

KUSURUN MAHİYETİNİN KUSUR İLKESİNE ETKİSİ*

ÖZET

Haksız fiillerde kusur ilkesini en temelden etkileyen husus kusur unsurunun ne olduğu yani onun mahiyetidir. Kusurun tanımında onun irade veya davranış tarzı olduğu hususunda doktrinde derin bir ihtilaf bulunmaktadır. Kusurun tanımındaki ihtilaf, kusur sorumluluğunda farklı teorilere temel teşkil etmekte böylece kusur ilkesinin sonuçlarını önemli derecede etkilemektedir. Makalede kusurun tanımıyla bu farklı teoriler arasındaki teknik bağlantıların neler olduğu ve kusur ilkesini nasıl etkilediği incelenecektir. Ayrıca irade ve davranış tarzı kavramları sorumluluk hukukunun en temel kavramlarından oldukları için genel olarak haksız fiil sorumluluğuyla özellikle davranış unsuru ve kusursuz sorumluluk esaslarıyla olan bağlantıları yoluyla da kusur ilkesini nasıl etkilediklerinin teorik boyutu ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Kusur, Kusur İlkesi, İrade, Davranış

* Bu makale Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale Üniversitesi Senatosunun 14.06.2019 tarihli ve 16/02 sayılı kararına istinaden çıkartılan yönergenin 40/c maddesinde belirtilen tez savunmasına girebilmek için “...tez konusu ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması” şartına istinaden hazırlanmıştır. Doktora tezinin konusu Türk Borçlar Hukukunda haksız fiillerde kusur ilkesinin değerlendirilmesi hakkındadır.

THE AFFECT OF NATURE OF FAULT TO FAULT PRINCIPLE

ABSTRACT

The most fundamental matter that affects the fault principle is the nature of fault element. There is a profound disagreement in the doctrine that the definition of the fault is its will or behavior. The controversy in defining the fault is the basis for different theories of fault liability. Thus this condition significantly affects the results of the fault principle. In this article, the technical connections between the definition of fault and these different theories and how is it affect the fault principle will be examined. In addition, since the concepts of will and behavior are the most basic concepts of the law of responsibility; it will be presented theoretical aspect of how they affect fault principle by the connection of them with the behavior element and basis of strict liability.

Key Words:

Tort, Fault, Fault Principle, Will, Act.

GİRİŞ

Haksız fiil kendisini oluşturan davranış, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarından oluşur. Bu unsurların teorik boyutu oldukça önemlidir. Dolayısıyla doktrinde bu kavramlar üzerinde fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Ayrıca birbirleriyle yoğun irtibatları bulunan bu unsurların teorik ve soyut mahiyetleri gereği sınırları ve kapsamaları tam olarak belirli olmadığı için bunlar bazen birbirlerine çok yakınlaşmakta

bazen de birbirlerine karışmaktadırlar. Bu sebeplerle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir ilke değerlendirmesi oldukça teoriktir ve soyuttur. Ayrıca bu kavramlara ve bunların birbirleriyle teknik bağlantılarına da vâkıf olmayı gerektirir. Makalede bu unsurlardan sadece kusurun mahiyetine ilişkin yapılan tanımların kusur ilkesine olan etkisine ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirmede kusura ilişkin bu tanımların kusur kavramına etkileri yoluyla kusur ilkesini nasıl etkilediğini araştırılacaktır. Ayrıca kusura ilişkin bu tanımlamaların kusur ilkesiyle ayrılmaz bir ilişki içinde olan davranış unsuruyla bağlantısı da konu çerçevesinde ele alınacaktır.

Haksız fiillerde kusur ilkesine bağlı sorumluluk anlayışı kusur sorumluluğunu gündeme getirir. Kusur sorumluluğunda, kusur sorumluluğun en önemli unsurudur. Kusurun ne olduğuna ilişkin yapılan tanımlar ile aslında kusur sorumluluğunun kapsamı belirlenmektedir.

Gerçekten kusurun mahiyetine ilişkin kusurun irade mi yoksa bir davranış tarzı mı olduğu hususunda doktrinde yer alan görüşler sorumluluk hukukuna ilişkin yeni teorilerin ortaya çıkmasına sebep olmuş; böylece kusur sorumluluğunun doğurduğu sonuçlara da önemli derecede etki etmiştir. Kusuru irade olarak kabul eden görüş subjektif kusur teorisini doğurmuş ve kusur ilkesini güçlendirmiştir. Buna karşılık kusuru davranış tarzı olarak açıklayan görüş ise objektif kusur teorisini ortaya çıkarmış ve kusur ilkesini sebebiyet ilkesine doğru yaklaştırmaya başlamıştır. Kusurun mahiyetine ilişkin bir tanımlamanın ne için ve sorumluluk hukukuna dair hangi teknik bağlantılar sebebiyle kusur ilkesini bu denli etkilediğinin ve onu sebebiyet ilkesine yaklaştırdığının ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Kusurun mahiyetine ilişkin yapılan tanımlarda kendisine yer bulan irade ve davranış tarzı kavramları aslında sorumluluk hukukunun her aşamasında belirli suretlerde kendisine yer bulmaktadır. Doğrusu sorumluluk hukukunun en temel taşlarından ikisi de bunlardır. Gerçekten kusur ilkesinin en yumuşak hali âdeta irade kavramı üzerine oturtulmuşken kusursuz sorumluluğa doğru davranış kavramı ağırlık kazanmaya başlamaktadır. Sert sebebiyet ilkesinde ise her ikisi de ortadan kalkmaktadır. Bu durum sadece kusur unsuru bakımından değildir. Sorumluluk hukukunu oluşturan diğer unsurların bu kavramlarla ilişkileri bakımından benzer bir durum söz konusudur. Makale de kusurun mahiyetine ilişkin tanımlarda kullanılan irade ve davranış tarzı kavramlarının kusur kavramına olan etkileri yönüyle değil genel olarak sorumluluk hukukuyla bağlantısı da irdelenecektir. İrade ve davranış tarzı kavramlarının kusur haricinde sorumluluk hukukuyla inceleme konumuz çerçevesindeki genel bağlantısı ise davranış unsurunda ve kısmen kusursuz sorumluluk esaslarında ortaya çıkmaktadır.

Tüm bunlara binaen makalede kusura ilişkin tanımlarda kullanılan irade ve davranış tarzı kavramlarının kusur ve davranış unsurlarına tesiri yoluyla, kusur ilkesini nasıl etkilediği incelenecektir. Ayrıca haksız fiildeki davranış unsuru ve kusursuz sorumluluk esasları kusur ilkesiyle kuvvetli bağlantılarına istinaden bu inceleme kapsamına alınmıştır.

I. Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusura İlişkin Tanımlar

Kusur kavramı lafız olarak genel haksız fiil düzenlemesi olan TBK m.49' da geçtiği halde, bunun tanımına yer verilmemiştir¹. Kusurun tanımına ilişkin bir bilgi kanunun gerekçesinde de bulunmamakta ancak kast ve ihmalin kusurun çeşitlerini oluşturduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla kusur kavramının tanımı doktrindeki görüşlere ve içtihatlarla bırakılmıştır². Tüm hukuk sahalarındaki önemi sebebiyle aynı zamanda genel hukuk doktrinine dâhil olan kusur kavramı ceza hukuku açısından daha büyük bir önemi haiz olsa da³ özel hukukta da ayrı bir öneme sahiptir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kusur, kast ve ihmalden oluşan failin kınanmasına dayanan bir hukukî olgudur. Kast hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesidir⁴. Yani hukuka aykırı sonucu tasavvur

¹ **ORHUNÖZ**, Ergun, *Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedenî Zararlar*, Ankara 2000. s.72; **OĞUZMAN**, Kemal/**ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 53.

² **İMRE**, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul 1949.s.24

³ **TUHR**, Andreas Von, *Borçlar Hukuku 1-2*, Yargıtay Yayınları no:15, İstanbul (Çev. Cevat Edege) 1983, s. 377,378; **SCHWARZ**, Andreas *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt 1*, İstanbul 1948, (Çev. Bülent Davran), s.108.

⁴ **KELLER**, Max/**GABİ- BOLLİGER**, Sonja, *Haftpflichtrecht Band II*, 1985, s.53; **TUHR**, Andreas Von/**PETER**, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrechts*, Zürich 1979, s.427; **ORHUNÖZ**, s.72; **AKINCI**, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 8. Baskı, Konya 2012, s.152; **EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara 2012., s.574; **ŞEN**, Yusuf, "İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", EAD, S. 68, Y:2016, s.405; **KILIÇOĞLU**, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, İstanbul 2010, s. 140; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara 2013, s. 309; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.55; **AKINCI**, Şahin, *Roma Borçlar Hukuku*, Konya 2013, s.28; **UYGUR**, Turgut 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-1, Ankara 2013, s.407; **ANTALYA**, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 2. Baskı, İstanbul 2013, s.425,426; **REİSOĞLU**, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, 2013 İstanbul, s.172;

etmek ve bu neticeyi gerçekten isteyerek bunu irade etmek üzere kastın iki unsuru bulunmaktadır⁵. Kastta failin kınanabilirliği en yüksek seviyede olduğu için en ağır kusur çeşitidir⁶. İhmal ise failin hukuka aykırı sonucu gerçekleştirmemek için üzerine düşen özen ve tedbiri göstermemiş olması durumunda söz konusu olur⁷. İhmalde failin kınanmasının sebebi failin olayın hal ve koşulları altında kendisinden beklenebilecek veya ortalama bir kişiden beklenen özen ve dikkati göstermeyerek hukuka aykırı neticeye sebep olmasıdır⁸.

Kusur doktrinde üzerinde görüş birliği olmayan bir kavramdır⁹. Doktrinde kusurun ne olduğuna dair yapılan pek çok farklı tanım olsa da

TUNÇOMAĞ, Kenan, *Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, İstanbul 1972, s.282; **ATAMER**, Yeşim, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları*, İstanbul 1996, s.20; **BAŞ**, Büşra, “*Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru*”, İBD, C.92, S. 2018/4, Y. 2018, s.230; **İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul 2014, s.394; **KELLER**, Alfred, *Haftpflicht Im Privatrecht*, 2002 Bern, s.118.

⁵ **TANDOĞAN**, Haluk, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s.47; **EREN**, s.575.

⁶ **KELLER**, s.118; **OĞUZMAN/ ÖZ**, Cilt- 2, s.55; **ANTALYA**, s.425; **DEUTSCH**, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1996, s.216.

⁷ **TUHR**, s. 380; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası*, İstanbul 2012, s.139,140; **TUHR/ PETER**, s.429; **AYAN**, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’ na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Konya 2013, s.227; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.56; **AKINCI**, Borçlar Genel, s.153; **TANDOĞAN**, Mes’uliyet Hukuku s.48; **EREN**, s.582; **ANTALYA**, s. 427; **REİSOĞLU**, s.172; **BERKİN**, Necmeddin, “*İngiltere’ de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri*”, İÜHFM, C.39, S. 1-4, Y.2011, s.171; **KELLER/GABİ-BOLLİGER**, s.53; **BAŞ**, s.231; **KELLER**, s.119; **OFTİNGER**, Karl/**STARK**, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Zürich 1995, s.201.

