile karşılaştırılacak husus, tehlike sorumluluğuna esas oluşturan olgunun tehlikelilik derecesidir. Tehlike sorumluluğu, tazminattan yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde benimsenen yöntem itibariyle, diğer sorumluluk türlerinden farklı olmamakla birlikte, sorumluluk türlerinin en ağırını oluşturduğundan, bu hâlde, tazminattan, zarar görenin kusuru

³² **Tiftik**, Akit Dışı, s. 136-137; **Nomer**, s. 97; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **Deschenaux/Tercier**, s. 205-206; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1531.

nedeniyle yapılacak indirim miktarı, kusur ve olağan sebep sorumluluklarına nazaran daha az olmalıdır. Nitekim, tehlike sorumluluğunda, kusur ve olağan sebep sorumluluklarından farklı olarak, zarar görenin hafif ihmalinin, tazminattan indirim sebebi teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Yine, tehlike sorumluluğuna esas oluşturan olgunun, tehlikelilik derecesi, zararın meydana gelmesinde, zarar görenin kusuruna nazaran, önemli ölçüde ağır basıyorsa, tazminattan indirim yapılmayabilir. Buna karşılık, zararın meydana gelmesinde, zarar görenin kusuru, tehlike sorumluluğuna esas oluşturan olguya nazaran, daha ağır basıyorsa, tazminattan, zarar görenin kusuru oranında indirim yapılabilir. Tehlike sorumluluğunda, zarar görenin kusuru nedeniyle, BK m. 44/I uyarınca, tazminata hükmetmekten vazgeçilmesi, yani, zarar görenin, tazminat talebinin tamamen reddedilmesi de haklı görülmez. O hâlde, tehlike sorumluluğunda, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmemesi, ancak zarar görenin ağır kusurunun, illiyet bağıını kesmesi hâlinde söz konusu olabilir³³. Esasen, bu hâlde, sorumluluk, uygun illiyet bağı unsurunun eksikliği nedeniyle hiç kurulmadığı için, tazminat yükümlülüğü de doğmamaktadır. Yoksa, burada, BK m. 44/I uyarınca, zarar görenin tazminat talebinin reddedilmesi söz konusu değildir. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi³⁴, BK m. 44/I hükmü, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı hâller bakımından uygulanmaktadır.

Türk Hukukunda, motorlu araç işletenin sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunu'nda, işletme tehlikesine dayanan bir tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'nda, tazminattan, zarar görenin kusuru

³³ Tiftik, Akit Dışı, s. 138; Nomer, s. 99; Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1531.

³⁴ Bkz. yukarıda § 6, I.

nedeniyle indirim yapılması, özel bir hükümle düzenlenmiştir. Gerçekten, KTK m. 86/II'ye göre, “*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.*”. Burada, hâkime, zarar görenin, zararın (kazanın) doğmasına iştirak eden kişisel kusuru nedeniyle, tazminattan indirim yapma yetkisi tanınmaktadır. Zarar görenin kusuru nedeniyle, tazminattan, KTK m. 86/II uyarınca yapılacak indirim miktarı belirlenirken, hâkim tarafından, işletene ilişkin kusur ve işletme tehlikesi, zarar görenin kusuru ve varsa işletene ilişkin kusur (munzam kusur) göz önünde bulundurulur. Yani, hâkim, zarar görenin kusuru ile işletme tehlikesini ve varsa işletenin (munzam) kusurunu birlikte değerlendirerek, bunların, kazanın oluşmasındaki paylarını belirler ve buna göre, tazminattan indirim yapar. Zarar görenin kusurunun, kazayı doğuran bu etkenler içindeki payı ne kadar büyükse, indirim oranı da, o ölçüde büyük olur. Bununla birlikte, KTK m. 86/II uyarınca, hâkim, BK m. 44/I'den farklı olarak, sadece tazminattan indirim yapabilme yetkisine sahip olup; tazminat talebini reddetme yetkisine sahip değildir³⁵.

