

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN
HUKUKÎ SORUMLULUĞU
(HAKKANİYET SORUMLULUĞU)**

Serdar NART

**Danışman
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ**

İzmir 2007

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum ‘‘Ayırt Etme Gucunden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluđu (Hakkaniyet Sorumluluđu)’’ adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gűsterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../2007

Serdar NART

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Serdar NART
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Doktora
Tez Konusu : Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI	<input type="radio"/>	OY BİRLİĞİ ile	<input type="radio"/>
DÜZELTME	<input type="radio"/>	OY ÇOKLUĞU	<input type="radio"/>
RED edilmesine	<input type="radio"/>	ile karar verilmiştir.	

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir.	<input type="radio"/>	Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir.	<input type="radio"/>	O
Tez,gözden geçirildikten sonra basılabilir.	<input type="radio"/>	O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.	<input type="radio"/>	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red
.....	<input type="checkbox"/>	Başarılı	<input type="checkbox"/>	Düzeltilme	<input type="checkbox"/>	Red

Y.Ö.K. DOKÜMANTASYON MERKEZİ TEZ VERİ FORMU

**YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ
TEZ VERİ FORMU**

Tez/Proje No:

Konu Kodu:

Üniv. Kodu

- Not: Bu bölüm merkezimiz tarafından doldurulacaktır.

Tez Yazarının
Soyadı: NART

Adı: Serdar

Tezin Türkçe Adı: Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu
(Hakkaniyet Sorumluluğu)

Tezin Yabancı Dildeki Adı: Legal liability of mentally incapacitated persons (liability based on equity)

Tezin Yapıldığı

Üniversitesi: Dokuz Eylül

Enstitü: Sosyal Bilimler

Yıl: 2007

Diğer Kuruluşlar:

Tezin Türü:

Yüksek Lisans:

Dili: Türkçe

Doktora:

Sayfa Sayısı: 259

Tıpta Uzmanlık:

Referans Sayısı: 298

Sanatta Yeterlilik:

Tez Danışmanının

Ünvanı: Prof. Dr.

Adı: Şeref

Soyadı: ERTAŞ

Türkçe Anahtar Kelimeler:

- 1- Ayırt Etme Gücü
- 2- Hakkaniyet
- 3- Haksız fiil
- 4- Sorumluluk
- 5- Denkleştirme

İngilizce Anahtar Kelimeler:

- 1- mental capacity
- 2- equity
- 3- tort
- 4- liability
- 5- Balance Compensation

Tarih:

İmza:

Tezimin Erişim Sayfasında Yayınlanmasını İstiyorum

Evet

Hayır

ÖZET

Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, ayırt etme gücünden yoksun olan, yani makul surette hareket etme gücüne sahip olmayan kişilere mümkün olduğunca tam bir koruma sağlamaya çalışmaktadır. Zira, bu kimseler, ya aklı güçlerinde var olan bir eksiklik sebebiyle, yahut da yaş küçüklüğü sebebiyle makul şekilde hareket etme kabiliyetinden yoksundurlar ve bu nedenle korunmaya muhtaçtırlar.

Ayırt etme gücünden yoksun kimseleri Medeni Kanunumuzun 15. maddesine göre, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere yaptıkları fiilleri hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Bu anlamda, bu kimselerin ne bir işlem ehliyeti ne de bir haksız fiil ehliyetleri vardır. Dolayısıyla yaptıkları işlemlerden ve eylemlerden kural olarak sorumlu tutulmaları mümkün olmayıp, aynı maddede, belirtildiği üzere kanundan doğan bazı istisnaların bulunabileceği düzenlenmiştir. Bunlardan bir tanesi belki de en önemlisi, Borçlar Kanunumuzun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkaniyet sorumluluğudur. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin işlediği zararlı davranış sonucu meydana gelen zarar, somut olayın şartlarına göre hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim, zararın, ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından uygun bir şekilde giderilmesine karar verebilir.

Hakkaniyet sorumluluğu, tamamen toplumsal adâlet ve fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinden ortaya çıkmış ve bir yandan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması amaçlanırken, bir yandan da zarar gören kimsenin gördüğü zararın karşılanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde çatışan menfaatler arasında en azından kısmen bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. İşte bu amaç doğrultusunda hâkim, somut olayın durumuna göre şartları değerlendirerek, zararın kısmen de olsa giderilmesine karar verebilecektir. Hakkaniyet sorumluluğu, haksız fiiller içerisinde düzenlendiği hâlde, koşulları ve mevcut kapsamı içerisinde toplumsal adâlet düşüncesinden oluşan bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Hakkaniyet sorumluluğunun, ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda söz konusu olması; sorumluluğun hukukî niteliği ve koşulları bakımından haksız fiillerden ve diğer kusursuz sorumluluk hâllerinden farklılıklar taşımasına neden olmaktadır. Çalışmamızda bu konular ortaya konulmuştur.

ABSTRACT

The civil code, aims to provide a wide scope of protection for persons who lack capacity of judgement. Because these people have mental illnesses or lack capacity due to mental disability (intellectual absence) or they are minors, they have no capacity to act reasonably. This is the reason for their dependance on protection.

Mental health and incapacity law concerns the operation of law as it affects those who suffer. Article 15 of the Civil Code recognises no juridical effect to the acts of people with mental incapacity. Therefore they do not have capacity to act or to commit torts. In that sense, they can not be held liable for actions or acts they commit, although some exceptions are provided for by the law. Amongst these exceptions, maybe the most significant is the responsibility based on equity laid down in art. 54 § 2 of the Code on Obligations. Pursuant to this provision, in view of the circumstances of the specific case and if equity so requires, the judge can rule that the damage caused by a harmful act committed by a mentally incapacitated person be compensated in a due manner by the person in question.

Liability based on equity derives from the ideas of social justice and balancing obligations, and aims to protect the mentally incapacitated on the one-hand and compensate the damage suffered by the other party on the other. This way, at least a partial balance is established between competing interests.

Although regulated as part of tort law, due to its current conditions and scope of application, equity is a type of strict liability deriving from the idea of justice. Because liability based on equity only arises when equity so requires, the legal character and conditions of this type of liability differ from tort liability and other types of strict liability. These questions have been analysed in our study.

**AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU
(HAKKANİYET SORUMLULUĞU)**

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
Y.Ö.K. DÖKÜMNTASYON MERKEZİ VERİ FORMU.....	IV
ÖZET.....	V
ABSTRACT.....	VI
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR.....	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN
SORUMLULUĞUNA TARİHSEL BAKIŞ VE GENEL KAVRAMLAR..... 4**

**§ 1. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA
TARİHSEL BAKIŞ..... 4**

I. Roma Hukuku.....	4
A. Çocuklar Bakımından	4
B. Akıl Hastaları Bakımından	7
II. Germen Hukuku.....	8
III. İslâm Hukuku.....	14