⁸ **TANDOĞAN**, Mes’uliyet Hukuku, s.48-49.

⁹ **BAŞ**, s.224.

bu farklı tanımların temelinde ikili bir ayırım bulunmaktadır. Bu ikili ayırım ise kusurun mahiyetine ilişkindir. Bir görüşe göre kusur iradeden ortaya çıkan ve failin iradesinde aranması gereken bir kavramken¹⁰ diğer görüşe göre kusur failin davranışının içinde bulunmaktadır doğrusu davranışın sıfatı olan bir kavramdır¹¹.

Doktrindeki kusura ilişkin farklı tanımların tamamının bu ikili ayırım üzerine bina edildiği görülür. Kusuru bir irade olarak gören yazarların bu konuda farklı tanımları bulunmaktadır. Bir tanıma göre kusur hukuka aykırı sonucu istemek yani iradeyi olumlu bir surette hukuka aykırı sonuca yöneltmek veya bu sonucu istemiş olmamakla birlikte hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli seviyede kullanmamaktır¹². Benzer bir tanımla kusur hukuk kurallarına aykırı hareket etmeme yükümlülüğüne uygun davranmaya iradesini yeterli seviyede yönlendirmeyen kimsenin iradesindeki zayıflıktır¹³. Diğer bir tanıma göre kusur failin hukuka aykırılığa yönelik iradesinin kınanabilir

¹⁰ **TUHR**, Borçlar, s.381; **ÜNAL**, Mehmet, “*Manevî Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü*”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 418; **TUHR/PETER**, s.430; **OĞUZMAN/ÖZ**, Cilt-2, s. 53; **SCHWARZ**, 1, s.108;

¹¹ **AYAN**, s.225; **KELLER/GABI-BOLLİGER**, s.55; **KELLER**, s.115; **TUNÇOMAĞ**, s.280; **EREN**, s.569; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s.307; **GÜNDÜZ**, Adil, *Manevî Tazminatta Kusurun Rolü*”, ABD, S. 1, Y. 1972, s.17; **NART**,Serdar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler*, Ankara 2014, s.53.

¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 53; **SCHWARZ**, s.108; **BAŞ**, Kusur, s.224; 225.

¹³ **TAHİROĞLU**, Bülent, “*Kusursuz Sorumluluk Ve Modern Hukuklara Etkisi*”, MÜHD-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s.157.

nitelikte olmasıdır. Bütün bu tanımlarda kusur iradeye ilişkin bir kavram olarak ele alınmaktadır.

Doktrinde kusuru davranış tarzı olarak değerlendiren görüş daha hâkimdir. Bu görüşteki bir tanıma göre hukuk düzeninin kınadığı ve uygun bulmadığı davranış tarzına kusur denir¹⁴. Başka bir tanıma göre bir davranış tarzının, hukuk düzenince kınanmasını içeren nitelendirmesine kusur denilir¹⁵. Kusuru davranış tarzı olarak değerlendiren görüşlerde davranış tarzının kınanabilir olmasının esas alındığı ve bu kınamanın da hukuk düzenine atfedildiği görülür. Ahlâki kınanmayı da kusurun tanımına dâhil eden diğer bir tanıma göre kusur, hukuka aykırı bir davranış tarzı noksanlığıdır ki hukuk düzeni ve ahlâk tarafından kınanır¹⁶. İrade ve davranış tarzını beraberce kusurun tanımına dâhil eden bir tanıma göre ise kusur hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin

¹⁴ **KELLER**, s.115; **TUNÇOMAĞ**, s.280; **ORHUNÖZ**, s.72; **EREN**, s.569; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s.307; **GÜNDÜZ**, s.17; **ANTALYA**, s.422; **NART**, Borçlar, s.53; **BAŞ**, s.224.

¹⁵ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.45; **UYGUR**, s.405; **KELLER**, s.115.

¹⁶ **KELLER**, s.115; **OĞUZ**, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", TAAD, S. 28, Y. 2016, s.275; **YAVUZ**, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri", MÜHF -HAD, C.14, S.3, Y. 2008, s.31. Kusuru bir davranış tarzı olarak değerlendiren görüşlerin, ahlâki kınamayla meşgul olmayıp davranış tarzının uygun bulunmamasını hukuk düzenine terk etmeleri teknik olarak daha doğrudur. Zira kusuru davranış tarzı olarak niteleyen görüşler objektif kusur anlayışına doğru eğilim gösterirler. Kusur objektifleştikçe de kusur ilkesinin ahlâki temeli yok olmaya başlar. Yani kusuru davranış olarak tanımlamakla artık kusurlu davranışın ahlâken kınanması mümkün olmamaya başlar. Ahlâki yönden kınanabilir bir davranış kusur olarak tanımlanıyorsa, bu davranışın iradeyle bağının araştırılması da kaçınılmaz olmaya başlar. Bu itibarla kusuru davranış tarzı olarak değerlendirse de kusurun nitelemesine ahlâki kınanmayı da koyan tanımlama kusuru bir derece iradeye de istinat ettirmiş olur.

davranışının kınanabilen bir davranış olmasını ifade eder¹⁷. Bu tanımda kusur davranış tarzı olarak ifade edilmiş ancak davranış tarzının kınanmasının sebebine failin davranışına yönelik iradesi yerleştirilmiştir.

Kastın irade temeline dayandığı şüphesizdir. Zira kastı oluşturan asıl unsur olan hukuka aykırı sonucu arzu edip istemek iradeye dayalıdır. Kastı davranış tarzı olarak açıklamak oldukça güçtür. Her hâlükârda kast halinde kusur kavramının irade ile kopartılamaz mahiyette bağları bulunmaktadır. Kusurun irade mi yoksa bir davranış tarzı mı olduğu problemi aslında ihmal çeşitindeki kusura ilişkindir. Failin özen ve tedbir yükümlülüğüne riayet etmemesi kendi iç dünyasına ilişkin olması bakımından iradîdir. Ancak irade ile ilgilenilmeden failin davranışının olması gereken davranış tipinden saptığı düşünülerek failin kusurlu olduğuna hükmedilirse ihmal davranış tarzıyla açıklanmış olur.

II. Subjektif ve Objektif İhmal Teorileri

Kusur soyut ve farazî bir kavramdır¹⁸. Bu sebeple tespiti ve ispatı güçlükler içermektedir¹⁹. Ağır ihmal açısından kusurun varlığını tespit pek zorluk içermez. Zira kusurun ağırlığı kusuru belirgin kılar. Ancak ihmalin göreceli bir kavram olduğu da²⁰ düşünüldüğünde hafif ihmalin varlığının

¹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 54; KELLER, s.115.

¹⁸ İMRE, s.38, TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.90.

¹⁹ İMRE, s.42. Kusur ilkesinde ispat yükü hakkında daha detaylı bilgi için Bkz. FUNCHS, Maximilian, *Deliktsrecht*, Sechste aktualisierte und überarbeitete Auflage, Berlin 2006, s.163.

²⁰ DEUTSCH, Erwin, *Deliktsrecht Unerlaubte Handlungen. Shadensersatz. Schmerzensgeld*, 6., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2014, s 7,60.

tespiti zordur. Hafif ihmalin tespiti hususunda doktrinde iki farklı teori bulunmaktadır. Bunlardan birincisi subjektif ihmal teorisidir. Subjektif ihmal teorisi ihmalin tespitinde failin kişisel özelliklerini, işlerinde genel olarak gösterdiği dikkat derecesini, sosyal konumunu, eğitim durumunu ve bunun gibi özelliklerini dikkate alır²¹. Subjektif teori failin somut olaydaki iradesinin kınanabilir nitelikte olup olmadığını, failin idrak seviyesine ve bedeni yeteneklerine göre tespit etmekte böylece kişilerin iradelerinin oluşumunda kişisel özelliklerini dikkate almaktadır²². İkinci teori ise objektif teoridir. Objektif teori ihmalin tespitinde ölçü olarak fail yerine somut olay içerisine farazi olarak konulan ortalama bir tipin davranış tarzını esas alır²³. Failin davranışının somut olay şartlarında tasavvur edilen ortalama bir tipin davranışından saptığı söylenebiliyorsa objektif teoriye göre kusurun varlığından bahsedilir²⁴.

İki teori arasındaki ilk bakışta göze çarpan asıl fark fark kusurun tespitinde subjektif teorinin failin kendisini, objektif teorinin ortalama bir tipi esas alması olsa da iki teori arasında gizli ve teknik açıdan önemli bir fark daha vardır. O da kusurun subjektif teoriye göre yapılan tanımlarda

²¹ **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59; **OĞUZMAN/ ÖZ**, Cilt- 2, s.58,59; **EREN**, s.576, 577; **ANTALYA**, s.424; **AKINCI**, Borçlar, s.151, 152; **NART**, Serdar, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Ankara 2014, s.136; **AKINCI**, Roma Borçlar, s.27, 28, **BAŞ**, s.225,226.

²² **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.59.

²³ **EREN**, s. 572; **OĞUZ**, s.277; **ANTALYA**, s.424; **AKINCI**, Borçlar, s.152; **AKINCI**, Roma Borçlar, s.28, **BAŞ**, Kusur, s.226.

²⁴ **ORHUNÖZ**, s.72; **NART**, Hakkaniyet, s.137,138; **EREN**, s. 572; **ANTALYA**, s.428; **BAŞ**, s.226.

failin iradesinde²⁵ objektif teoriye göre yapılan tanımlarda ise failin davranışında²⁶ aranmasıdır. Böylece kusurun subjektif mahiyeti ne kadar çok kabul edilirse kusur kavramı irade kavramına yaklaşmaktadır. Mesela bir vinç şoförünün yakınının vefat haberini almasından duyduğu manevî acı ile dikkatini kaybetmesi ile bir kazaya sebebiyet vermesi objektif anlayışa göre davranışı ortalama bir şoförden saptığı için kusur teşkil ederken subjektif anlayışa göre iradesi kınanamaz halde olduğu için kusur teşkil etmeyebilir²⁷.

A.Objektif Teoride Kusurun Davranış Olarak Tanımlanmasının Sebepleri

Kusurun mahiyetine ilişkin farklı tanımlar doktrinde ortaya konulmuş olan objektif ve subjektif kusur teorilerinin temelini teşkil etmektedir. İhmal çeşitinde kusuru tespit ederken objektif kusur teorisi failin davranışını, subjektif teori ise iradesini ölçü alır²⁸. Objektif teori aslında fail yerine ortalama bir üçüncü kişinin ölçü alınmasıyla²⁹

²⁵ Bu tanımlar için Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 53; **SCHWARZ**, s.108; **BAŞ**, s.224; 225; **TAHİROĞLU**, s.157.