Yukarıda belirttiğimiz sebep sorumluluğu hâllerinde, zararın meydana gelmesinde, ayrıca, sorumlu kişinin de kusuru varsa, “*munzam (ek) kusur*” olarak adlandırılan bu kusur da, tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Bu bağlamda, sorumlu kişinin munzam kusuru, zarar görenin kusurunun, zarara sebebiyet vermedeki payını azaltır. Örneğin; sebep sorumluluğunu gerektiren bir olay sonucunda meydana gelen zararda, zarar görenin kusuru, 1/2 oranındaysa,

³⁵ Bu konuyu daha önce incelediğimizden, burada, konuya sadece değinmekle yetiniyoruz. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda § 3, III, A.

tazminattan 1/2 oranında indirim yapılır. Buna karşılık, aynı olayda, sorumlu kişinin munzam kusuru da söz konusuysa, tazminattan 1/3 oranında indirim yapılması gerekir. Zira, burada, zararın meydana gelmesine üç husus sebep olduğundan, zarar da bu üç husus arasında paylaştırılacaktır. Bunlar, sebep sorumluluğunu gerektiren olay, zarar görenin kusuru ve sorumlu kişinin munzam kusurudur. Yukarıda verdiğimiz örneklerde görüldüğü üzere, zarar görenin kusurunun zarara sebebiyet vermedeki payı, sorumlu kişinin munzam kusuru oranında azalmaktadır. Yani, sorumlu kişinin munzam kusuru, derecesine göre, zarar görenin kusurunu, kısmen veya tamamen etkisiz hâle getirmektedir. Buna göre, sorumlu kişinin munzam kusuru, zarar görenin kusurundan daha ağır veya ona eşitse, zarar görenin kusurunu etkisiz kıldığı için, tazminattan, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılmaz ve zarar gören, tam tazminat alır. Bunun gerekçesi ise, sebep sorumluluklarında, sorumlu kişi, kusursuz olsa da, sorumlu tutulacağından, onun ayrıca kusurlu bulunmasının, daha fazla (munzam kusuru oranında) kınanmasını gerektirmesidir³⁶.

³⁶ **Eren**, Borçlar, s. 676, 733; **Tiftik**, Akit Dışı, s. 139-140; **Yılmaz**, Hamdi, s. 29; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, s. 1531-1532; **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 324; **Tiftik**, Tehlike, 44-45; **Oktay-Özdemir/Grassinger**, s. 1263.

SONUÇ

İncelememizde vardığımız belli başlı sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Kusur, ancak hukuka aykırı bir davranışı ile zarara sebep olan kişi hakkında yürütülen bir değer yargısı olduğuna ve bir kimsenin, kendisine zarar verici bir davranışta bulunması, hukuka aykırı olarak kabul edilmediğine göre, uygulamada ve doktrinde yerleşmiş bulunan zarar görenin kusuru deyimi, teknik anlamda kusuru ifade etmemektedir. Zira, teknik anlamda kusur, bir kişinin, başkasına zarar veren, hukuk düzenince kınanan davranışının bir niteliğidir. Hâlbuki, zarar görenin kusurunda, bir kişinin, başkasına değil, kendi kendisine zarar veren bir davranışı söz konusudur. Bu itibarla, zarar görenin kusuru, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzı olarak tanımlanabilir.
2. Zarar görenin kusuru, hukukî niteliği itibariyle, “hukukî bir yükümlülük” değil; “kûlfet”tir. Zira, bir kimsenin, kendisini zarardan korumasını gerektiren hukukî bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.
3. Zarar görenin kusuru, BK m. 44/I’ın en önemli uygulanma durumunu oluşturmakta olup; bu hüküm, yalnız haksız fiil sorumluluğunda değil, BK m. 98/II uyarınca, sözleşmeden doğan sorumluluk da dahil olmak üzere, Borçlar Kanunu’nda yer alan diğer sorumluluk türlerinde de uygulanır. Hatta, sadece

Borçlar Kanunu'nda yer alan sorumluluk türlerinde değil, aksine bir hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen tüm sorumluluk türlerinde de uygulanabilir. Yine, bu hüküm, sadece kusur sorumluluğunda değil, sebep sorumluluğunda da göz önünde bulundurulacağı gibi, yalnız maddi tazminata hükmedilirken değil; manevî tazminata hükmedilirken de göz önünde bulundurulur. Bu itibarla, BK m. 44/I hükmünün çok geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır.