§ 2. AYIRT ETME GÜCÜ KAVRAMI VE UNSURLARI16

I. Ayırt Etme Gücü Kavramı Ve Unsurları	16
A. Psikolojik Unsur	17
B. Fizyolojik (Biyolojik) Unsur.....	21
II. Sezginliği Ortadan Kaldıran Sebepler.....	22
A. Yaş Küçüklüğü	22
B. Akıl Hastalığı.....	24
C. Akıl Zayıflığı	26
D. Sarhoşluk	28
E. Benzer Sebepler	29
III. Ayırt Etme Gücünün Saptanması ve İspatı	30
A. Ayırt Etme Gücünün Varlığı Karinesi	31
B. Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi.....	32
IV. Hukukî Sorumluluk, Ayırt Etme Gücü ve Yüklenebilirlik Kavramı	33
A. Hukukî Sorumluluk Bakımından	33
B. Yüklenebilirlik (İsnat Edilebilirlik).....	34
1. Yüklenebilirliğin Zorunluluğu	35
2. Yükleme	36
a. Geniş Anlamda Yükleme: Bilinçli Serbest İradenin Varlığı.....	37
b. Yüklenebilirliğin Rolü	37
c. Değerlendirme	39
C. Ceza Hukukun'daki Yüklenebilirlik Kavramı	40

§ 3. GENEL ANLAMDA SORUMLULUK VE SORUMLULUK TÜRLERİ.....43

I.	Genel Anlamda Sorumluluk	43
II.	Sorumluluk İlkeleri	44
A.	Kusur.....	45
B.	Sözleşme	45
C.	Kanun.....	45
III.	Kusur Sorumluluğu.....	46
IV.	Sebeplere Sorumluluğu.....	48
A.	Genel olarak.....	48
B.	Objektif Sorumluluğu Gerektiren Sebepler	49
1.	Hakkaniyet Düşüncesi	49
2.	Hakimiyet Düşüncesi	49
3.	Tehlike Düşüncesi	50
C.	Kusursuz Sorumluluğun Genel İlkeleri (Özellikleri)	50
D.	Sebeplere Sorumluluğu Türleri.....	51
1.	Olağan Sebeplere Sorumlulukları	51
2.	Tehlike Sorumlulukları.....	52

§ 4. HAKKANİYET KAVRAMI

I.	Aristoteles'in Hakkaniyet Tanımı	55
II.	Aristoteles'ten Sonra Yapılan Tanımlama Çalışmaları.....	59
III.	Türk Hukuk Düşüncesinde Hakkaniyet Kavramının Ele Alınışı	65
IV.	Roma Hukukunda Hakkaniyet Kavramı: aequitas	68
A.	İus Aequum'un Meydana Gelmesi	68
B.	aequitas'ın Görevleri.....	69
C.	"aequitas" Kavramına Yüklenen Değişik Anlamlar	70
V.	Hakkaniyet Kavramının Tanımı.....	73

İKİNCİ BÖLÜM

AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

§ 5. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HAKKANİYET SORUMLULUĞU VE DİĞER HAKKANİYET SORUMLULUKLARI.....

I.	Genel olarak.....	75
II.	Hâkimin Hakkaniyet Çerçevesinde Karar Vermesi (MK.md.4)	75
III.	Hakkaniyet Sorumluluğu	78
A.	Ayirt Etme Gücünden Yoksun Olanların Verdikleri Zararların Giderilmesi (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı).....	78
B.	Üçüncü Kişinin Hilesi Sonucu Diğer Tarafın Uğradığı Zararların Giderilmesinde	79
C.	Zorda Kalma Durumunda (İztırar hâli).....	80
D.	Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Davranışı Sonucunda Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Giderilmesinde	82
E.	Trafik Kazası Sonrası Yardım Faaliyetinde Bulunma	83
F.	Kaynaklara Zarar Verilmesi.....	84

§ 6. HAKKANİYET SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

I.	Kişisel Sorumluluk Teorisi	85
II.	Tehlike Sorumluluğu Teorisi	87
III.	İllyet Teorisi.....	90
IV.	Kusur Teorisi	91
V.	Ekonomik Zarar Teorisi	93
VI.	Somut Olaydaki Hakkaniyet Teorisi.....	94

§ 7. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

I.	Alman Hukuku.....	98
II.	Avusturya Hukukunda	99
III.	Fransız Hukuku.....	100
IV.	İspanya Hukukunda	101
V.	Belçika Hukukunda.....	102
VI.	Hollanda Hukukunda	103
VII.	Yunan Hukukunda	104
VIII.	İtalyan Hukukunda.....	104
IX.	İsviçre Hukuku.....	105

§ 8. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HAKKANİYET SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI 106

I.	Olumlu Koşullar	106
A.	Haksız Fiilin Kusur Dışındaki Unsurlar Gerçekleşmiş Olmalıdır.....	106
1.	Hukuka Aykırılık.....	107
a.	Genel Olarak.....	107
aa.	Sübjektif Teori	108
bb.	Objektif Teori.....	109
b.	Hukuka Aykırılığın Tanımı	110
c.	Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	112
aa.	Kamu Yetkisinin Kullanılması	112
bb.	Özel Hukuktan Doğan Bir Hakkın Kullanılması.....	113
cc.	Zarar Görenin Rızası	113
dd.	Vekaletsiz İşgörme.....	115
ee.	Meşru Savunma	115
ff.	Zaruret (İztrrar) Hâli	117
2.	Ayirt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiili, Objektif Olarak Kusurlu Sayılmalıdır.....	119
3.	Kusur Kavramı	120
a.	Sübjektif Kusur Teorisi.....	122
b.	Objektif teori.....	123
c.	Tamamen Objektif Kusur Teorisi	125
4.	Eylem Ayirt Etme Gücüne Sahip Bir Kimse İçin Objektif Olarak Kusurlu Sayılmalıdır	126
a.	Genel Olarak.....	126
b.	Kusuru Şart Gören Görüş	127
c.	Kusurun Objektif Olarak Gerçekleşmesi Gerektiğini İleri Süren Görüş	133
5.	Uygun İlliyet Bağı.....	137
a.	Genel olarak.....	137
b.	İlliyet Bağını Kesen Sebepler	138
aa.	Mücbir Sebep ile Umulmayan Hâl	140
bb.	Zarar Görenin Kusuru	146
cc.	Üçüncü Kişinin Kusuru	147
6.	Zarar Gerçekleşmiş Olmalıdır	149
B.	Hakkaniyet, Tazminat Ödenmesini Gerektirmelidir	150
1.	Tarafların Malî Durumu ve Sigorta Meselesi.....	151
2.	Haksız Fiilin Çok Ağır Bir Nitelik Taşınması.....	154
3.	Failin Zihnî Durumunun Ayirt Etme Gücüne Sahip Olma Durumuna Yakın Olması.....	155
4.	Zarar Görenin, Faile Karşı Davranışının Etkisi	156
II.	Olumsuz Koşullar	156
A.	Zarar Verenin Ayirt Etme Gücüne Sahip Olmaması	156
B.	Daha Ağır Bir Sorumluluk Sebebi Olmamağdır.....	157
1.	Genel Olarak	157
2.	Ayirt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Ev Başkanı Sorumluluğunun Altında Olması.....	158
a.	Ev Başkanının Sorumluluğunun Hukukî Niteliği	159
b.	Sorumluluğun Şartları.....	161
c.	Ev Başkanın Rücu Hakkı Bakımından	165
3.	Sorumluluğun Çatışması	165