²⁶ Kusuru davranış tarzıyla açıklayan tanımlar için Bkz. **KELLER**, s.115; **TUNÇOMAĞ**, s.280; **ORHUNÖZ**, s.72; **EREN**, s.569; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s.307; **GÜNDÜZ**, s.17; **ANTALYA**, s.422; **NART**, Borçlar, s.53; **BAŞ**, s.224; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.50 vd.; **UYGUR**, s.405.

²⁷ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52.

²⁸ **OĞUZMAN/ÖZ**, s.53; **SCHWARZ**, s.108; **TAHİROĞLU**, s.157; **KELLER**, s.115; **TUNÇOMAĞ**, s.280; **ORHUNÖZ**, s.72; **EREN**, s.569; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Genel, s.307; **GÜNDÜZ**, s.17; **ANTALYA**, s.422; **NART**, Borçlar, s.53; **BAŞ**, s.224; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.50; **UYGUR**, s.405.

²⁹ **EREN**, s. 572; **OĞUZ**, s.277; **ANTALYA**, s.424; **AKINCI**, Borçlar, s.152; **AKINCI**, Roma Borçlar, s.28, **BAŞ**, s.226.

karakterize olmuştur. Ancak söz konusu bu üçüncü kişinin iradesine değil davranışına yönelmesi de objektif teorinin karakteristiğini ortaya koymaktadır. Böyle bir farkın iki teori arasında neden ortaya çıktığını belirlemek önemlidir. Objektif teoride failin iradesinin somut olayda tasavvur edilen ortalama üçüncü kişinin makul iradesinden sapıp saptığı araştırılmaz mı? Yani objektif teoride kusur bir irade sapması keza subjektif teoride kusur bir davranış tarzı olarak değerlendirilemez mi? Gerçekten de subjektif ve objektif kusur teorilerinde kusurun irade mi yoksa davranış tarzı mı olduğuna ilişkin yani kusurun mahiyetine ilişkin bir ayırım yapılıyor olması kanaatimizce dikkat çekicidir.

Subjektif teori failin kişisel özelliklerini göz önünde tutarak kusuru belirlediği için mümkün olduğunca faile yaklaşarak bunu tespit edebilecektir. Failin kişisel özelliklerini belirleyerek ondaki kınanan irade, faile ait kınanan bir davranıştan faile daha yakın ve daha subjektif bir kavramdır. Bu sebeple subjektif teori kusuru araştırmakta irade kavramından ve onun kınanabilirliğinden hareket etmektedir³⁰. Aslında davranış da irade ile ortaya çıktığından ve iradenin doğrudan doğruya bir neticesi olduğundan bunlar birbirleriyle büyük oranda örtüşürler. Ancak fail tahmin, saikler, bilgi ve tecrübeler gibi iradesine temel oluşturan iç kuvvetlerini bir çeşit muhakemeden geçirerek bir karara varmıştır. Bu karara sebep olan iradenin kınanabilir olup olmadığını değerlendirmek şüphesiz daha öze inen ve daha subjektif bir değerlendirmedir³¹. Failin

³⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.50-54.

³¹ Alman ve İsviçre doktrininde ihmal teorik yönden iç ve dış ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. VITO, Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich

davranışından ona temel teşkil eden iradesine inip faile yaklaşarak onun subjektif durumunu değerlendirmek ve böylece kusur hakkında araştırma yapmak tam manasıyla subjektif bir yöntemle kusuru araştırmaktır. İşte subjektif görüşün ana yaklaşımını ve sorumluluğu kurmaktaki tekniğini inceleyerek çıkardığımız sonuçlara göre yukarda bahsedilen teorik gerekçelerle subjektif görüş kusurun mahiyetini iradeyle açıklamaktadır³².

Davranış iradenin tezahürü mahiyetindedir. Failden önce irade daha sonra bu iradeye dayalı davranış ortaya çıkmaktadır. Ayrıca irade davranışa göre kişinin iç dünyasıyla daha yakın irtibatlıdır. Bu sebeplerle irade faile ve onun şahsiyetine daha yakın bir kavramdır. Böylece davranış da failin iç dünyasıyla daha az irtibatlı olduğu ve iradeden daha sonra onun ancak bir neticesi olarak ortaya çıktığı için failin şahsına daha uzak ve dolaylıdır. Buradan çıkardığımız sonuç, irade faile daha yakın olduğu için kusuru belirlemede failin şahsını esas alan subjektif teorinin iradeye yönelmesinin olması doğal olduğudur. Davranış iradeye göre failden daha

2002, s.64,65; **DEUTSCH**, Haftungsrecht, s.248-251; s.56; **KÖTZ**, Hein/**WAGNER**, Gerhard, *Deliktsrecht*, 12.neu bearbeitete Auflage, München 2013. Dışa yansıyan hukuka aykırı davranışı teşkil eden ihmali davranışa dış ihmâl, failin iç dünyasındaki özen, dikkat gibi hususlardaki arızaya iç ihmâl denilmiştir. Failin iç dünyasındaki ihmale ilişkin hususları dışa yansıtmak genel bir davranış yükümlülüğü olduğu için failin iç veya dış dünyasındaki ihmale ilişkin bir ayırım yapılmaması tercih edilmelidir. Bkz. **VITO**, s.65.

³² Bunu destekleyen görüş için Bkz. **İMRE**, s.28-31. Ayrıca subjektif görüşün iradeyi tercih ettiği hakkında Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.53; **SCHWARZ**, s.108; **TAHİROĞLU**, s.157; **KELLER**, s.115; **TUNÇOMAĞ**, s.280; **ORHUNÖZ**, s.72; **EREN**, s.569; **GÜNDÜZ**, s.17; **ANTALYA**, s.422; **NART**, Borçlar, s.53; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.50; **UYGUR**, s.405.

uzak ve daha objektif bir kavram olduğu için objektif teorinin davranış ölçü alması mahiyetine uygun gözükmeştir³³.

Objektif teori, kusuru daha somut, daha net bir şekilde ortaya konulabilir şekilde ele almıştır. Makul, belirlenebilir bir davranış şeklini ortaya koymuş bu davranıştan sapan hukuk sisteminin kınadığı davranışları kusur olarak değerlendirmiştir³⁴. Objektif teori ihmalin tespitinde kusurun objektif ve ortaya konulabilir, net ve failin durumuyla kıyaslanabilir olması için iradeyi değil davranış tarzını esas almaktadır³⁵. Zira kusurun tespitinde failin iradesi gibi soyut, belirlenmesi ve ortaya konulması zor bir kavramla meşgul olunması objektif teorinin temel yaklaşımına uyum göstermemektedir. Davranış, iradeden daha net, somut ve daha kolay tespit edilebilir olduğu için davranışın iradeden daha objektif bir mahiyeti vardır. Bu sebeple objektif teori failin iradesinin ortalama üçüncü kişinin iradesinden sapmasıyla değil failin davranışının ortalama üçüncü kişinin davranışından sapmasıyla ilgilenir.

Objektif teoride kusurun iradeden kopartılıp davranış olarak tanımlanmasında başka bir sebep daha bulunmaktadır. Kusur kavramının temelinde kınanma ve uygun bulunmama hususları mevcuttur. Objektif teori kusurun temeline ahlâki yönden kınanmayı değil hukuk düzenince uygun bulmamayı yerleştirmiştir. Böylece objektif teori kınanamayacak durumdaki kimselerin de ortalamadan ayrılan bazı hareketlerini kusur

³³ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.51-54.

³⁴ ORHUNÖZ, s.72; NART, Hakkaniyet, s. 137-138; EREN, s. 572; ANTALYA, s. 428; BAŞ, s.226.

³⁵ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.51-54.

kabul ettiği için ahlâki temelden yoksundur³⁶. Gerçekten fail ahlâken kınanabilecek bir davranışta bulunmasa bile söz konusu davranış ortalama bir üçüncü kişinin davranışından sapıyor olabilir. Bu bazen failin bedenî veya zihnî bir engeline de³⁷ dayanabilir³⁸. Yani objektif teori kusur

³⁶ **TANDOĞAN**, s.52; Objektif kusur teorisi ahlâki temelden tamamen yoksun değildir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi objektif kusur teorisi kınanabilen davranışları da evleviyetle kusur kabul etmektedir. Böylece kınanabilen davranışlar açısından ahlâki temel zaten gerçekleşmiştir. İkinci olarak objektif teori objektiflikte failin yaşı, cinsiyeti, fiziki kuvveti gibi bazı kriterlere yer vererek objektifliği yumuşatmıştır. Failin yerine konulacak üçüncü kişinin tespit edilmesinde failin şahsi özelliklerine bakılarak bu gibi kriterlere başvurulduğu nispette ahlâki temel objektif teori içerisine dahil olmaktadır. Diğer bir deyişle kusurun araştırılmasında ortalama üçüncü tip ne kadar subjektifleştirilir ve failin bazı özelliklerine sahip ortalama bir üçüncü tip tasavvur edilirse objektif teori o derece kusur ilkesinin ahlâki temeli kendisinde barındırmış olur.

³⁷ Kusur ilkesinde haksız fiil ehliyeti ayırt etme gücünün varlığına dayanır. Bkz. **LARENZ**, Karl, *Lehrbuch Des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil*, Vierzehnte Neubearbeitete Auflage, München 1987, s.112; **İNANYÜCEL**, s.398; **GUHL**, Teo, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einsluß Des Handels- Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes*, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich 1944, s.135; **UYGUR**, s.408; **VITO**, s.69; **TUHR**, s.382; Ferdî eksiklik şayet ayırt etme gücünden yoksunluk derecesini bulmuş ise artık kusurdan bahsedilmez. Bkz. **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.59; **NART**, Hakkaniyet, s.138; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.55; **KELLER/GABI-BOLLİGER**, s.55. Bu sebeple objektif kusur teorisinde, kusurun varlığı için ayırt etme gücü aranır. Bunun aksine tamamen objektif kusur teorisinde sorumluluk için ayırt etme gücü dahi aranmaz. Tamamen objektif kusur teorisi için Bkz. **NART**, Hakkaniyet, s. 139,140.