4. BK m. 44/I uyarınca zarar görene kusur olarak isnat edilen iki hâl bulunmaktadır. Bunlardan ilki, zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesidir. BK m. 44/I anlamında, zarar görenin zararın doğmasına yardım etmesinden söz edilebilmesi için, zarar görenin, ya davranışıyla, zararın doğmasını kolaylaştırmış olması ya da karşı tarafın fiilinin, zarar verici sonuçlarını önleyecek tedbirleri almamış olması gerekmektedir.
5. BK m. 44/I uyarınca zarar görene kusur olarak isnat edilen hâllerden ikincisi, zarar görenin, zararın artmasına sebep olmasıdır. Gerçekten, BK m. 44/I'de, zarar görenin, yalnız zararın doğmasına yardım etmesi değil; doğmuş olan zararın artmasına sebep olması da kendisine kusur olarak isnat edilmektedir. Burada, zarar, failin haksız bir fiili sonucunda meydana gelmesine karşın, zarar görenin, bu fiilin işlenmesinden sonra gerekli tedbirleri almaması nedeniyle artmaktadır. Yani, zarar gören, zararın doğmasına katkıda bulunmamakla birlikte, zararın azalmasını sağlayacak ya da artmasını önleyecek tedbirleri almayarak, doğmuş olan zararın artmasına sebep olmaktadır. Zarar görenin, çalışma gücünü azaltan bedensel zararlarda, haklı bir sebep olmaksızın, zararı azaltacak bir ameliyata

veya tedaviye rıza göstermemesi ya da meslek değiştirmekten kaçınması, zararın artmasına sebep olduğu hâllere örnek olarak verilebilir.

6. Zarar görenin, zararın azalması ya da artmaması için hangi tedbirleri almasının gerektiği, başka bir deyişle, hangi tedbirleri almadığı takdirde kusurlu sayılacağı, dürüstlük kuralına (TMK m. 2) göre belirlenir. Bu bağlamda, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati için alması gereken tedbirler ölçüt olarak alınır. Başka bir deyişle, zarar görenden, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, tazminat beklentisi olmasaydı, uğradığı zararın azalması veya artmaması için alacak olduğu tedbirleri alması, gösterecek olduğu çabayı göstermesi beklenmektedir. Bununla birlikte, zarar gören, önemli bir masrafı gerektiren veya kendisi için tehlike arz eden, yani, hayatını ya da sağlığını tehlikeye sokan tedbirleri almak durumunda değildir.
7. Zarar görenin, zararın azalmasını sağlamak veya artmasını önlemek için alacağı makul tedbirlerin masrafları, zarar verenin sorumlu olduğu fiil veya olayların dolaylı bir sonucu sayıldığı ve zararın bir unsurunu oluşturduğu için, zarar verene aittir. Zarar görenin aldığı bu tedbirlerin, zararı azaltmada veya zararın artmasını önlemede yetersiz ya da etkisiz olduğu fiilen ortaya çıksa yahut bu tedbirler, zararın daha fazla artmasına sebep olsa dahi, zarar veren, bu tedbirler için yapılan masrafları ödemek durumundadır.
8. Zarar görene kusur olarak isnat edilememekle birlikte, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim yapılması sonucu doğuran bazı hâller de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, zarar görenin zarara razı olmasıdır. BK m. 44/I anlamında tazminattan indirim sebebi olan rızadan kasıt, *zarar görenin, hukuka aykırılığa*