§ 9. AYIRT ETME GÜCÜNÜ GEÇİCİ OLARAK KAYBEDENLERİN SORUMLULUĞU ...167

I.	Hukukî Niteliği	167
II.	Şartları.....	168
A.	Failin, Sezginliğini Geçici Olarak Kaybetmiş Olması	168
B.	Kusur Hariç, Haksız Fiilin Diğer Unsurlarının Bulunması	169
C.	Hakkaniyetin Tazminat Ödenmesini Gerekirmesi	169
D.	Failin, Ayırt Etme Gücünü Kusuru Dışında Kaybetmesi.....	170

§ 10. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU.....170

I.	Giriş	170
II.	Genel Olarak Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî İşlemleri	171
III.	Sözleşmenin Kuruluşu Sırasında Taraflardan Birinin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)	175
A.	Hakkaniyet Sorumluluğunu Reddeden Federal Mahkemesi Kararı	176
B.	Hakkaniyet Sorumluluğunu Kabul Eden Federal Mahkemesi Kararı	177
C.	Hakkaniyet Sorumluluğunun Sınırlanması Görüşü.....	181
D.	Değerlendirme	182
IV.	Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kalma	183

§ 11. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN DİĞER SEBEP SORUMLULUKLARI BAKIMINDAN SORUMLULUĞU185

I.	Araç İşletenin Sorumluluğunda	185
II.	Ev Başkanın Sorumluluğunda.....	188
III.	Taşınmaz Maliki Sorumluluğunda.....	188
IV.	Bina Malikinin Sorumluluğunda.....	190
V.	Hayvan Tutucusunun Sorumluluğunda.....	192
VI.	Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu	195

§ 12. ZARAR GÖREN OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYAN KİŞİ197

I.	İllyet Bağının Kesilmesi	198
II.	Tazminatın İndirilmesi.....	200

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
SORUMLULUĞUN HUKUKÎ SONUÇLARI.....203**

§ 13. ZARARIN KAPSAMI203

I.	Zararın giderilmesi.....	203
A.	Genel olarak	203
B.	Maddî Tazminat	203
1.	Maddî Tazminatın Kapsamı	203
2.	Tazminat Borcunun Doğduğu Ve Hakkaniyet Şartlarının Belirlendiği Zaman Dilimi	206
3.	Değerlendirme	213
C.	Manevî Tazminat	215
II.	Sorumluluğun Yarışması	218
III.	Birden Fazla Sorumlunun Bulunması Hâlinde Hakkaniyet Sorumluluğu	219
A.	Birden Fazla Borçlunun Bulunması	219
B.	Birden Fazla Alacaklının Bulunması	221
C.	Mirasçılar	221

§ 14. SORUMLULUK DAVASINDA USÛL222

I.	İspat Yüğü.....	222
II.	Davanın Tarafları.....	224
III.	Görev ve Yetki.....	225
A.	Görevli Mahkeme.....	225
B.	Yetkili Mahkeme.....	225
IV.	Zamanaşımı.....	226
A.	Genel Olarak Zamanaşımı Süreleri.....	226
B.	Zamanaşımı Sürelerinin Hakkaniyet Sorumluluğı Bakımından Taşdığı Özellik.....	230
C.	Değerlendirme.....	234
SONUÇ.....		236
KAYNAKÇA.....		243
İNTERNET KAYNAKLARI.....		259

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
Abt.	: Abteilung
AcP.	: Archiv für die civilistische Praxis
AD.	: Adâlet Dergisi
ARSP.	: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	: Artikel
aşğ.	: aşğıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ayr.	: ayrıca
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Dergisi
Bd.	: Band
bearb.	: bearbeitet
BGB.	: Bürgerliche Gesetzbuch
BGE.	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH.	: (Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ.	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
BVerfGE.	: Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
C.	: Cilt
Cass.	: cassation
çev.	: çeviren
dig.	: Digesta
Diss.	: Dissertation
DR.	: Deutsches Recht
DJ.	: Deutsche Juristenzeitung
Dpn.	: dipnot
E.	: Esas
erw.	: erweiterte

EU.	: Europäische Union
FamRZ.	: Zeitschrift für Familienrecht
FS.	: Festschrift
HD.	: Hukuk Dairesi
HFSA.	: Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi
hgg.	: herausgegeben
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İKİD.	: İlmî İktisadi Kazaî İçtihatlar Dergisi
Jherings Jb.	: Jherings Jahrbücher
JR.	: Juristische Rundschau
JZ.	: Juristenzeitung
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
Knr.	: Kenar Numarası
Komm.	: Kommentar
md.	: madde
MBD.	: Manisa Barosu Dergisi
MDR.	: Monatschrift für Deutsches Recht
MHAD.	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer (Numara)
Nachdr.	: Nachdruck
N.B.W.	: Nieuwe Burgerlijk Wetboek
neub.	: neubearbeitete
neudr.	: neudruck
NJW.	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	: Oberlandesgericht
OR.	: Obligationenrecht
RG.	: Resmî Gazete
RGZ.	: Entscheidungen des (Deutschen) Reichsgericht in Zivilsachen

s.	: sayfa
S.	: Sayı
SJZ.	: Schweizerisches Juristenzeitung
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
Tl.	: Teil
Teilbd.	: Teilband
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
u.	: und
u.a.	: unter anderem
Univ.	: Universität
überarb.	: überarbeitete
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VersR.	: Zeitschrift für Versicherungsrecht
vs.	: ve saire
Y.	: Yıl
YG.	: Yargıtay
YD.	: Yargıtay Dergisi
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: yukarıda
ZBJV.	: Zeitschrift für Bernischen Juristenvereins
ZGB.	: Zivilgesetzbuch
ZSR.	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Medeni Kanunumuz ve Borçlar Kanunumuz, ayırt etme gücünden yoksun olan, yani makul surette hareket etme gücüne sahip olmayan kişilere mümkün olduğunca tam bir koruma sağlamaya çalışmaktadır¹. Zira, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere bu kimseler, ya aklî güçlerinde var olan bir eksiklik sebebiyle yahut da yaş küçüklüğü sebebiyle makul şekilde hareket etme kabiliyetinden yoksundurlar ve bu nedenle korunmaya muhtaçtırlar. Çalışma konumuz da bu itibarla tam ehliyetsizleri kapsamaktadır denilebilir.

Küçüklerin korunmasına ilişkin Anayasamızın 41. maddesi devlete, çocukların korunması için gerekli önlemleri alma konusunda yükümlülükler yüklemektedir. Bunun gibi, akıl hastalığı gibi sebepler yüzünden ayırt etme gücünü yitiren kimselerin de, sahip oldukları bu özürden dolayı korunmaları, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. Nitekim bunların Medeni Kanunumuzun 405. maddesi “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kişinin kısıtlanacağı düzenlenmiştir. Bu durum, esasen o kişinin aleyhine gerçekleştirilen bir işlem olmayıp, onun korunmasına yönelik bir tedbirdir².

Çocukların korunması düşüncesi, onların gelişimlerine bağlı olarak sahip oldukları tecrübe, bilgi eksiklikleri, aklî yeteneklerinin gelişmemesi sebepleriyle, eylemlerini ve yaptıkları hukukî işlemlerin sonuçlarını tam olarak kestiremediklerinden dolayı bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır³. Çocukların

¹ **YUNG, Walter:** “Temyiz Kudretinden Mahrum Olan Bir Kimse Tarafından Yapılan Hukukî Muameleler ve Üçüncü Şahısların Korunması”, AÜHFD., 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, (çev. Hâluk Tandoğan), s.485.