³⁸ *Rümelin*'e göre şahsiyetin varlığının devamından ve bu şahsiyetin eksikliklerinden doğabilecek her türlü zarar kusur olarak değerlendirilmelidir. Zira kişinin kendisinin şahsiyetindeki noksanlıklar sebebiyle kişinin iradesinde ve fiilinde arıza ortaya çıkmıştır. İrade ve fiil arızasına asıl sebep olan failin noksanlıkları olduğuna göre diğer bir deyişle söz konusu eksiklikleri ferde isnat etmek mümkün olduğuna göre bundan kaynaklanan davranışlar da kusur olarak şahsa yüklenebilmelidir. Bu görüş mutlak olarak kabul edilse, ayırt etme gücü olmayan kimselerin fiillerinden sorumlu olmaları fikrinin de kabul edilmesi gerekir. Bu kabul ise kusur ilkesinin temel anlayışına önemli derecede ters olur. Bu fikir çok ağır objektif kusur anlayışını ifade etmekte olup kusur ilkesi

kavramını ahlâki kınamaya değil, o davranışın hukuk düzenince uygun bulunmamasına dayandırarak açıklar³⁹. Davranışın hukuk düzenince uygun bulunmamasının gerekçesini ise failin şahsiyetinin devamıyla ortaya çıkarttığı bir zarara kınanacak durumda olmasa bile kendisinin katlanmasının failin katlanmasından daha adaletli olarak değerlendirilmesi teşkil eder. Fail kendi yaşamını devam ettirmesiyle bir zarara sebep olmuş, zarara sebep olurken de ortalama bir insan davranışından herhangi bir sebeple ayrılmıştır. Artık ortalama bir davranıştan saptığı için kendi davranışının sonuçlarına yine de kendisi katlanmalıdır⁴⁰. Kınamaya ihtiyaç olmaksızın failin zarara katlanmasının gerekmesi adalet fikrinin bir gereği olarak düşünüldükten sonra artık failin iradesi ile meşgul olmaya da ihtiyaç kalmamaktadır. Ahlâki bir kınamaya artık ihtiyaç kalmadığına göre kusurun bir davranış olarak değerlendirilmesi pek tabiidir⁴¹.

kapsamında olsa bile adeta kusursuz sorumluluğun sonuçlarına ulaşmaktadır. Bkz. **İMRE**, s.59,60; **NART**, Hakkaniyet, s.99.

³⁹ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52

⁴⁰ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52

⁴¹ **İMRE**, s.59-60. Noksan olan bedenî ve fikrî kabiliyetten dolayı ortaya çıkan zararlardan kişi ahlâken kınanamasa dahi eğer başaramayacağı edaları taahhüt ettiği için bu zarar ortaya çıktıysa doktrinde bu kişinin bu durumda kınanabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52. Yani failin kınanması için, taaahüt ettiği işi yaparken kendisinde bulunan bir takım noksanlıklar sebebiyle zarar ortaya çıkarabileceğini bilmesi aranmalıdır. Fail ancak bu şekilde ihmal ile davranmış olur. Böylece ihmal kınanmaya, kınanma ise failin bilmesine veya bilmesinin gerekmesine bağlanmıştır. Failin bilgisine bağlanmış bir kusur anlayışı ise kusuru irade ile irtibatlandırır ve davranıştan soyutlamaya eğilim gösterir. Bu itibarla ahlâki kınanma ile kusurun iradî mahiyeti arasında kuvvetli bir ilişki kurulmuş olmaktadır. Bkz. **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.53.

B. Kusurun Objektifleşmesiyle Sorumluluğun Sebebiyet İlkesine Yaklaşması

Kusurun objektif olarak değerlendirilmesi arttıkça yani kusur objektifleştikçe haksız fiil sorumluluğu sebep sorumluluğuna benzemeye başlamaktadır. Türk Hukukunda⁴², Alman Hukukunda⁴³, İsviçre Hukukunda⁴⁴, Fransız Hukukunda⁴⁵ objektif teori hâkimdir. Bu hukuk sistemlerinde kusur ilkesi kabul edilmesine karşın⁴⁶ kusurun objektif olarak değerlendirilerek sebebiyet sorumluluğuna eğilim gösterilmesi dikkat çekicidir. Kusurun irade ile bağlantısının koparılarak sert bir objektif anlayışla kusuru tamamen davranışla açıklamaya yönelik bu eğilim aslında kusur ilkesinin yetersizliğine işaret etmektedir. Zira kusur onun aslını oluşturan irade ile açıklandığı takdirde ulaşılan sonuçlar kusur ilkesini savunan yazarlarca dahi tatmin edici bulunmamaktadır. Bu sebeple

⁴² Objektif görüşte olan yazarlar için Bkz. **TUHR**, Borçlar, s. 380,381; **HATEMİ/ GÖKYAYLA**, s.141; **EREN**, s. 577; **EREN**, Fikret, Sorumluluk Hukuku açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.192; **AKINCI**, Borçlar, s.152; **ANTALYA**, s. 428; **REİSOĞLU**, s.172; **TUNÇOMAĞ**, s.284.

⁴³ **ATAMER**, s.20.

⁴⁴ **BAYSAL**, Başak, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012, s.107, 108.

⁴⁵ Fransız Hukukunda objektif teori katı bir şekilde uygulanmaktadır. Öyle ki ayırt etme gücü dahi objektiflik hususunda nazara alınmamaktadır. Detaylı Bilgi için Bkz. **BAYSAL**, Başak, Sorumluluk Hukuku (Seminerler), İstanbul 2016, s.82,83. Fransız hukukunda subjektif hukuka aykırılık görüşünün de hâkim olduğu düşünüldüğünde kusur ilkesi söz konusu olsa bile sorumluluk alanının çok genişleyerek sebep sorumluluğuna önemli ölçüde yaklaşıldığı söylenebilir. Fransız Hukukunda hukuka aykırılık hakkında Bkz. **ÇAĞLAYAN AKSOY**, Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul 2016, s.157,158,159.

⁴⁶ **OFTINGER/STARK**, s.45; **TUHR**, s.362,363.

son zamanlarda kusur objektifleştirilme yoluna gidilmiş ve kusur ilkesi bir derece sebebiyet ilkesine yaklaştırılmıştır.

Alman medenî hukuk reformu ile meşgul komisyonca da tespit edildiği üzere kusur objektifleştirildiği nispette sebebiyet ilkesine doğru yaklaşılmaktadır⁴⁷. Bunun önemli bir sebebi de, objektif teoride kusurun davranış olarak tanımlanmasıdır⁴⁸. Gerçekten objektif teorinin kusurun tespitinde irade yerine davranışa yönelmesi onu aslında kusur ilkesinden uzaklaştırmakta ve sebebiyet ilkesi anlayışına yaklaştırmaktadır. Kusurun objektifleştirildiği nispette sebebiyet ilkesine doğru yaklaşılmasının ikinci sebebi ise kusurun daha kolay oluşması, daha kolay tespit ve ispat edilmesi ve böylece daha kolay sorumluluğun doğmasıdır.

1. Kusurun Davranış Tarzı Olarak Tanımlanmasının Kusur İlkesini Sebebiyet İlkesine Yaklaştırması

Objektif anlayış güçlendiği nispette sebebiyet ilkesinin sonuçlarına yaklaşılmasından dolayı objektifleştirilen kusur, kusur ilkesini doğrudan etkilemektedir⁴⁹. Yukarda açıklandığı üzere objektif anlayışın

⁴⁷ İMRE, s.60; OFTINGER/STARK, s.210; BAŞ, s.234.

⁴⁸ Kusur objektifleştikçe kusur ilkesinin ahlâki temelini yok olmaya başlaması da kusurun davranış olarak değerlendirilmesi ile bir neden sonuç ilişkisi içindedir. Bu sebeple kusur objektifleştikçe kusur ilkesinin ahlâki temelini yok olmaya başlamasının kusur ilkesine etkisi, “Objektif Teoride Kusurun Davranış Olarak Tanımlanmasının Sebepleri” başlığı altında incelenecektir.

⁴⁹ OFTINGER/STARK, s.210; BAŞ, s.234.

güçlenmesiyle sebebiyet ilkesine yaklaşılmasının önemli bir sebebi de kusurun davranış olarak kabul edilmesidir⁵⁰.

Kusurun davranış olarak tanımlanmasının kusur ilkesini sebebiyet ilkesine doğru yaklaştırmasının farklı sebepleri bulunmakla beraber bunlar iki kısımda toplanabilir. Sebebiyet ilkesi kusur gibi farazî kavramlarla⁵¹ meşgul olmadan, sorumluluğu olayların illî bağlantısına dayanan bir yöntem ile tayin etmektedir⁵². Sebep sonuç ilişkilerinin doğurduğu zarar sorumluluğa sebep olmaktadır. Benzer şekilde davranışın kusur olarak nitelenmesi, kusur sorumluluğunu objektif sorumluluğun bu anlayışına yaklaştırmaktadır. Zira kusur doğrudan zarara sebep olmaz⁵³. Kusurun davranış olarak tanımlanması objektif kusurun farazî niteliğini tamamen sona erdirmese de bunu önemli derecede azaltır. Bu tanımla kusurun soyut ve farazi cephesi ise söz konusu somut davranışın ortalama bir üçüncü kişinin davranışından saptığına dair varılan hükümdür. Bunun dışında

⁵⁰ *Rümelin'* in savunduğu kişilerin ortalamadan ayrılan her davranışının kusurlu olduğu fikri ile ulaşılan sonuç ile sorumluluk anlayışının sebebiyet ilkesine yaklaşmaktadır. Bu sorumluluk hukuku açısından gerçekten büyük bir gerçektir. Bununla ilgili Bkz. **İMRE**, s. 60; Bunun sebeplerinden birisi davranış kavramının sebebiyet ilkesiyle kuvvetli bağlantısıdır. Kusurun davranış ile açıklanmasıyla beraber neden sebebiyet ilkesine yaklaşıldığını sorumluluğu kurma tekniği olarak inceleyen ve nedenlerini ortaya koyan bir kaynağa rastlayamadık. Ancak sorumluluk hukukunun sorumluluğu kurmaktaki temel hareket noktalarını inceleyerek makalenin devamında bununla ilgili belirli teknik ve teorik çıkarımlarda bulunulmuştur. Kusurun davranış olarak açıklanmasının sebebiyet ilkesine yaklaşılması sonucunu doğurmasını doğrulayan kaynaklar için Bkz. **İMRE**, s.59-60; **OFTINGER/STARK**, s.210.

⁵¹ **İMRE**, s.38, **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.90.

⁵² **OFTINGER/STARK**, s.46; **İMRE**, s.55; **ERİŞGİN**, Nuri, Medeni Hukuk-II, 3. Baskı, Eskişehir 2014, s.138; **TUNÇOMAĞ**, s.287.

⁵³ **DEUTSCH**, Deliktsrecht, s.8.

kusur bir davranış tarzı veya davranışa ait bir sıfat olduğu için artık somutlaşmış bulunmaktadır. Davranış ise sebep sonuç ilişkilerine dâhil bir unsurdur. Böylece objektif kusur teorisi sebep sonuç ilişkilerine dâhil bir unsuru sorumluluğu kurmakta temel olarak sebebiyet ilkesinin sorumluluğa ana yaklaşım yöntemine doğru eğilim göstermiş olmaktadır⁵⁴.

Kusur ilkesinin objektifleşmesi ile sonucu faile atfetmekte kusurun silikleşmesi doğrusu davranış içinde eriyerek kusur olarak bir davranış tarzının aranması, sebebiyet sorumluluğundaki anlayışa doğru önemli bir adımdır. Zira davranış, sonucu doğuran ve sebep-sonuç ilişkisini başlatan unsurdur. Böylece objektifleştirilen kusurla sebebiyet ilkesi sorumluluğuna önemli derecede yaklaşmaktadır⁵⁵.