engel olmayan rızasıdır. Zira, zarar görenin, hukuka aykırılığa engel olan rızası, hukukî korumayı ortadan kaldırarak, zarar vereni sorumluluktan kurtarır. Sorumluluk kurulmadığı için, tazminat yükümlülüğü de söz konusu olmayacağından, tazminattan indirim sorunu ile de karşılaşılmaz. Buna karşılık, zarar görenin rızasının, hukuka aykırılığı engellemediği hâllerde, sorumluluk için aranan illiyet bağı ve zarar gibi diğer unsurların da bulunması şartıyla, zarar verenin, sorumluluğu ve dolayısıyla, tazminat yükümlülüğü devam eder; ancak, tazminattan, zarar görenin rızası nedeniyle indirim yapılır (BK m. 44/I).

9. Zarar görene kusur olarak isnat edilememekle birlikte, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim yapılması sonucu doğuran hâllerden ikincisi, zarar görenin zarar tehlikesini göze almasıdır. Zarar gören, davranışı sonucunda zarara uğrayabileceğini bilmesine veya bilebilecek durumda olmasına rağmen, o davranışı yapmaktan vazgeçmemişse, başka bir deyişle, zarar tehlikesinden kaçınması mümkün olmasına rağmen, bunu yapmayıp kendisini bu tehlikeye atmışsa, zarar tehlikesini göze almış demektir.

10. Zarar görenin kusuru olgusuna bağlanan hukukî sonuçlar, BK m. 44/I hükmünde belirtilmiştir. BK m. 44/I'e göre, zarar görenin kusuru hâlinde, hâkim, tazminattan indirim yapma ya da tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminata hükmetmekten vazgeçilmesi, ancak istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır. Yani, zarar görenin kusuru hâlinde, kural, tazminattan indirim yapılması; istisna ise, hiç tazminata hükmedilmemesidir. Yargıtay da, BK m. 44/I uyarınca

tazminata hükmetmekten vazgeçilmesinin, ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmektedir.

11. Hâkim, BK m. 44/I uyarınca kendisine tanınan yetkileri kullanırken, TMK m. 4 anlamında takdir yetkisine sahiptir. Hâkim, takdir yetkisine dayanarak, tazminattan indirim yapıp yapılmayacağını, yapılacaksa, hangi oranda yapılacağını, hukuka ve hakkaniyete uygun olarak serbestçe tayin eder. Bu cümleden olarak, hâkim, zarar görenin kusurunun, somut olayda bulunup bulunmadığını araştırıp, bu hususu, tazminatın indiriminde re'sen dikkate alabilir.
12. Kusur sorumluluğunda, tazminattan yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde, zarar gören ile zarar verenin, zararın meydana gelmesindeki kusurları göz önünde bulundurulur. Başka bir deyişle, zarar gören ile zarar veren, zararın meydana gelmesinde hangi oranda kusurlu iseler, o oranda zarara katlanırlar.
13. Buna karşılık, sebep sorumluluklarında, zarar gören ile sorumlu kişinin kusur dereceleri değil; zarar görenin kusurunun ve sebep sorumluluğunu doğuran objektif olayın veya olgunun, zarara sebebiyet vermedeki payları karşılaştırılır. Yani, zararın meydana gelmesinde, hangi oranda objektif olayın, hangi oranda zarar görenin kusurunun etkili olduğu araştırılarak, zarar, tespit edilen bu zarara sebebiyet verme dereceleriyle orantılı olarak, zarar gören ile sorumlu kişi arasında paylaşılır. Zarar görenin kusuru, zararın meydana gelmesine ne oranda sebebiyet vermişse, başka bir deyişle, zararın hangi oranda kısmî sebebi olmuşsa, tazminattan da, o oranda indirim yapılır.

14. Sebep sorumluluğu hâllerinde, zararın meydana gelmesinde, ayrıca, sorumlu kişinin de kusuru varsa, “*munzam (ek) kusur*” olarak adlandırılan bu kusur da tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Bu bağlamda, sorumlu kişinin munzam kusuru, zarar görenin kusurunun, zarara sebebiyet vermedeki payını azaltır, yani, derecesine göre, zarar görenin kusurunu, kısmen veya tamamen etkisiz hâle getirir.