² Kanun koyucu bu şekilde bir yandan, bu kimselerin korunmasını sağlarken, bu kimselerin üçüncü kişilere karşı olası tehlikelerden korunmasını da amaçlamıştır. Böylelikle kanunkoyucu, bu kimselere bir vesayet ile velâyet ve gabini (BK.md.21); diğer taraftan, üçüncü kişileri, bunlara karşı korumak için de hakkaniyet sorumluluğu (BK.md.54) ile aile başkanının (BK.md.369) sorumluluğunu getirmiştir. bkz. **ÜNAL, Metin:** Türk Aile Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, s.24; **EGGER, August:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II, Das Familienrecht, zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. umgearbeitete Auflage, Zürich 1943, Art.273, N.1.

³ Bu durum ayrıca BM Genel Kurulunca 20.11.1989 günü kabul edilen ve 2.9.1990'da yürürlüğe giren “Çocuk Hakları Sözleşmesi”nde de belirtilmiştir. (Türkiye bu Sözleşmenin onanmasını 9.12.1994 günlü ve 4058 sayılı yasayla uygun bulmuştur: RG. 27.01.1995 T. S.22184); **BUSCH,**

korunması ilkesi, birçok kanunda görülmesi mümkündür⁴. Medeni Kanununun 15. maddesi bu anlamda çocukların korunması için getirilmiş bir hükümdür.

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin ileride ayrıntılı olarak göreceğimiz üzere, Medeni Kanunumuzun 15. maddesine göre, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, bu kimselerin fiilleri hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Bu anlamda, bu kimselerin ne bir işlem ehliyeti ne de bir haksız fiil ehliyetleri vardır. Dolayısıyla yaptıkları işlemlerden ve eylemlerden kural olarak sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, yine aynı maddede, kanundan doğan bazı istisnaların bulunabileceği düzenlenmiştir. Bunlardan bir tanesi, Borçlar Kanunumuzun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkaniyet sorumluluğudur. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin işlediği zararlı davranış sonucu meydana gelen zarar, somut olayın şartlarına göre hakkaniyet gerektiriyorsa, hakim, zararın ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından uygun bir şekilde giderilmesine karar verebilir.

Hakkaniyet sorumluluğu, tamamen toplumsal adâlet ve fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinden ortaya çıkmış ve bir yandan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması amaçlanırken, bir yandan da zarar gören kimsenin gördüğü zararın karşılanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde çatışan menfaatler arasında en azından kısmen bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. İşte bu amaç doğrultusunda hâkim, somut olayın durumuna göre şartları değerlendirerek, zararın kısmen de olsa giderilmesine karar verebilecektir.

Nicola: Der Reifegrad der Minderjähriger als Maßstab im Zivilrecht, München 2001, s.24; Alman Anayasa mahkemesi 13.5.1986 tarihinde verdiği bir kararda, çocukların korunmasının anayasal bir görev olduğu ve çocuğun kişiliğini geliştirebilmesi konusunda her türlü önlemi alması gerektiğini belirtmiştir. (BVerfGE 72, s.155, s.171 ve 175); ayr. bkz. **WAITZMANN, Steffen:** Das Eltern-Kind-Verhältnis im Schadensrecht -,Haften Kinder für ihre Eltern ?“ – Zur Frage der Haftung von Kindern für ein Fehlverhalten ihrer Eltern im Zusammenhang mit dem Gedanken des Minderjährigenschutzes und der Tendenz zur Beschränkung der Minderjährigenhaftung – Tübingen 2002, s.6 vd.; **GOECKE, Klaus:** Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht, Berlin 1997, s.50 vd.

⁴ Bunun gibi, 4857 sayılı İş Kanununun 71. maddesi gereğince 18.yaşından küçüklerin çalışmalarını sınırlamış ve 15. yaşından küçüklerin kural olarak çalışmalarını yasaklamıştır; 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektedir.

Hakkaniyet sorumluluğu, haksız fiiller içerisinde düzenlendiği hâlde, koşulları ve mevcut kapsamı içerisinde toplumsal adâlet düşüncesinden oluşan bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Hakkaniyet sorumluluğunun, ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda söz konusu olması; sorumluluğun hukukî niteliği ve koşulları bakımından haksız fiillerden ve diğer kusursuz sorumluluk hâllerinden farklılıklar taşımasına neden olmaktadır. Çalışmamızda bu durumların ne olduğu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Diğer yandan kanunkoyucu, Borçlar Kanununun 54. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ayırt etme gücünü, kendi kusurlu davranışı sonucu kaybeden kimselerin hukukî sorumluluklarının da tam olacağını düzenleyerek bunların korunmaya değer olmadığını hüküm altına almıştır. Bununla birlikte, bu kimseler de, ayırt etme gücünü kendi kusurları dışında yitirmediklerini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulmaları mümkündür. Çalışmamızda, bu açıdan ayırt etme gücünden yoksun bulunanların kusurlu sorumlulukları da incelenecektir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî eylemleri kadar, hukukî işlemler bakımından da ehliyetleri yoktur. Dolayısıyla, kural olarak bunların her türlü işlemleri de hiçbir hüküm ifade etmeyecektir. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, sözleşmeler dolayısıyla bir sorumluluğunun doğup doğmayacağı son derece tartışmalıdır.

Bu konularda şimdiye kadar herhangi bir monografik çalışmanın bulunmaması, bizi bu araştırmaya yönlendirmiştir. İşte, bu ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, sözleşmesel sorumlulukların bulunup bulunmadıkları konusunda birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız filleri bakımından doğan hakkaniyet sorumluluğu çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM
AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN SORUMLULUĞUNA
TARİHSEL BAKIŞ VE GENEL KAVRAMLAR

§ 1. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN HUKUKİ
SORUMLULUĞUNA TARİHSEL BAKIŞ

I. Roma Hukuku

A. Çocuklar Bakımından

Roma hukukunda erişkinlik, sorumluluğunun belirlenmesinde temel sınır oluşturmaktaydı. Her insanın fiziksel ve ruhsal gelişimi farklı bir şekilde gerçekleşmesine rağmen; başka bir ifadeyle insanların olgunluğa ulaşma zamanlarının farklı olmasına rağmen, prokulianus okuluna mensup hukukçular tarafından uygulanan ve ondan sonra Iustinianus⁵ tarafından, erkek çocukların 14. yaşını doldurması ve kız çocukların 12. yaşını doldurmasıyla erginliğe ulaştıkları kesin olarak düzenlemiştir. İmpuberes, yani küçük çocuklar arasında yine bir ayırım yapılarak 7. yaşını doldurmamayanlar infantes⁶ olarak anılmaktayken, 7 yaşından büyükler de impuberes infantia maiores⁷ olarak adlandırılmaktaydı⁸.

⁵ Iustinianus dönemi mevzuatı ile ilgili bilgiler için bkz. **SCHWARZ, Andreas B./RADO, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri, I.cilt, 6. bası, İstanbul 1963, s.172 vd.; **KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret:** Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993, s.27 vd.