İkinci olarak davranışın kusur olarak tanımlanması kusur ilkesinin ahlâki temelini ortadan kaldırma etkisi gösterir⁵⁶. Yani kusurun davranış olarak tanımlanması failin kusurlu olması için kınanabilirliğinin aranmamasına sebep olur. Zira pek çok davranış failin kınanması mümkün olmasa da ortalama üçüncü bir kişinin davranışından sapabilmektedir.

⁵⁴ İMRE, s.59-60; OFTINGER/STARK, s.210.

⁵⁵ İMRE, s.59-60; OFTINGER/STARK, s.210.

⁵⁶ Aslında kusur ilkesinin ahlâki temeli sadece kusurun davranış unsuruyla tanımlanmasıyla alakalı olarak ortadan kalkmaz. Kusurun objektifleştiği nispette kusur ilkesinin ahlâki temeli de ortadan kalkmaktadır. Ancak davranışın kusur olarak tanımlanması ve kusur ilkesinin ahlâki temeli de birbirleriyle sebep sonuç ilişkisi içerisindedirler. Yani biri diğerinin hem sebebi hem de sonucudur. Bir yandan kusurun ilkesinin ahlâki temelini yok olması kusurun davranış olarak tanımlanmasına sebep olur diğer yandan kusurun davranış olarak tanımlanması da kusur ilkesinin ahlâki temelini yok olmasına sebep olur. Nitekim makalede “Objektif Teoride Kusurun Davranış Olarak Tanımlanmasının Sebepleri” başlığı altında kusur ilkesinin ahlâki temelini ortadan kalkmasının kusurun davranış olarak tanımlanmasına sebep olduğuna değinilmiştir.

Failin kınanabilirliği ile hiç meşgul olmamak ise sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir. Çünkü sebebiyet ilkesi sorumluluğa failin şahsının kınanabilmesi ya da failin hareket özgürlüğü⁵⁷ gibi kavramlarla değil sonuç odaklı yaklaşır. Zararlı sonuç fail sebebiyle gerçekleşmişse fail kınansın ya da kınanmasın artık sorumludur. Davranış tarzının failin iradesine nazaran onun şahsından ve maneî alanından daha uzak olmasıyla bağlantılı olarak davranışın iradeye nazaran kınanabilirlik olgusundan daha uzak olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Böylece kusurun davranış olarak tanımlanması, kusur ilkesinin ahlâki temelini belirli ölçüde ortadan kaldırarak kusur ilkesini sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır. Kusurun araştırılmasında ortalama üçüncü tip ne kadar subjektifleştirilir ve failin bazı özelliklerine sahip ortalama bir üçüncü tip tasavvur edilirse objektif teori o derece kusur ilkesinin ahlâki temeli kendisinde barındırmış olur⁵⁸.

2.Kusurun Objektifleşmesiyle Sorumluluk Dairesinin Genişlemesinin Kusur İlkesini Sebebiyet İlkesine Yaklaştırması

Bütün kusursuz sorumluluk hallerinden daha dar fakat kusur sorumluluğunun en geniş sorumluluk dairesi objektif kusur sorumluluğu dairesidir. Burada failin sorumluluğu için hem davranışı hem de kusuru

⁵⁷ **FUNCHS/PAUKER**, Delikts und Schadensersatzrecht, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt 2012, s.2.

⁵⁸ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.52; **İMRE**, s.59-60. Tuhr bu konuyla alakalı olarak kusurun failin zihnî ve bedenî engellerine dayanmaması gerektiğini ileri sürer. Failin zihnî ve bedenî eksikliğine istinat etmeyen kusur anlayışı ise büyük oranda ahlâki temeli içinde barındırmış olur. Bkz. **TUHR**, s.381

aranır. Ancak kusur kavramı objektifliğin sertliği nispetinde davranışın bir sıfatı olarak artık davranış unsuruyla yavaş yavaş bütünleşmeye başlamıştır. Subjektif teoriye göre hafif ihmal sayılamayacak pek çok durum objektif teoriye göre kusur kabul edilebilir. Böylece sorumluluk dairesi kusursuz sorumluluğa yaklaşmaktadır. Ayrıca bu genişlemiş kusur anlayışına göre mevcut olan kusurun tespiti ve ispatı da daha kolay olur⁵⁹. İspat ve tespit kolaylığı failin sorumlu olmasını kolaylaştırması yönüyle kusur ilkesini sebep sorumluluğu sonuçlarına yaklaştırır.

Subjektif kusur teorisi dairesi objektif teorinin sorumluluk dairesinden daha dardır. Subjektif kusur dairesi ihmalin oluşması şartlarını fail lehine ağırlaştırmış bulunmaktadır⁶⁰. Bu sebeplerle objektif teoride subjektif kusur teorisine göre, kusur daha kolay gerçekleştiği için, kusurun tespiti ve ispatı da daha kolay olduğu için failin sorumluluk dairesi genişleyerek kusursuz sorumluluk dairesine doğru yaklaşmaktadır⁶¹.

III. Kusurun Mahiyetinin Sorumluluk Hukukunun Unsurlarıyla İrtibatı

⁵⁹ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.50 vd; İMRE, s.29-30; FUNCHS/PAUKER, s.5,6.

⁶⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.50 vd.

⁶¹ Kusurun objektifleştirilmesindeki büyük faydalardan birisi mağdurun kusuru ispat edebilmesine kolaylık sağlanmasıdır. Gerçekten sert bir sebebiyet ilkesinden kusur ilkesine doğru geçişteki sıralamada öncelikle kusur aranmaz sonrasında sorumluluk için kusur aranır, daha yumuşak bir uygulamada kusurun olmadığı ispat faile yüklenir, daha yumuşağında bu ispat yükü mağdura yüklenir ve daha yumuşağında kusur subjektifleştirilerek failin ispatı da iyice zorlaştırılmış olur. İşte kusurun objektifleştirilmesi ve ispat yükü mağdurda olsa bile bunun kolaylaştırılması kusur ilkesini bir derece sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır. Bununla ilgili Bkz. FUNCHS/PAUKER, s.5,6.

Sorumluluk hukukunda sorumluluğu genişleten veya daraltan illiyet bağına, hukuka aykırılığa veya kusura ilişkin farklı teoriler mevcuttur. Bunlardan kusur unsuru ile ilgili olanlar temel olarak sebep sorumluluğu ve kusur ilkesidir⁶². Bu ikili ayırım sorumluluk hukukuna ilişkin en esaslı ayırmadır. İlliyet bağı ve hukuka aykırılığa ilişkin sorumluluk teorileri sebebiyet ve kusur ilkelerine göre daha tâli kalmaktadır. Bu iki teori sorumluluğu farklı kapsamlarda belirlemekte ancak her iki ilkenin de uygulanma derecesine göre sert ve yumuşak halleri bulunmaktadır.

A. Sorumluluk Hukukunun Dereceleri

Sebeb sorumluluğu fail ile zararlı sonuç arasında bir illiyet bağının varlığını sorumluluk için yeterli görür⁶³. Dolayısıyla en geniş sorumluk dairesi sebebiyet ilkesi sorumluluğundadır. Zira failin kusuru veya davranışı olsun olmasın fail ile zarar arasında illiyet bağlantısı kurulabiliyorsa fail bundan sorumludur. Hatta bu çeşit sorumlulukta failin mülkiyeti ya da sorumlu olduğu kişiler gibi dolaylı yollar vesilesiyle ortaya çıkan zararların bile failin şahsına atfedilmesi caizdir⁶⁴. Sebebiyet sorumluluğunun bir derece yumuşatılmış ve sorumluluğun daraltıldığı hali kusursuz sorumluluk esaslarına dayanan kusursuz sorumluluk halleridir.

⁶² TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.8; TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1-4.

⁶³ OFTINGER/STARK, s.46; İMRE, s.55; ERİŞGİN, s.138; TUNÇOMAĞ, s.287.

⁶⁴ Mesela yapı malikinin sorumluluğunda, malik kendi davranışıyla sebep olduğu değil mülkiyetindeki bir yapının sebep olduğu bir zarardan sorumlu olmaktadır. Adam çalıştıranın sorumluluğunda ise adam çalıştıran kendisinin değil başka kişilerin davranışlarıyla verdikleri zarardan sorumlu tutulmaktadır.

Buna göre sorumluluk için salt sebep olmak yeterli olmamalıdır⁶⁵. Sebep olanın sorumlu tutulabilmesi için başka sorumluluk esaslarının varlığına da ihtiyaç vardır⁶⁶. Kusursuz sorumluluk esasları, kusursuz sorumluluğu meşrulaştırır ve sebebiyet sorumluluğunu yumuşatırlar. Bunlar hakkaniyet, tehlike, menfaat, hâkimiyet gibi kusursuz sorumluluk esaslarıdır⁶⁷. Kusur ilkesine istisna olarak belirlenen kusursuz sorumluluk halleri bu gibi esaslara dayanmaktadır.

Kusursuz sorumluluk esaslarının mahiyetine göre kusursuz sorumluluk esasından doğan sorumluluk da sebebiyet esasından uzaklaşmakta ve yumuşamaktadır. Yani çok geniş bir sorumluluk olan sebebiyet ilkesi söz konusu kusursuz sorumluluk çeşitinin bünyesine göre sınırlanmaktadır. Böylece sebebiyet prensibinin daha yumuşak hali, kusursuz sorumluluk esaslarına istinat eden kusursuz sorumluluk halleri olmaktadır⁶⁸. Kusursuz sorumluluk hallerinin bir derece daha yumuşak ve kusur sorumluluğuna yaklaşan tarafını ise davranışın arandığı kusursuz sorumluluk halleri oluşturur. Bu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde hem bir kusursuz sorumluluk esası aranır ayrıca da failin bir davranışının olması da ilgili kusursuz sorumluluk halinin özel bir unsurudur. Böylelikle sorumluluk daraltılmıştır. Zararlı sonucun faile isnadı için mutlaka davranışın aranması ise kusur sorumluluğunun karakteristiğidir⁶⁹. Böylece

⁶⁵ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.93.

⁶⁶ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.93.

⁶⁷ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s. 93.

⁶⁸ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.93-95.

⁶⁹ Davranış unsurunun sebebiyet ilkesine göre sorumluluğu daraltması ve kusur ilkesine doğru yaklaştırması aslında zararın faile isnadıyla alakalıdır. Sebebiyet ilkesinde faile isnat çok geniş tutulmuştur. Failin varlığı sebebiyle -davranışı

sebebiyet ilkesinde davranış unsuruna yer verilmesi sorumluluk türünü kusur ilkesine bir derece daha yaklaştırmaktadır⁷⁰. Bu sınırdan sonraki yumuşama ile artık kusur ilkesine geçiş olur ve objektif kusur sorumluluğu dairesi başlar. Objektif anlayışın terk edilerek subjektif kusur anlayışının kabul edildiği nispette sorumluluk anlayışı da yumuşayarak sorumluluk kusur ilkesinin karakteristiğine yaklaşmaktadır.