ÖZET

Zarar görenin kusuru, normal, makul ve orta zekâlı bir insanın, kendi menfaati gereği, zarara uğramamak için kaçınacağı veya kaçınması gereken davranış tarzı olarak tanımlanmaktadır.

Zarar görenin kusuru, BK m. 44/I'nin en önemli uygulanma durumunu oluşturmakta olup; bu hüküm, haksız fiil sorumluluğunun yanı sıra BK m. 98/II uyarınca, sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanır. Ayrıca, sadece Borçlar Kanunu'nda yer alan sorumluluk türlerinde değil, aksine bir hüküm bulunmadıkça, özel kanunlarla düzenlenen tüm sorumluluk türlerinde de uygulanabilir. Yine, bu hüküm, kusur sorumluluğu ile birlikte sebep sorumluluğunda da göz önünde bulundurulacağı gibi, hem maddi hem manevî tazminata hükmedilirken de göz önünde bulundurulur. Bu itibarla, BK m. 44/I hükmünün çok geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır.

BK m. 44/I uyarınca zarar görene kusur olarak isnat edilen iki hâl bulunmaktadır. Bunlar; zarar görenin, zararın doğmasına yardım etmesi ve zararın artmasına sebep olmasıdır. Zarar görene kusur olarak isnat edilememekle birlikte, BK m. 44/I uyarınca tazminattan indirim yapılması sonucunu doğuran bazı hâller de bulunmaktadır. Bunlar zarar görenin, zarara razı olması ve zarar tehlikesini göze almasıdır.

BK m. 44/I'e göre, zarar görenin kusuru hâlinde, hâkim, tazminattan indirim yapma ya da tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminata hükmetmekten vazgeçilmesi, ancak istisnai durumlarda söz konusu olmaktadır.

ABSTRACT

Contributory negligence is the negligence of plaintiff who fails to take necessary measures which a normal, reasonable and prudent person would take in order to avoid or mitigate damage. It is also defined as the disregard of one's own safety or interests.

Contributory negligence is settled in Turkish Code of Obligation Art. 44/I, which has a wide range of scope of application. Namely this provision could be applied not only in tort liability but also in contractual liability. Moreover said provision could also be applied in defect liability, strict liability and determination of pecuniary and non-pecuniary damages.

Personal misconduct during the injury and the violation of the duty to mitigate damage are the two concepts which constitute contributory negligence. Consent and voluntary assumption of risk are taken into consideration in reduction of compensation although these concepts do not typically constitute contributory negligence.

According to Turkish Code of Obligation Art. 44/1, in case of contributory negligence, judge has either the power of reduction of compensation or the power of dismissal of claim for compensation. However judge's power regarding dismissal of claim for compensation could only be used in exceptional cases.

KAYNAKÇA *

ABİK, Yıldız: “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı: İyileşme Şansının Kaybı”, AÜHFD 2005, C. : 54, S. : 3, s. 241-287.

ADAY, Nejat: Özel Hukukta Yüklenti Kavramı Ve Sonuçları, İstanbul 2000.

AKIN, Levent: İş Hukukunda Hâkimin Manevî Tazminatı Takdir Yetkisi ve BK m. 43-44 Uygulamaları, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantı Notları (06-07.06.2008), İstanbul 2009.

AKİPEK, Jale G./ **AKINTÜRK**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilip Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış 6. Bası, İstanbul 2007.

ALDER, John: “Dissents in Courts Of Last Resort: Tragic Choices”, Oxford Journal Of Legal Studies, Volume 20, Nr.:2 (2000), s.221-246, <http://ojls.oxfordjournals.org/> (Erişim Tarihi: 4.12.2009).

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara 2007.

ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ARSEBÜK, Esat: Borçlar Hukuku, Birinci Cilt ve İkinci Cilt, Üçüncü Basım, Ankara 1950.

ATAAY, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Beşinci Basım, İstanbul 1995.