⁶ “infantes”, latince “çocuk” anlamına gelir. Sözlük anlamı ise konuşamayan (qui fari non possunt: dig. 36, 1, 67, 3) olmaktadır. Konuşamayan çocukların, hukukî işlem için gereken sözleri bile söyleyemeyeceklerine göre bunların fiil ehliyetinden tamamen yoksun oldukları kabul etmek doğaldır. bkz. **UMUR, Ziya:** Roma Hukuku (Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi), İstanbul 1967, s.140; **KOSCHAKER/AYİTER**, s.90; bkz. **DERNBURG, Heinrich:** Pandekten, Erster Band., 7. Auflage, 1902; s.119 vd.; **PERNICE, Alfred:** Marcus Antistius Labeo, Bd. I , Halle 1873, s.216; **SAVIGNY, Friedrich Carl von:** System des Heutigen Römischen Rechts, Bd. III, Berlin 1840, § 107, s.32; **REGELSBERGER, Ferdinand:** Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893, s.478; **KASER, Max:** Römisches Privatrecht, München 1989, § 14 II, 1 vd.; **KNOTHE, Hans Georg:** Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt am Main 1983; **BORGELT, Rainer:** Das Kind im Deliktsrecht, Osnabrück 1994, s.11; **TACKE, Monika:** Die Haftung für von Minderjährigen verursachte Schäden im französischen Zivilrecht - im Vergleich zum Deutschen Recht, Bonn, Univ., Diss., 2000, s.12; Diğer yandan 7. yaş sınırının Roma hukukunda kabul edilmesinin sebepleri tam olarak açıklanamamaktadır. Buna karşın, bu sayının esas itibariyle pisagor’un mistik sayı denkleminde kaynaklandığı kabul edilmektedir. Ayrıca, 7 yaşın Romalılar için kutsal sayılması da başka sebepler arasında sayılmaktadır. Bunun

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız fiil sorumluluğu, Roma hukukunda çeşitli gelişmelerle ortaya konulabilir. XII levha kanunları çerçevesinde impuberesler, furtum manifestum ve tarla hırsızlığından dolayı bir capitaliter olarak erişkinler gibi değil, ancak disiplin cezası olarak nitelendirilebileceğimiz, ağır bir yetiştirme yöntemine tabi tutulmaktaydılar ve meydana getirdikleri zararın tamamını karşılamak zorunda bırakılıyorlardı. Bu hüküm, genel bir hüküm oluşturup, ayırt etme gücü açısından herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm impuberesleri sorumlu tutmaktaydı. Furtum nec manifestum (suçüstü hırsızlık) suçunda iki kat tazmin yükümü, impuberesler için de geçerli olup bu haksız fiilden dolayı herhangi bir ayırım yapılmamaktaydı⁹.

dışında Pernice, 7. yaşın, Romalı aydınlar tarafından, bir çocuğun eğitimi için çok önemli bir yaş olarak kabul edildiği ve bu yaşta çocukların konuşma yeteneklerinin tam oluşabildiği, bununla birlikte bu yaşta süt dişlerinin döküldüğü, ayrıca eğitim açısından bu yaşın en uygun zaman olduğunu kabul etmektedir. bkz. **PERNICE**, s.212-214; **GOECKE**, s.41; **HONSELL, Heinrich**: Römisches Recht, 5.Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 2002, s.31.

⁷ Bunlar infantes gibi, fiil ehliyeti bakımından tam ehliyetsiz olmayıp, sınırlı ehliyetli diyebileceğimiz bir durumdadır. Evlenme ve vasiyet dışında, diğer hukukî işlemleri vasiinin gözetimi altında yapabilirlerdir. Inst. 1, 21 pr.: "...meliozem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate deteriorez vero non aliter quam tutore auctore." bkz. **UMUR**, s.141; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **SAVIGNY**, III, 39 vd. **KNOTHE**, s.29 vd.

⁸ Gai, 1, 196: "...diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est deum puberem esse existimant qui XIII annos explevit..."; Ulpian, Epit. 11, 28: "...proculian...eum (puberem esse dicunt), qui quattuordecim annos explevit...". bkz. **KNOTHE**, s.24; **HERTEL, Fritz**: Die Billigkeitshaftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB, Leipzig 1912, s.17-18; **KOSCHAKER/AYİTER**, s.91-92; **CZEGUHN, Ignacio**: Geschäftsfähigkeit - beschränkte Geschäftsfähigkeit – Geschäftsunfähigkeit, Berlin 2003, s.17-18; M.S. 170-240 tarihlerinde Roma hukukunda infant yaşı 7 yaşa kadar uzamıştır. 7. yaş kavramı yunanlıların pisagor rakamları çerçevesinde 7'nin önemli bir rakam olmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında çocukların ergenliğe ulaşma yaşları açısından bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, kızlarda 12, erkeklerde 14 yaşının doldurulması ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar (impuberes infantia majores) aşamasını ve 12/14 ile 25 yaş arasındakiiler (puberes minores) ise ayırt etme gücüne sahip çocukları oluşturmaktadır. bkz. **PERNICE**, s.217; **SAVIGNY**, Bd. III, § 107, s.32; **DERNBURG**, (Pandekten) s.119; **REGELSBERGER**, s.478; **KASER**, § 14 II, 2 b; **WAIBEL, Erich**: Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, Berlin 1970, s.16, dpn. 4; **TACKE**, s.12; özellikle Augustus döneminden itibaren, çocukların doğum kayıtları alınmaya başlandıktan sonra yaş sınırı kolaylıkla ispat edilebiliyordu. **BORGELT**, s.12 vd.

⁹ **WOLLMANN, Herbert**: Die Anwendung des § 829 B.G.B. auf kontraktliche Verletzungen, Breslau 1910, s.3; **HERTEL**, s.18; Haksız fiil olarak nitelediğimiz davranışlar, Roma hukukunda kamunun takip ettiği genel suç olarak değil (delictum publica), özel suç (delictum privatum) olarak adlandırılmaktaydı. Bu suçlar devlet tarafından değil, fakat zarar gören tarafından takip edilirdi ve intikam esası getirilmiştir. Bunun dışında, hırsızlık suçları bakımından, hırsızlığın suçüstü olması hâlinde (Furtum manifestum) daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktayken, bunun dışında olan (furtum nec manifestum) durumlarda cezalandırılma magistraların kontrolünde yapılmaktaydı. bkz. **SCHWARZ/RADO**, s.97-99; **KOSCHAKER/AYİTER**, s.257; **REGELSBERGER**, s.646; **TAHİROĞLU, Bülent**: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005, s.295; **DI MARZO, Salvatore**: Roma Hukuku, (çev. Kudret AYİTER) İstanbul 1954, s.423-424 vd.; **OĞUZOĞLU, Cahit H.**: Roma Hukuku, Ankara 1959, s.204 vd.; **KASER**, § 50 I, 1vd.

Görüldüğü üzere, ilk dönemlerde (eski Roma zamanında: M.Ö.450) Roma hukukunda haksız fiiller açısından çocukların sorumluluğunda herhangi bir ayırım yapılmamıştır; çocuklar, ki bunlara infantlar dahil, haksız fiillerden dolayı sorumlu tutulmuştur. Fail ile fiil arasında bir illiyet bağının bulunması, sorumluluğun doğması için yeterlidir¹⁰.