Yukarda anlatıldığı üzere sorumluluğu kusur ilkesinden salt sebebiyete doğru yaklaştıran ilk husus öncelikle subjektif kusurdan objektif kusura geçiş⁷¹, sonrasında davranış unsuru, sonrasında ise kusursuz sorumluluk esaslarıdır⁷². Bunun da ötesinde salt sebebiyet sorumluluğu vardır. Bu üç aşamanın ilki olan subjektif ve objektif kusur anlayışının kusurun mahiyetiyle ilişkisinin kusur ilkesine etkisi incelenmiştir. Zaten subjektif ve objektif kusur anlayışları kusur ilkesi

olsun olmasın- ortaya çıkan zararlardan fail sorumlu tutulmaktadır. Yani illiyet bağı araştırması failin varlığı ve varlığından meydana gelen her şey ile zararlı sonuç arasında yapılmaktadır. Zararlı sonuç ile failin varlığı ve ondan ortaya çıkan her şey arasında değil sadece failin davranışı arasında illiyet bağı araştırılırsa sorumluluk da daralmış olur.

⁷⁰ Sorumluluğun genişleyip daralmasında hukuka aykırılıkla ilgili teoriler de önemlidir. Subjektif hukuka aykırılık teorisi sorumluluğu sebebiyet ilkesine doğru genişletmektedir. Objektif hukuka aykırılık teorisi ise davranışın ve sonucun hukuka aykırılığı teorileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Sonucun hukuka aykırılığı teorisinin gene sorumluluğu genişletici bir yapısı vardır. Davranışın hukuka aykırılığı ise sorumluluğu kusur ilkesine doğru yaklaşımcı ve sorumluluğu sınırlayıcı etki doğurur. Davranışın kusur ilkesinin karakteristiğini veren bir unsur olması yönüyle hukuka aykırılığı davranış unsurunda aramak, kusur ilkesi anlayışıyla paralel sonuç vermektedir. Zaten doktrinde de davranışın hukuka aykırılığı teorisini kusur sorumluluğu için uygulanması gerektiği fikri hâkimdir. Bkz. **EREN**, s.595, 596.

⁷¹ **İMRE**, s.60; **OFTINGER/STARK**, s.210

⁷² **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93-95.

dâhilindedirler. Bununla beraber kusur ilkesi haricinde olsa bile sorumluluğun gittikçe genişlemesine sebep olan davranış unsurunun terk edilmesi ve kusursuz sorumluluk esaslarının da kusurun mahiyetiyle ilişkilerini incelemek konunun daha etraflıca ortaya konulmasına yardımcı olur.

B. Kusurun Mahiyeti ve Davranış Unsuru

Kusur ilkesinden sebep sorumluluğuna doğru geçişte irade, davranış, iradeye veya davranışa ihtiyaç göstermeme gibi üçlü bir kavramsal sıralama vardır. Bu sıralama haksız fiildeki farklı unsurlar olan kusur ve davranış unsurlarının her ikisi açısından da söz konusudur. Yani kusur unsuru bakımından, kusur iradeyle açıklandığı nispette kusur ilkesi güçlü iken davranış tarzıyla açıklandığı nispette sebebiyet sorumluluğuna yaklaşmaktadır⁷³. Aynı şekilde davranış unsuru bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Zira davranışın iki unsurundan olan⁷⁴ manevî unsuru teşkil eden davranış iradesi yani fiilin failin denetim ve yönetimi altında bulunması failin iradesiyle alakalı bir husustur. Kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru kayıldıkça davranış unsuru da aranmamaya başlandığı için davranış iradesi de aranmamaya başlar. Bedeni hareket aransa bile sebep sorumluluğuna temel teşkil eden düşüncenin sertliği

⁷³ İMRE, s.60; OFTINGER/STARK, s.210.

⁷⁴ Haksız fiilin unsurlarından olan davranış unsurunu oluşturan iki ana unsur bulunmaktadır. Bunlardan birisi maddi unsurdur ki failin bedenî hareketini ifade eder. Diğeri de manevi unsur olup fiilin fail tarafından yönlendirilmiş olmasını ve failin fiilini ortaya çıkartmasına egemen halde bulunmasını ifade eder. Bkz. DEUTSCH, Haftungsrecht, s.64; EREN, s. 517.

nispetinde bedeni hareketin iradeye dayanmasının aranmaması da sebebiyet sorumluluğunun temel yaklaşımına uygunluk arz eder. Hasılı kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru yaklaşıldıkça kusur unsuru irade yerine davranışla açıklandığı gibi, haksız fiilin davranış unsuru da irade kavramından sıyrılmaya ve sırf bedeni harekete dönüşmeye başlar. Sebebiyet ilkesine tamamen geçildiğinde kusur kavramı ortadan kalkmış ancak davranış kavramı yer yer mevcut bulunmaktayken sert sebebiyet ilkesine geçildiğinde davranış unsuru da tamamen ortadan kalkmaktadır⁷⁵.

Kusur sorumluluğu davranış unsuruyla kaimdir. Davranış olmaksızın kusur gerçekleşemez. Zira kusuru irade olarak kabul eden yazarlara göre, kusur hukuka aykırı davranışa yönelik iradenin kınanması olup bir davranışa yönelip davranışla ortaya çıktığı için davranış olmaksızın kusurdan bahsedilemez. Kusuru davranış tarzı olarak değerlendiren yazarlara göre ise kusurdan bahsetmek için zaten davranışa ihtiyaç vardır. Hasılı iki görüşe göre de kusur bir davranış ile ortaya çıkabilmektedir. Davranış unsuru kusursuz sorumluluk hallerinin bir kısmında da varlığını sürdürür. Varlığını sürdürdüğü bu kısım sorumluluğun doğmasının nispeten zorlaştığı sebebiyet ilkesinin yumuşak ve kusur ilkesine yakın tarafını teşkil etmektedir. Böylece kusur ilkesinde zararın faile atfedilmesi, failin davranışı kanalıyla olmaktadır. Yani zarar ile arasında illiyet bağı araştırılan kavram failin davranışdır⁷⁶.

⁷⁵ TUNÇOMAĞ, s.272; İNAN/YÜCEL, s. 379; EREN, s.596.

⁷⁶ AKINCI, s.138.

Kusurun mahiyetine ilişkin tartışmalar, davranış unsurunu doğrudan doğruya etkilemez. Zira bunlar farklı unsurlardır. Ancak kusur davranışa yönelik ve onunla ortaya çıkabilen bir kavram olduğu için kusura ilişkin tanımların davranış unsuruyla da aslında gizli bir bağlantısı vardır. Şöyle ki kusuru irade olarak kabul eden görüşe göre kusur failin yapacağı davranışa yönelmiş ve davranışına asıl sebep olan tahmin ve öngörüsünü de içeren iradesidir⁷⁷. Yani kusur davranış unsuruna yönelen iradedir. Kusuru davranış tarzıyla açıklayan görüşe göre ise kusur davranışın bir sıfatıdır. Yani kusur davranışın bizatihi kendisi değilse de o davranışa dair bir vasıftır. Böylece kusurun tanımı iradeden, davranış tarzına doğru yaklaştıkça kusur unsuru davranış unsuru içine doğru kaymakta ve o potada erimeye başlamaktadır. Zira kusur davranışa yönelik iradeden, davranışın sıfatına dönüşmekte ve davranış unsuruna yaklaşip içine biraz da olsa dâhil olmaya başlamaktadır. Böylelikle en güçlü kusur ilkesi anlayışı olan subjektif kusur anlayışında kusur davranışa yönelik fakat ondan tamamen bağımsız bir irade iken, objektifleşen ve sebebiyet ilkesine yaklaşan kusur ilkesi anlayışında kusur davranış unsurunun bir sıfatına dönüşmekte ve davranış unsuruna yaklaşmakta ve bu unsur içine bir derece dâhil olmaktadır. Sebebiyet ilkesine varıldığında kusur unsuru davranışın bir sıfatı olarak dahi kabul edilmeyip tamamen ortadan kalkmakta ancak davranış unsuru sebebiyet ilkesinin yumuşak halinde

⁷⁷ Bunu davranışın manevi unsuru olan davranışın iradiliği kavramından ayırt etmek gerekir. Davranışın iradiliği failin fiiline egemen halde bulunmasını yani isteyerek o bedeni hareketi yaptığını ifade eder. Davranışın iradiliği için tahmin veya öngörü gibi hususlara ihtiyaç yoktur. Ancak doktrinde davranışın manevi unsuruna tahmin ve öngörüü de dahil ederek onu kusurla adeta eşitleyen bir görüşte mevcuttur. İlgili görüş için Bkz.

kendisine yer bulabilmektedir. Neticede objektifleşen kusur ile, kusur unsurunun sorumluluktaki ağırlığı davranış unsuruna doğru kaymaktadır. Bu durum aslında sebebiyet ilkesinin sonuç odaklı bir ilke olmasından kaynaklanmaktadır. Zira kusur farazi bir kavram olup⁷⁸ sonuca etki etmezken davranış sebep sonuç ilişkilerinin bir parçasını teşkil etmektedir. Bütün bunların bir neticesi olarak davranış unsuru kusur unsuruna göre sebebiyet ilkesine daha yakın olduğu için, objektifleşen kusur davranış unsuru marifetiyle sorumluluğu sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır⁷⁹.

C. Kusursuz Sorumluluk Esaslarının Davranış Unsuruna İlişkin İşlevi

Kusursuz sorumluluk esasları sebebiyet sorumluluğu dâhilinde işlevi olan bir kavram olup kusur sorumluluğuyla irtibatlı değildir. Ancak sert sebebiyet sorumluluğunu kusur ilkesine yaklaşmasına sebep olması yönüyle aralarında bir bağlantı düşünülebilir. Gerçekten kusursuz sorumluluk esasları kendi bünyelerine uygun olarak sebebiyet ilkesini yumuşatmaktadırlar. Şöyle ki sebebiyet ilkesine göre sorumluluk için zarara failin zararlı sonuca sebep olmuş olması yeterliyken kusursuz sorumluluk esaslarına bağlı sorumlulukta sadece neden olmak yeterli değildir. Sorumluluğun asıl gerekçesi neden olmak değil neden olmakla birlikte kusursuz sorumluluğun dayandığı kusursuz sorumluluk esasının varlığıdır⁸⁰. Yani ilgili kusursuz sorumluluk halini ortaya çıkaran ve onu

⁷⁸ İMRE, s.38, TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.90.

⁷⁹ İMRE, s.60; OFTINGER/STARK, s.210.

⁸⁰ TANDOĞAN, Mes'uliyet Hukuku, s.93; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı sorumluluk, s.4-7.

meşrulaştıran asıl hukuki gerekçe söz konusu kusursuz sorumluluk esasıdır⁸¹. Böylece kusursuz sorumluluğun gerçekleşmesine ilişkin özel şartları belirleyen de kusursuz sorumluluk esasının bünyesi olmaktadır. Kusursuz sorumluluk esasının bünyesine göre ortaya çıkmış olan sorumluluk şartları sert sebebiyet ilkesini yumuşatmakta ve sadece sebep olmanın sorumluluğu ortaya çıkarmasına engel olmaktadır⁸².