ATASAYAN, Tacettin: Borçlar Hukuku Sahasında Sistematik Temyiz Neşriyatı, İstanbul 1956.

AYBAY, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Bölüm, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 11. Bası, İstanbul 1995.

AZAKLI, Murat: Akit Dışı Sorumlulukta Eşyaya İlişkin Zararların Tazmini, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2002.

BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2004.

BATTAL, Ahmet: Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001.

BECKER, H.: İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler, Fasikül II, (İsviçre BK 37/63, Türk BK 37/62), Çeviren: Kemal Reisoğlu, Ankara 1968.

BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Genel Hükümleri, Dördüncü Bası, İstanbul 1967.

BURCUOĞLU, Hâluk: “Borçlar Kanunu Tasarısının Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu (28 Nisan 2006), Ali Çivi (Editör), İstanbul 2007, s.87 vd.

BURROWS, Andrew: “We Do This At Common Law But That In Equity”, Oxford Journals Of Legal Studies, Volume 22 (1), www.oxfordjournals.org (Erişim Tarihi: 4.12.2009), s. 1-16.

ÇEKER, Mustafa: İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluluğu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Münasebetiyle, <http://dergi.adanabarusu.org.tr/0102032007/> (Erişim Tarihi: 20.6.2009).

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbî Müdahâleye Rıza, İstanbul 1993.

DAM, Cees Van: European Tort Law, New York 2006.

DAVIS, Timothy /**MATHEWSON**, Alfred D./**SHROPSHIRE**, Kenneth L.: Sports And The Law, A Modern Anthology, Durham, North Carolina 1999.

DESCHENAUX, Henri /**TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çeviren: Salim Özdemir, Ankara 1983.

DONATSCH, Andreas: “Sporcunun Cezai Korunmasına İlişkin Düşünceler”, (Çeviren: Sevim Gezici), Spor ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL), Ankara 2004, s. 113-141.

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan /GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2010.

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2009.

DURAL, Mustafa /SARI, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, 4. Baskı, İstanbul 2009.

EPSTEIN, Adam: Sports Law, New York 2003.

ERDEM, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Ankara 1987.

ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul 2010 (Kısaltması: Eren, Borçlar).

EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Kısaltması: Eren, İlliyet).

ERTAŞ, Şeref: “Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlelerinden Doğan Hukukî Sorumluluk”, Spor Hukuku Dersleri, (Editör: Av. Kısmet Erkiner), İstanbul 2007, s. 237-262.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt-1, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976.

FUNK, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, (Çevirenler: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Cemal Hakkı Selek), İstanbul 1938.

GOODHART, A. L.: “Rescue and Voluntary Assumption of Risk”, The Cambridge Law Journal, Vol. 5, Issue 02, Jul.1934.

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Borçlar Hukuku, Ankara 1946.

GÖNENSAY, Samim A.: Borçlar Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 1948.

GÜLEÇ (UÇAKHAN), Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 5. Bası, Ankara 2008.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.

GÜNAL, H. Yılmaz: “Müterafik Kusur”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. : 16, S. : 1, 1961, s. 208-220.

GÜRDOĞAN, Burhan: Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967.

GÜRKANLAR, Metin: Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50), Ankara 1982.

GÜVEN, Diler Tamer: “Compensatio Culparum- Roma Hukukunda Birlikte Kusur”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl: 17-18, S. : 1-2, İstanbul 2000, s.251-259.

GÜVEN, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara 2000.

GÜZEL, Ali /**OKUR**, Ali Rıza /**CANİKLİOĞLU**, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5510 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış 12. Bası, İstanbul 2009.

HATEMİ, Hüseyin: Gerçek Kişiler Hukuku, Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2005.

HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.

HEUSTON, R. F. V./ **BUCKLEY**, R. A.: Salmond and Heuston on the Law of Torts, Twenty-First Edition, London 1996.

İNAN, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

İNCEOĞLU, Sibel: Ölme Hakkı, İstanbul 1999.

İYİMAYA, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1995.