İzleyen dönemlere ilişkin bilgi eksikleri olsa da, Labeos zamanıyla (M.S. 5-20) ilgili olarak bazı bilgilere ulaşmak mümkün olmuştur. Bu dönemde çocukların işlediği suçların niteliğine göre bir ayırım yapılmaktaydı. Ergin olmayanlar, hırsızlık suçundan dolayı lex Aquilia çerçevesinde mala zarar vermeden sorumlu tutulmaktaydılar; ancak fiile iştirak ve dolus hâlinde sorumlulukları yoktu¹¹. Bu açıdan dolusun bulunmaması çocuklar açısından şart koşulmaktaydı. Bununla birlikte, bu dönemde hakkaniyet sebeplerinden dolayı dava açılmasına izin verilmiştir¹².

Labeos zamanında çocuklar açısından haksız fiil sorumluluğunda bir ayırım yapılmayıp, her biri eşit şekilde sorumlu tutulmaktaydı. Hadrianus döneminden (M.S.117-138) itibaren ise, kişinin, erginliğe yakın bir yaşta bulunması (pubertati proximi) hâlinde, haksız fiil sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmekteydi. Bu durumlarda, kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre araştırılmaktaydı¹³.

¹⁰ Eski Roma hukuku sadece sonuca bakmakta ve ayırt etme gücünü dikkate almamaktaydı ve bu dönemde daha culpa kavramı oluşmamıştı. Bu nedenle zararlı sonucun sorumluluğun doğması için yeterli bulunmaktaydı. bkz. **PERNICE**, s.216-217; **DERNBURG**, (Pandekten) s.120; **TACKE**, s.12; **HERTEL**, s.18; **GOECKE**, s.39.

¹¹ **DERNBURG**, (Pandekten) s.120; **PERNICE**, s.218-219; **GOECKE**, s.39.

¹² **PERNICE**, s.218; **HERTEL**, s.19; bunun dışında XII levha kanunları gereğince, çocuğun işlemiş bulunduğu bu zararlı davranışlardan aile babası (pater familias) sorumlu (actiones noxal) tutulabiliyordu. Çocuk, aile babasının sorumluluğu altında bulunduğu sürece, zarar ondan karşılanabiliyordu. Bu hâllerde, babaya, ya zararı karşılamak ya da, çocuğunu zarar görene devretme hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte, Justinianus dönemi ile, bu devir hakkı ortadan kaldırılmış ve neticede sadece tazminat yükümlülüğü kalmıştır. Ancak, burada, babanın sorumlu tutulmasının sebebi, gözetim görevinin ihlali olmayıp, babanın aile mülkünün sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. bkz. **GROßFELD, Bernhardt/MUND, Birgit**: “Die Haftung der Eltern nach § 832 I BGB”, Zeitschrift für Familienrecht 1994, Heft 23, s.1504-1505.

¹³ **DERNBURG**, (Pandekten) s.120; **TACKE**, s.13; **WAIBEL**, s.18; proximi kavramı için bkz. **SAVIGNY**, § 108, s.37-39.

Daha sonraki zamanlarda özellikle Iulianus (M.S. 120-170) zamanında, *impuberes doli capaces* ve *non capaces* ayrımı yapılmıştır¹⁴. Eski ilke, yani haksız fiiller açısından bir ayırım yapılması tam olarak kaldırılmış olmayıp, bu yeni ilkeyle uyumlaştırılmaya çalışılmıştır¹⁵.

Sonuç olarak Roma döneminde meydana gelen gelişmeler sonucunda haksız fiil hukukunda üçlü bir ayırım ortaya koyulabilir. “infant”ların haksız fiil sorumluluğu bulunmamaktadır. “*impuberes infantia maiores*”ler açısından kişinin ayırt etme gücünün bulunmamasına göre bir ayırım yapılmaktaydı. Başka bir ifadeyle, kişi yaptığı davranışların sonuçlarını kavrayabilecek güçte ise sorumlu tutulabiliyordu. “*puberes minores*”ler içinse kişinin gelişim durumuna bakılmaksızın haksız fiil sorumluluğu tamdır¹⁶.

B. Akıl Hastaları Bakımından

Akıl hastalarının haksız fiil sorumluluğu açısından da Roma hukukundaki gelişmeler şu şekilde ortaya konulabilir. Klasik hukuka göre, akıl hastalarının, kısıtlanmış olsunlar veya olmasınlar fiil ehliyetleri yoktu. Bu kimsenin davranışları (insanın başına düşen bir dolu yağmuru gibi, yahut hayvan tarafından ısırılması gibi) bir doğa olayı gibi kabul edilmekteydi. Bu açıdan akıl hastalarının yaptıkları hukukî işlemlerden dolayı herhangi bir hak kazanamadıkları gibi, bundan dolayı bir borç altına da girmeleri mümkün değildi; işledikleri zararlı fiillerden dolayı, ne hukukî ne de cezaî açıdan sorumlu tutulmaları mümkündü, zira bunların isnat kabiliyeti yoktu¹⁷.

¹⁴ ...”denique Julianus quoque saepissime scripsit doli pupillos, qui probe pubartem sunt, capaces esse” lex 4 § 26 D. 44, 4, yani kimsenin ayırt etme kabiliyetine sahip olması bakımından bir ayırım yapılmıştır.

¹⁵ HERTEL, s.19; GOECKE, s.42; PERNICE, s. 219; WAIBEL, s.17; TACKE, s.13.

¹⁶ REGELSBERGER, s.478; SAVIGNY, § 108, s.42; TAHİROĞLU, s. 294; KASER, § 14 II, 2 b; TACKE, s.13-14; HONSELL (Römisches Recht), s.31; 7 yaşından küçük kimseler Roma döneminde, akıl hastalarıyla eşit tutulmuştur ve herhangi bir sorumluluğunun bulunmadıkları kabul edilmiştir. (dig. 48, 8, 12: *Infans vel furiosus si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consili tuetur, alterum fati infelicitas excusat*” WAIBEL, s.18.

¹⁷ “et idoeo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquilae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae entis non sit? Et hoc es verissimum, cessabit igitur Aquilae actio quemadmodum, si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit.” Dig. I, 9, 2, 5 § 2, ayr. bkz. HERTEL, s. 20; GOECKE, s.38; akıl hastaları (furiosi, demetes = deliler ve eblehler) Roma hukukuna göre fiil ehliyetinden tamamen yoksundurlar. Eğer bir vasileri (tutor)

Klasik hukuk zamanına ilişkin sahip olunan bu bilgilerin varlığı dışında klasik dönem öncesine ilişkin bilgiler o kadar açık değildir. Bununla birlikte akıl hastalarının bu döneme ilişkin herhangi bir sorumluluğu olmadığı büyük ihtimal dahilindedir. Diğer yandan Pegasus (MS.69-79) zamanında dahi bir *damnum injuria datum*'un (zarar veren), *furiosus* (delilik) hâlindeyken sorumlu tutup tutmayacağına ilişkin şüpheler vardır. Klasik öncesi hukukta illiyet bağı ve netice dışında, kişinin iradesi sorumluluk açısından önem taşımadığı görülmektedir¹⁸.

Klasik Roma hukukunda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin fiil ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmesine rağmen, üçüncü kişilerin bunlarla yaptıkları hukukî işlemlerden doğabilecek zararlardan tümünden sorumsuz bırakılmış değillerdir. Bu açıdan akıl hastalarıyla yapılan sözleşmelerden bir *utilitates causa* (yararlılık nedeni) olarak bir görüş ortaya atılmıştır¹⁹. Bu şekilde, işlem bakımından tarafların menfaatleri dikkate alınarak ayırt etme gücünden yoksun kimselerle yapılan hukukî işlemlerden dolayı, karşı tarafın zarar görmesi bazı hâllerde önlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde *lucida intervalla* (durgunluk dönemlerinde), dönemlerinde meydana gelen zararlardan dolayı zarar gören kimselerin menfaatleri dikkate alınmaktaydı²⁰.