Kusursuz sorumluluk esasları sebebiyet ilkesinin kusur sorumluluğuna doğru yaklaşmaya başladığı bir noktadır. Her kusursuz sorumluluk esasının yapısı, gereklilikleri, ortaya çıkardığı sonuçlar kendisine dayan kusursuz sorumluluk halinin ne derece sert sebebiyete yaklaşacağını veya kusur sorumluluğuna eğilim göstereceğini belirler. Mesela tehlike esası bünyesi ve gereklilikleri gereği sert sebebiyet ilkesine yakın sonuçlar veren tehlike sorumluluğunu doğururken objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan kusursuz sorumluluk halleri yer yer kusur ilkesine eğilim gösteren kusursuz sorumluluk tipleri doğurur. Bu tip sorumluluklarda kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtulmak mümkün olması yönüyle sorumluluğun doğması zorlaştırılarak sorumluluk kusur ilkesine yaklaştığı gibi objektif özen ödevinin ihlâli kavramı da hafif ihmale benzeyen bir yapıdadır. Ayrıca kusursuz sorumluluk esaslarının bünyeleri gereği ilgili kusursuz sorumluluk halinde davranış bir unsur olarak aranabilir. Sorumlulukta davranışın bir unsur

⁸¹ **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93

⁸² **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s.93; **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı sorumluluk, s.4-7; **AKINCI**, Borçlar, s.154,155.

olarak aranması da şüphesiz kusur sorumluluğuna yaklaşıtrıcı bir sonuç doğurmaktadır. Bu noktalardan kusurun mahiyetine ilişkin görüşlerle objektif özen esasına dayanan sorumluluklar arasındaki bağı da incelemek gerektiğı kanaatindeyiz.

Objektif özen ödevi hem kusura hem de hukuka aykırılığa benzer bir kavramdır. Kanun koyucu kişiye belirli bir özen ödevi yüklemiştir. Kişinin özen ödevini yerine getirmeyerek buna aykırı davranması, kanunun o husustaki emredici hükmüne aykırılık teşkil ettiğı için bu hukuka aykırılık olur⁸³. Özen ödevinin yüklendiğı hukuk kuralı ihmal içeren bir davranışı yasaklamış olabilir. Zira hukuk kuralları ihmali tespit eder tarzda düzenlenebilirler⁸⁴. Böylece ilgili hukuk kuralının içeriğı ihmal olan bir fiilin yapılmasının yasaklanması veya yapılmaması halinde ihmal olacak bir fiilin yapılmasının emredilmesi şeklinde olabilir.

Aslında hukuk kuralıyla kişiye yüklenen bu objektif özen yükümlülüğü çok hafif bir ihmalde gösterilmemiş olan özen ve tedbir seviyesine benzemektedir. İhmal çeşidinde kusurun işlenmesi için failin göstermesi gereken özen ve tedbiri göstermemiş olması gerekir. Objektif özen yükümlülüğünde ise faile, onun normalde göstermesi gereken özen ve tedbirden daha üst seviyede bir özen ve tedbir gösterme ödevi yüklenmektedir. Yani objektif özen ödevi aslında objektif ihmal

⁸³ Bu sebeple objektif özen yükümlülüğünün hukuka aykırılık esasının bir görünümü olduğı söylenmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Sözleşme Dışı sorumluluk, s.6.

⁸⁴ **VITO**, s.15. Mesela emniyet şeridinden gidilmemesine ilişkin trafik kuralının ihlali hem hukuka aykırılık hem kusur teşkil eder.

anlayışıyla faile yüklenen tedbirden daha ağırdır. Bu itibarla objektif özen ödevinin ihlali ağırlaştırılmış objektif ihmal anlayışına göre çok hafif bir ihmal teşkil edebilir veya buna benzetilebilir. Ağır bir objektif ihmal anlayışında kusur davranışla açıklandığı gibi objektif özen ödevinin ihlalinin gerçekleşmesi için de irade değil özen ödevine aykırı bir davranış tarzı yeterlidir. Kusur sorumluluğunda dahi objektifleşme ile irade yerine davranış tarzına yönelim söz konusuysen kusursuz sorumlulukta iradî kavramlar yerine davranış tarzıyla meşgul olunması gayet tabiidir⁸⁵.

Kusur sorumluluğundan, sebebiyet ilkesine doğru geçişte sorumluluğun doğmasında sırasıyla önce iradenin aranması sonra iradenin aranmayıp davranışın aranması sonrasında ise her ikisinin aranmaması gibi üçlü bir sıralamanın var olduğundan bahsedilmişti. İşte sebebiyet sorumluluğuna geçiş ile davranışın aranmamaya başlanmasında kusursuz sorumluluk esaslarının belirli bir rolü bulunmaktadır. Sert sebebiyeti yumuşatan kusursuz sorumluluk esası, sorumluluğun asıl gerekçesi olup hangi hallerde sebebiyete bağlı sorumluluğun oluşacağını kendi bünyesine göre tayin eder. İşte bu tayin ile kusursuz sorumluluk hallerinin oluşma

⁸⁵ Objektif özen ödevinin ihlaline dayan kusursuz sorumluluk hallerinin özel şartlarında bazen davranış aranmaktadır. Mesela yapı malikinin sorumluluğunda, sorumluluk için yapının yapımında veya bakımında bir eksiklik olmalıdır. Bkz. **AKINCI**, Borçlar, s.161; **REİSOĞLU**, s.194. Benzer şekilde objektif özen ödevinin yerine getirildiğini ispatlamak için ileri sürülen hususlarında davranışla bağlantılı olduğu görülmektedir. Mesela adam çalıştırmanın sorumluluktan kurtulması için talimat verirken, çalışanını seçerken, gözetim ve denetimde bulunurken, iş organizasyonunu yaparken gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. Bkz. **AKINCI**, Borçlar, s.158. **REİSOĞLU**, s.179.

şartları ortaya çıkar. Bunlar içerisinde davranışın doğrudan aranması ya da belirli şartlar içerisinde gizli ve dolaylı olarak bulunması hep bu kusursuz sorumluluk esasının bünyesinden kaynaklanmaktadır. Mesela tehlike sorumluluğu için davranış şartı aranmaz. Zira tehlike esasına göre sorumluluğun asıl gerekçesi başkası aleyhine yoğun tehlikeyi ortaya çıkartmış bulunmaktır. Ancak tehlikeli bir faaliyette bulunmak bu çeşit sorumluluğun bir özel şartı olup aslında bir gizli ve dolaylı davranış da teşkil eder. Bazen kusursuz sorumluluk esasının bünyesi gereği kusursuz sorumluluk halinde davranış da aranabilir. Mesela adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedebilmek için yardımcı kişinin işi görürken hukuka aykırı bir davranışta bulunması gerekir⁸⁶. Denilebilir ki kusursuz sorumluluk esasları kendi bünyesine göre sebebiyet sorumluluğunun sertliğini tayin etmekte ve sorumluluk sert sebebiyete yaklaştıkça davranış unsurunu daha dolaylı hale getirmekte veya onu tamamen ortadan kaldırmaktadır. Böylece kusurun tanımında iradeden davranışa yönelmesi, sorumluluk anlayışını sebebiyet ilkesine yaklaştırması gibi, kusursuz sorumluluk hallerinin davranış unsurunu dolaylı hale getirmesi de veya onu ortadan kaldırması da sorumluluğu sert sebebiyete doğru yaklaştırmaktadır⁸⁷.

SONUÇ

Kusur ilkesi kusur unsurunu sorumluluğun temeline koymakta ve haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsuru olarak değerlendirmektedir.

⁸⁶ Bkz. **AKINCI**, Borçlar, s.157.

⁸⁷ Kusursuz sorumluluk için davranış aranmadığı hakkında Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s.272; **İNAN/YÜCEL**, s. 379; **EREN**, s.596.

Kusur ile sorumluluk kurulup, sorumluluğun kapsam ve sonuçları bu kavrama bağı olarak şekillendiği için kusurun ne olduğu sorusu büyük önem arz eder. Kusuru oluşturan şeyin ne olduğu yani kusurun mahiyeti hakkında da doktrinde önemli bir görüş ayrılığı mevcuttur. Böyle önem arz eden bir soruya verilen birbirinden önemli derecede farklı iki cevap kusura bağı sorumluluk anlayışını ve sonuçlarını kökten etkilemektedir.

İrade ve davranış tarzı kavramları sadece kusur ile ilgili değil sorumluluk hukukunun tamamında mevcut bulunan ve sorumluluk hukukundaki farklı teorilere temel teşkil eden kavramlardır. Bununla beraber kusurun irade veya davranış tarzı olduğu hususundaki söz konusu ihtilaf kusur unsuru hakkındaki farklı teorilerin temeline yerleşmiştir. İhmal çeşitinde kusurun tespitinde objektif teori failin yerine ortalama özelliklerdeki üçüncü kişiyi koymuş ve failin davranışının söz konusu üçüncü kişinin davranış tarzından sapmasını aramıştır. Subjektif teoride ise failin kendi özellikleri gözetildiğinde somut olayda söz konusu zararı meydana getirmekte failin iradesinin kınanabilir olup olmadığı esas alınmıştır. İki teori arasındaki en belirgin fark birisinin ortalama üçüncü kişiyi esas almak diğerinin faili esas almaktır. Ancak teoriler arasındaki ikinci önemli teknik fark da objektif teorinin kusurun tespitinde davranış subjektif teorinin iradeyi esas almış olmasıdır.

İki teori arasında böyle bir farkın ortaya çıkmasının farklı sebepleri bulunmaktadır. İrade, davranışa göre failin şahsına, iç alemine, onun kişiliğine daha yakın ve daha subjektif bir kavramdır. Bu sebeple kusur değerlendirmesinin iradeye göre yapılması subjektif teorinin

karakteristiğine uyum göstermektedir. Davranış iradeden sonra gelişen ve failin kişiliğine iradeye göre daha uzak, son derece daha somut, tespiti kolay ve çok daha objektif bir kavramdır. Kusurun tespitinde davranışın esas alınması bu sebeplerle objektif teorinin karakteristiğine uyum göstermektedir. Ayrıca objektif teori failin davranışının ortalama üçüncü kişiden ayrılması ile ortaya çıkan zarar, failin kendi şahsından kaynaklandığı için zararı faile yüklemekte failin ahlâken kınanabilir olmasını aramamaktadır. Faili ahlâken kınamaya ihtiyaç kalmayınca, kınanmayla davranışa göre çok daha alakadar olan irade kavramıyla meşgul olmaya da ihtiyaç kalmamaktadır.