JAMES, Fleming: “Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation”, The Yale Law Journal, Vol.: 78, Nbr.: 2, December 1968.

JONES, Michael A.: Textbook On Torts, Eighth Edition, New York 2002.

KAÇAK, Nazif: Emsal İçtihatlarla Borçlar Kanunu, Ankara 2002.

KALYONCU, Ayhan: “Alkol Hakkında Bilmedikleriniz”, (Erişim Tarihi: 03.05.2010),http://www.ayhankalyoncu.com/index.php?option=com_content&view=article&id=54:alkol-hakkinda-blmedklernz&catid=47:bamlk&Itemid=59.

KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007 (Kısaltması: Kaneti, Hukuka Aykırılık).

KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları I (1955-1964), Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968 (Kısaltması: Kaneti I).

KANETİ, Selim: İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları II (1955-1964), Özel Borç İlişkileri, Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması, Ankara 1968 (Kısaltması: Kaneti II).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Maddi Tazminat, Öğreti, Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş Altıncı Baskı, İstanbul 2001 (Kısaltması: Karahasan, Maddi Tazminat).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku, Manevî Tazminat, Öğreti, Yargıtay Kararları, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Baskı, İstanbul 2001 (Kısaltması: Karahasan, Manevî Tazminat).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, Birinci Cilt, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul 2003 (Kısaltması: Karahasan, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti, Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, İkinci Cilt, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, İstanbul 2003 (Kısaltması: Karahasan, Borçlar Hukuku, İkinci Cilt).

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Yeni Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2002 (Kısaltması: Karahasan, Eşya Hukuku).

KAYIHAN, Şaban: “Alman ve Türk Özel Sigorta Hukukunda Sigorta Ettirenin Kurtarma Ödevi”, AÜEHFD, Yıl: 2005, C. : IX, S. : 1-2, s. 513-541.

KIDNER, Richard: Casebook On Torts, Eighth Edition, New York 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007 (Kısaltması: Kılıçoğlu, Ahmet).

KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku, Cilt: 1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 2002 (Kısaltması: Kılıçoğlu, Mustafa).

KISAGÜN, Adli: “Müterafik Kusur”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 19 (1962), S. : 1, s. 9-13 (Kısaltması: Kısagün, Müterafik Kusur 1962).

KISAGÜN, Adli: “Müterafik Kusur”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:18 (1961), S. : 4, s. 9-14 (Kısaltması: Müterafik Kusur 1961).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, İstanbul 2008 (Kısaltması: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Birinci Cilt).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Gözden Geçirilip Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998 (Kısaltması: Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi/Serozan/Arpacı, İkinci Cilt).

KORKUSUZ, Refik /UĞUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ankara 2009.

MAGNUS, Ulrich /MARTIN-CASALS, Miquel: Unification Of Tort Law, Contributory Negligence, The Hague 2004.

MARKESINIS, Basil S. /LORENZ, W. /DANNEMANN, G.: Markesinis The German Law of Obligations, Volume I, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction, New York 2001.

MARKESINIS, Basil S. /UNBERATH, Hannes: The German Law Of Torts: A Comparative Treatise, Fourth Edition, Portland 2002.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008.

NOMER, Hâluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OFTINGER, Karl /JEANPRETRE, Raymond: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Çeviren: Kemal Dayınlı, Ankara 1990.

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2006 (Kısaltması: Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, Eşya Hukuku).

OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 9. Bası, İstanbul 2009 (Kısaltması: Oğuzman/Seliçi/Özdemir-Oktay, Kişiler Hukuku).

OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 12. Bası, İstanbul 2005.

OĞUZMAN, M. Kemal /ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, İstanbul 2009.

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe/ GRASSINGER, Gülçin Elçin: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Ölen Mağdurun (Destek Olanın) Müterafik Kusurunun Kusursuz Sorumluluk Hâllerinde De Dikkate Alınması”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. : 2, İstanbul 2009, s. 1248-1267.

OLGAÇ, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, İkinci Baskı, İstanbul 1969 (Kısaltması: Olgaç, II).