II. Germen Hukuku

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğuna ilişkin açıklamalardan önce, haksız fiil sorumluluğu bakımından germen hukukunda, Roma

yoksa, bir kayyımları (*curator*) vardır. Geçici olarak iradelerini ve seçme yeteneklerini kaybetmiş olanlar, örneğin sarhoşlar bu durumlarının devamı süresince aynı durumdadırlar. Ancak kayyımları yoktur. *Furiosi* ve *dementes* terimleri Romalıların akıl hastalarını sadece dış görünümüne göre saptadıklarını gösterir ve bugünkü akıl hastalığı kavramını tanımadıkları anlaşılır. bkz. **KOSCHAKER/AYİTER**, s.92-93; **GÜVEN, Sabri**: Kusur Kavramı ve Çeşitleri, II, YD.1981/1-2,s.582; **TAHİROĞLU**, s.295; **KASER**, § 14 IV vd.

¹⁸ **HERTEL**, s.20; **PERNICE**, s.238.

¹⁹ Dig.41,4,1,1,2 § 16: “si a furioso, quem putem sanae mentis, emeo, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictio actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis”.

²⁰ **HERTEL**, s.20; **WOLLMANN**, s.4; **BRANDT, Hans** : Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit : eine Rechtsvergleichende und gesetzeskritische Studie über die Stellung des unerkennbar Geistesgestörten im bürgerlichen Verkehrsrecht, Stuttgart 1936 (Nachdr. Frankfurt/M. : Keip), 1970, s.10; **HONSELL**, (Römisches Recht) s.31.

hukukundaki farklı olarak kusur esasının değil, sonuç sorumluluğu ilkesinin geçerli olduğu belirtilmelidir. Bu açıdan eski alman hukukunda kişilerin meydana getirdikleri zararlar açısından eylemin, dolus, culpa veya casus'a dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmaktaydı. Bu açıdan failin, ihmâlî veya kasten hareket etmesi bir fark yaratmayıp, zararın bulunması kişinin sorumlu tutulmasına yetmekteydi²¹.

Bununla birlikte, istenen ve istenmeyen fiil tamamen gözardı edilmemiştir; kastî eylemin (vilia werk) karşıtını ifade bir ihmâlî veya tesadüfi eylem kavramı (Ungefaehrwerk) getirilmiştir. Bu açıdan reşit olmayan bir kimsenin fiili, ihmâlî eylem olarak nitelendirilmekteydi: “si vero puer infra XII annos aliqua culpa committat, fretus ei nullatenus requiratur”. Bununla birlikte bu davranışlar, sanki kasten yapılmış gibi bir sorumluluk doğurmaktaydı ve bu genellikle daha hafif şekilde olsa da cezaî sorumluluğa neden olmaktaydı. İhmâlî eylemler bir suç olarak nitelendirilmemekteydi ve böylece intikam, ödeme ve barış parası (fretus) mümkün değildi. Ancak fail, meydana gelen zararın tamamını karşılamaya ve bir cezaî tazminat ödemeye mahkum edilebiliyordu. Diğer yandan daha franklar zamanında bu cezaî tazminatın miktarı, meydana gelen zararın miktarı ile sınırlandırılmaya çalışılıyordu. Bu sınırlama, cezaî tazminatın, meydana gelen zararın yarısına kadar indirilmesine kadar ulaşmaktaydı ve nihayetinde sadece meydana gelen zararın karşılanmasına kadar ulaşmaktaydı. Zamanla, germen hukukunda ihmâlî eylemler, cezaî sorumluluğun gelişmesiyle cezalandırılmaktan çıkarılmış, bununla birlikte, hukukî sorumluluk bakımından sorumluluk devam etmekteydi. Germen hukukunda, meydana gelen zarar ile eylem arasında objektif bir bağlantının bulunması sorumluluk açısından yeterli olmakta ve bu nedenle kişiye herhangi bir kusur yüklenilemediği hâllerde dahi zararı tam olarak karşılaması gerekmekteydi. Bunun sonucunda, isnat kabiliyeti olmayan, yani ayırt etme gücüne sahip olmayan (akıl hastaları, çocuklar vb.) kimselerin davranışlarıyla meydana getirdikleri zararları tam olarak karşılamak zorundadırlar²².

²¹ **HERTEL**, s.21.

²² **HERTEL**, s.22; Roma hukukundaki gibi, ortaçağ alman hukukunda da erişkinlik, sorumluluğunun belirlenmesinde temel sınır oluşturmaktaydı. Bu dönemde insanların doğumlarını belirleyen herhangi bir sicil olmadığından, yaşın belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle

Bu dönemde hakim olan genel doktrin, Roma hukukunda yer alan kusur sorumluluğu ilkesine bağlı kalırken, muhtemelen doğal hukuk okulunun da etkisiyle yeni kodifikasyonlar, kusura bağlı olunmaksızın bazı sorumluluklar kabul etmiştir. Bu eğilim, 18. yüzyıl sonlarında ortaya çıkıp değişik kanunlarda kendisini göstermektedir²³.

1756 tarihli Maximilianeus Bavaricus civilis codexi, Roma ve pandekt hukukunun etkilerini göstermekte ve onları daha etkili kılmaktadır. Bu dönemde de, ayırt etme gücüne sahip olmayanların sorumluluğu, Roma hukukundaki gibidir. Buna göre, 7. yaşını ikmal etmemiş çocuklarda “culpa” veya “dolus” kavramı oluşamayacağına göre, bunların sorumlulukları yoktur, ancak bunların işledikleri zararlı davranışlarından dolayı çocuklara bakmakla yükümlü olanlar, bu yükümlüklerini tam olarak yerine getirmemeleri hâlinde, kendi malvarlıklarından dolayı sorumlu tutulacaklardır²⁴.

Bu konuda ilk birlik oluşturan kodifikasyon, Prusya ülkeleri için oluşturulan 5 Şubat 1794 tarihli genel ülke kanunudur (Allgemeine Landrecht). Bu kanun ile ilk defa alman ve Roma hukuku, bir organik bütün olarak bir araya getirilmiştir²⁵. Bu kanun ile, kusur sorumluluğu esas olarak alınmakla birlikte, ayırt etme gücüne sahip olmayanların meydana getirdikleri zararların, belirli şartlar altında talî nitelikte olarak hakkaniyet ve sosyal denkleştirme düşünceleri çerçevesinde, en azından dolaylı zararın karşılanması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre, akıl hastası veya 7 yaşından küçük çocukların meydana getirdikleri zararlardan dolayı, sadece dolaylı zararlar talep edilebilir (§ 41). Bununla birlikte, bu sorumluluk ancak bunlara

erişkinliğin belirlenmesi daha çok fiziksel gelişmeler göre belirlenmekteydi. bkz. **KNOTHE**, s.101.

²³ bkz. **HERTEL**, s.23.