Kusurun davranış tarzı olarak kabul edilmesi objektif teoriyle somutlaşmakta ve objektif teoride kusur ilkesini sertleştirerek sebebiyet ilkesine yaklaştırmaktadır. Kusurun objektifleşmesiyle sorumluluğun sebebiyet ilkesine yaklaşmasının iki ana sebebi vardır. Bunlardan birincisi kusurun davranış tarzı olarak açıklanmasıdır. Zira kusur aslında farazi bir kavram olup zarara asıl sebep olan etken olmadığı halde sebep sonuç ilişkilerine doğrudan dâhil bir unsur olan davranışı sorumluluğun temel unsuru yapmak sebebiyet ilkesinin karakteristiğidir. Ayrıca kusurun davranış olarak açıklanması daha sonuç odaklı olup, failin ahlâki kınanmasının aranmamasına da neden olduğu için sebebiyet ilkesinin karakteristiğine uyum gösterir. İkinci sebep objektif teoriyle kusur dairesinin genişlemesi ayrıca kusurun tespit ve ispatının çok daha kolay hale gelerek failin sorumluluğunun kolaylaşmasıdır.

Kusur ilkesinin ve sebebiyet ilkesinin irade ve davranış kavramlarıyla ilişkilerine bakılırsa sebebiyet ilkesi sorumluluğu ne iradeye ne de davranışa ihtiyaç gösterir. Sebebiyet ilkesinden kusur ilkesine doğru yaklaşıldıkça davranış kavramı kendisine yer bulmaya sonrasında ise irade kavramı sorumluluk hukukuna dâhil olmaya başlar. Bu itibarla bu iki kavramın kusur unsurunu etkilemek suretiyle sorumluluk anlayışına tesir etmeleri söz konusu olduğu gibi kusursuz sorumluluğa doğru geçişte davranış unsuruna da tesirleri söz konusudur. Davranışın manevi unsuru olan iradilik yani davranışın failin yönetim ve tedbirinde gerçekleşmesi, kusurun irade ile açıklandığı nispette kusura daha çok benzeyen bir hal almaktadır. Ayrıca irade mefhumu ortadan kalktıkça, davranışın manevi unsurunun ortadan kalkmasıyla davranış unsuru da ortadan kalkmaya başlayacağı için sorumluluk gene sebebiyet ilkesine doğru yaklaşmaya başlamakta böylece kusur ilkesi zayıflamış olmaktadır.

Kusur hakkında hangi tanım kabul edilirse edilsin, kusurun varlığı davranış unsurunun varlığına ihtiyaç gösterir. Zira davranış olmadan kusur somutlaşıp ortaya çıkamaz ve kusurlu bir davranıştan söz etmek mümkün olmaz. Bu itibarla kusur ilkesi bakımından davranış unsuru zararın faile atfedilmesinde tek ve mutlak kanaldır. Davranış unsurunun kusur ilkesiyle böylesine önemli bir ilişkisi varken, kusurun tanımındaki ihtilaf davranış unsurunu da dolaylı olarak etkilemektedir. Kusur davranış tarzı olarak kabul edilmekle, davranış unsurunun içerisine de kısmen dâhil olmaya başlamakta, sorumluluk için kusur kavramı aslından uzaklaşırken davranış unsuru ağırlaşmaya başlamaktadır. Buradan çıkan sonuç kusurun bir irade değil davranış tarzı olarak kabul edilmesiyle kusurun objektifleşip

sebebiyet ilkesine yaklaşıldığıdır. Ayrıca kusur unsuru, davranış unsuruna yaklaştığı ve birbirlerine karışmaya başladıkları içinde sebebiyet ilkesine yaklaşılmaktadır. Zira davranış unsuru, kusur unsuruna göre sebebiyet ilkesine çok daha yakın hatta yer yer onun içerisinde.

Kusursuz sorumluluk esasları kusur ilkesinin terk edildiği noktada kusursuz sorumluluğu meşrulaştıran kusursuz sorumluluk hallerinin temel dayanaklarıdır. Kusursuz sorumluluk halinin sertliği ve yumuşaklığını dayandığı kusursuz sorumluluk esasları belirler. Doğrusu kusursuz sorumluluk esasları kendi bünyesine uygun şekilde kusursuz sorumluluk halinin tüm özel şartlarını belirlemektedir. Böylece kusursuz sorumluluk halinde davranış unsuru aranabilir veya bu dolaylı olarak bulunabilir veya hiç aranmayabilir. İşte davranışın arandığı kusursuz sorumluluk halleri davranış unsurunun kusur ilkesinin olmazsa olmaz unsuru olması sebebiyle kusur sorumluluğuna meyletmektedir. Ayrıca özen ve tedbir yükümlülüğüne dayanması yönüyle mahiyeti itibarıyla kusura benzeyen objektif özen yükümlülüğü gibi kusursuz sorumluluk esaslarının, subjektif değil objektif kusur anlayışına benzediğini söylemek mümkündür. Bu durumda kusurun objektifleşmesi ile kusursuz sorumluluğa yaklaşması sonucu ile paralellik arz etmektedir.

Bütün bu incelemelerden çıkan ortak sonuç kusur sorumluluğunun temelinde irade mefhumu varken, davranış tarzı mefhumu sorumluluğun herhangi bir unsuru içerisinde kendisine yer buldukça sorumluluğun sebebiyet sorumluluğuna doğru yaklaştığıdır. İrade ve davranışın tam ortadan kalkması ile salt sebebiyet sorumluluğuna ulaşılmaktadır. İrade

yerine davranış tarzı mefhumunun tercih edilmesi kusur unsuru bakımından değerlendirildiğinde kusur unsuru marifetiyle, davranış unsuru bakımından değerlendirildiğinde davranış unsuru marifetiyle sorumluluğu kusur ilkesinden sebebiyet ilkesine doğru yaklaştırmaktadır. Kusursuz sorumluluğa varıldığında artık davranış mefhumu da ortadan kalkmaya başlamaktadır.

Sebep sorumluluğu sonuca yönelik bir yaklaşım içerirken, kusur sorumluluğunun faile yönelik bir yaklaşımla sorumluluğu tayin eder. Böylece failden sonuca doğru ilerleyen bir çizgide sorumluluk hukuku hükümleri ortaya çıkmıştır. İşte irade davranış tarzına göre faile daha yakın sonuçtan daha uzaktır. Davranış tarzı da iradeye göre faile daha uzakken sonuca biraz daha yakınlaşmıştır. Bu sebepten irade kavramı, kusur veya davranış unsurlarının değerlendirilmesi açısından kusur ilkesine yaklaştırıcı ve onu güçlendirici sonuçları ortaya çıkartır. Davranış tarzı kavramı ise kusur ve davranış unsurları bakımından sebebiyet ilkesine yaklaştırıcı sonuçlar ortaya çıkartmaktadır.

Kısaltma Listesi

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
EAD	: Ekev Akademi Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
MÜHF- HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: Ve devamı

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Konya 2012. (AKINCI, Borçlar)

AKINCI, Şahin, *Roma Borçlar Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya 2013, s.28. (AKINCI, Roma Borçlar)

ANTALYA, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ATAMER, Yeşim Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları, İstanbul 1996.

AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Mimoza Yayınları, 6098 Sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu' na Göre Hazırlanmış 8. Tıpkı Baskı, Konya 2013.

BAŞ, Büşra, “*Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Unsuru*”, İBD, C.92, S.

2018/4, Y. 2018, s. 224-235.

BAYSAL, Başak, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

BAYSAL, Başak, *Sorumluluk Hukuku (Seminerler)*, İstanbul 2016.

BERKİN, Necmeddin, “*İngiltere’ de Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluk Halleri*”, İÜHFİM, C.39, S. 1-4, Y.2011, s. 169-197.

ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, *Hukuka Aykırılık ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1996. (DEUTSCH, Haftungsrecht)

DEUTSCH, Erwin, *Deliktsrecht Unerlaubte Handlungen. Schadensersatz. Schmerzensgeld*, 6. vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2014. (DEUTSCH, Deliktsrecht)

EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2012.

ERİŞGİN, Nuri, *Medeni Hukuk-II*, 3. Baskı, Eskişehir 2014.

FUNCHS, Maximilian, *Deliktsrecht*, Sechste aktualisierte und überarbeitete Auflage, Berlin 2006.

FUNCHS/PAUKER, *Delikts und Schadensersatzrecht*, 8. aktualisierte und erweiterte Auflage, Ingolstadt 2012.

GUHL, Teo, *Das Schweizerische Obligationenrecht Mit Einscluß Des Handels- Wechsel- Und Versicherungsvertragsrechtes*, Dritte verbesserte und ergänzte Auflage, Zürich 1944.

GÜNDÜZ, Adil, *Manevî Tazminatı Kusurun Rolü*”, ABD, S. 1, Y. 1972.

İNAN, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, İstanbul 2014.

İMRE, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.

KELLER, Alfred, *Haftpflicht Im Privatrecht*, 2002 Bern.

KELLER, Max/**GABI- BOLLİGER**, Sonja, *Haftpflichtrecht Band II*, Basel und Frankfurt 1985.

KILIÇOĞLU, Mustafa, *Tazminat Hukuku*, Legal Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2010. (KILIÇOĞLU, Borçlar Genel)

KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 17. Bası, Ankara 2013.

KÖTZ, Hein/ **WAGNER**, Gerhard, *Deliktsrecht*, 12,neu bearbeitete Auflage, München 2013.

LARENZ, Karl, *Lehrbuch Des Schuldrechts I. Band: Allgemeiner Teil*, Vierzehnte Neubearbeitete Auflage, München 1987,

NART,Serdar, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2014. (NART, Borçlar)

NART, Serdar, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)*, Adalet Yayınevi, Birinci Baskı, Ankara 2014. (NART, Hakkaniyet)

OFTİNGER, Karl/**STARK**, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band

Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995.

OĞUZ, Habip, “*Sorumluluk Hukukunda Kusur*”, TAAD, S. 28, Y. 2016.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul 2013.

ORHUNÖZ, Ergun, *Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları Ölüm ve Bedenî Zararlar*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

REİSOĞLU, Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Beta Basım, 2013 İstanbul

SCHWARZ, Andreas, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt1*, İstanbul 1948, (Çev. Bülent Davran)

TAHİROĞLU, Bülent, “*Kusursuz Sorumluluk Ve Modern Hukuklara Etkisi*”, MÜHF-HAD, C. 14, S. 4, Y. 2008, s. 157-170.

TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010. (Mes’uliyet Hukuku)

TANDOĞAN, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Birinci Baskı, Ankara 1981. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

TUHR, Andreas Von, *Borçlar Hukuku 1-2*, Yargıtay Yayınları no:15, İstanbul (Çev. Cevat Edege) 1983.

TUHR, Andreas Von/**PETER**, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationrechts*, Zürich 1979.

ŞEN, Yusuf, “İslâm Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin

Sorumluluğunun Değerlendirilmesi”, EAD, S. 68, Y:2016, s. 383-414.

TUNÇOMAĞ, Kenan, *Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler*, İstanbul 1972.

UYGUR, Turgut 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt-1, Ankara 2013

ÜNAL, Mehmet, “Manevî Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Y. 1978, s. 397-437.

VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002.

YAVUZ, Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri”, MÜHF -HAD, C.14, S.3, Y. 2008, s. 29-61.