OLGAÇ, Senai: Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu ve İlgili Hususi Kanunlar, Cilt I, İstanbul 1959 (Kısaltması: Olgaç, I).

OSER, H. /SCHÖNENBERGER, W.: Borçlar Hukuku, İkinci Kısım (Madde 41-109), Çeviren: Recai Seçkin, Ankara 1950.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, AÜHFD, Yıl: 2003, C.: 52, S.: 3, s. 55-77.

ÖNEN, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999.

ÖZKARA, Erdem: Ötenazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Ankara 2001.

ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 19. Bası, Ankara 2005.

RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Medenî Kanun da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Yirminci Bası, İstanbul 2008.

ROBINETTE, Christopher J./ **SHERLAND**, Paul G., “Contributory or Comparative : Which Is The Optimal Negligence Rule?”, Northern Illinois University Law Review, Volume 24, 2003, www.heinonline.org (Erişim Tarihi: 10.04.2008), s. 41-61.

ROGERS, W. V. H.: Winfield and Jolowicz On Tort, Sixteenth Edition, London 2002.

SARIAL, Enis: Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986.

SAYMEN, Ferit H. /**ELBİR**, Hâlid K.: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

SAYMEN, Ferit H. /**KÖPRÜLÜ**, Bülent: Medenî Hukuk Dersleri, Cilt II, Borçlar Hukuku, İstanbul 1965.

SCHWARZ, Andreas B.: Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, (Çeviren: Bülent Davran) , Ankara 1948.

SOMER, Pervin: Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı, 2. Bası, İstanbul 2008.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008.

ŞENOCAK, Kemal: “Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)”, AÜHFD, Yıl: 1995, C. : 44, S. : 1-4, s. 365-424 (Kısaltması: Şenocak, Kemal).

ŞENOCAK, Zariife: “Küçüğün Tıbbî Müdahâleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. : 2001, C. : 50, S. : 4 (Kısaltması: Şenocak, Zariife).

TAHİROĞLU, Bülent /**ERDOĞMUŞ**, Belgin: Roma Hukuku Meseleleri, Dördüncü Basım, İstanbul 2005.

TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.

TANDOĞAN, Hâlûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basımdan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008 (Kısaltması: Tandoğan, Özel Borç İlişkileri).

TANDOĞAN, Hâluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltması: Tandoğan, Kusura Dayanmayan).

TANDOĞAN, Hâluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961 (Kısaltması: Tandoğan, Mes'uliyet).

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş İlaveli 6. Bası, İstanbul 1992.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.

TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994 (Kısaltması: Tiftik, Akit Dışı).

TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2005 (Kısaltması: Tiftik, Tehlike).

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, 1. Cilt, Genel Hükümler, Üzerinde Çalışılmış ve Geliştirilmiş 6. Bası, İstanbul 1976.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999.

UYAR, Talih: Türk Medenî Kanunu, Eşya Hukuku (MK 683-1030), Cilt III, Ankara 2003.

UYGUR, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt (Madde 41-50), Ankara 2003.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet /**ÖZDEMİR**, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel- Özel), Ankara 1987.

von BAR, Christian: The Common European Law of Torts, Volume Two, Oxford 2000.

von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Cilt: 1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983.

WEIR, Tony: Tort Law, New York 2002.

WHEAT, Kay: “The Law’s Treatment of the Suicidal”, The Oxford Medical Law Review, Nr.: 8, Summer 2000, s.182-209.

WONG, Glenn M.: Essentials Of Sports Law, Third Edition, Westport, Connecticut 2002.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Baskı’dan Tıpkı 8. Baskı, İstanbul 2009.

YILMAZ, Hamdi: Karayolları Trafik Kanunu Bakımından Zararın Paylaştırılması, Ankara 1995 (Kısaltması: Yılmaz, Hamdi).

YILMAZ, Mehmet: Zarar Görenin (Mağdurun) Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995 (Kısaltması: Yılmaz, Mehmet).

ZEVLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 10. Bası, Ankara 2008.