²⁴ Maximilianeus Bavaricus civilis codex: 4.Bölüm, 16. Ayrım, § 8, bkz. **HERTEL**, s.23; **BRANDT**, s.13; **GOECKE**, s.39; bu codex'te, yer alan hükme göre, “irade öyle serbest ve akıl öyle olgun olmalı ki, kanun koyucunun emirlerini algılasın ve anlasın” şeklindeki ifade, ayırt etme gücü konusundaki tanımlı vermektedir. bkz. **WAIBEL**, s.38; **KNOTHE**, s.138, dnp.5.

²⁵ bkz. **SCHWARTZ, Johann Christoph**: Das Billigkeitsurtheil des § 828 BGB, Halle 1904, s.16; **HERTEL**, s.23-24; bu kanunun 25. paragrafı ile 7. yaşından küçükler çocuk olarak tanımlanmaktaydı. Ergin olma yaşı ise, 26. paragrafa göre, 24. yaşın tamamlanması olarak kabul edilmiştir. bkz. **KNOTHE**, s.160-161; **BORGELT**, s.25; **FUCHS, Albrecht**: Studien zur elterlichen Aufsichtspflicht – Grundlagen und Dogmatik des § 832 BGB, Bielefeld 1995, s.63.

bakmakla yükümlü olan kimselerden bu zarar karşılanamaması hâlinde doğmaktadır (§ 42). Diğer yandan bu tazminat belirlenirken, zararveren kimsenin geçimini sağlayabilecek malvarlığı, çocuk ise yetişmesini sağlayabilecek kadar malvarlığı bulunması gerekir, aksi hâlde sorumlu tutulamayacaktır (§ 43). Son olarak, zarar gören, zararın doğmasında kendisinin hafif bir kusuru dahi olsa, zararın karşılanmasını ayırt etme gücünden yoksun kimseden talep etmesi mümkün değildir (§ 44).

Bu kanunla ilk kez hakkaniyet düşüncesi ortaya çıkmışsa da, hâkimin bu konudaki takdir hakkı sınırlı bir derecede kalmıştır, zira sorumluluk sebepleri açıkça belirlenmiş ve sınırlanmış olup, hakkaniyet kavramı da açık bir şekilde hükümde yer almamıştır. Kanunda belirlenen koşulların oluşması hâlinde, söz konusu sorumluluk doğacak ve hâkime bu konuda herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır²⁶.

Bu dönem içinde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin gözetmekle yükümlü olanların, bundan daha kapsamlı olan ve alman hukukunu da etkileyen bir kodifikasyon olarak Code civil, yani Fransız Medeni Kanununda hakkaniyet sebebiyle meydana gelen sorumluluğu karşımıza çıkmaktadır²⁷. Fransız Medeni Kanunu da 1382. maddesi vd. görüldüğü gibi kusur ilkesine dayanmaktadır. Fransız Medeni Kanununun 1382. ve 1383. maddelerinde çocukların ve akıl hastalarının sorumlu tutulamayacağını örtülü bir şekilde düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle bu hükümlerde bu kimselerin işledikleri haksız fiillerden sorumlu tutulamayacakları açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Fransız hukukunda tazminat sonucuna ulaşılacak bir “delit” olarak bir eylem, ancak bu eylemi yapan kimseye isnat edilebilmesi hâlinde meydana gelmektedir. Başka bir ifadeyle bu eylem, failin serbest iradesine bağlanabilmesi hâlinde, tazminata neden olacaktır. Bu şekilde

²⁶ **HEINSHEIMER, Karl:** Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 95 (1904), s.236; **DERNBURG, Heinrich:** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens , 4. Aufl. Bd. 2, Einzelne Obligationen , Halle 1915, s.76; **HERTEL,** s.25; **SCHWARTZ,** s.16; **BORGELT,** s.25-26.

²⁷ Alman Medeni Kanunu olan BGB'nin yürürlüğe girmesine kadar, almanyanın birçok bölümünde, code civil, medeni hukuk için temel oluşturmaktaydı ve mahkeme kararlarında dikkate alınmaktaydı. **KNOTHE,** s.184; **BORGELT,** s.19; **TACKE,** s.15; Code Civil'in isviçre Borçlar Kanunu üzerindeki etkisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.**CARONI, Pio:** “Der Einfluss des Code Civil auf das Obligationenrecht”, Das Obligationenrecht 1883-1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, s.140 vd.

Fransız hukukunda sorumluluk örtülü bir şekilde bir “delit” şartına, yani ayırt etme gücüne bağlanmış bulunmaktadır. Bir eylem, bir kimseye isnat edilip edilemediği her somut olayın özelliğe göre belirlenecektir. Bu isnat kabiliyeti, çocuklarda dahi araştırılacaktır, zira Fransız hukuku, haksız fiil sorumsuzluğu şeklinde bir kavramı tanımamaktadır²⁸.

Kusur ilkesinin bir istisnası olacak şekilde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet sebeplerinden doğacak bir düzenleme code civil’de yer almasa da, bu hususta tatmin edecek önemli bir düzenleme vardır. Fransız Medeni Kanununun 1384. maddesinde bu durum düzenlenmiştir. Bu hükümlerle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin işledikleri zararlı davranışlardan dolayı onlara bakmakla yükümlü kimseler sorumlu tutulabilmektedir²⁹.

Bu düzenlemeler çerçevesinde, kural olarak bir kimse ancak kendi eylemleriyle meydana getirdiği zararları karşılamak zorundadır. Bunun istisnası olarak haksız fiil benzeri eylemler oluşturmaktadır. Bu hâllerde bir kimse, özel kanunlar çerçevesinde, kanun gereği bir başkasının meydana getirdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır³⁰.

İşte code civil’de karakteristik olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimselere bakmakla yükümlü olanların oluşan zarardan dolayı bu ödevi yerine getirmede kusurlu oldukları karineten kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu kimselere, 1384. maddede, sorumluluktan kurtulma imkânları tanınmıştır. Görüldüğü üzere, Fransız Medeni Kanunu, ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimselerin meydana getirdikleri zararlardan dolayı başkalarının sorumlu tutulacağını düzenlemişse de, modern kanunlarda yer alan bir hakkaniyet sorumluluğunun oluşumu henüz gerçekleşmemiştir³¹.

²⁸ Bu sonuca code civil’den değil code penal’den ulaşılabilmektedir, **HERTEL**, s.25-26.

²⁹ **HERTEL**, s.22; **FUCHS, A.**, s.70.

³⁰ **HERTEL**, s.25.

³¹ **HERTEL**, s.26; **BORGELT**, s.26; **FUCHS, A.**, s.71.

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen ilk yasa ise doğal hukuk öğretisinin etkisiyle³², 1 Ocak 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunudur³³. Bu kanunun hazırlanmasında, doğal hukuk öğretisinin ve alman genel ülke (Allgemeines Langesetz) kanununun etkisi açıkça görülmektedir. Bununla birlikte, Avusturya Medeni Kanunu, hakkaniyet sorumluluğunun kanunda yer alması, tazminat yükümlülüğünün statüleştirilmesinde; hâkimin tazminat miktarını belirlemede bir takdir hakkına sahip olması ve kanunda hakkaniyet sebeplerinin örnekseme biçiminde sayılması açısından Prusya kanunundan çok daha kapsamlı şekilde düzenlenmiştir³⁴.

Avusturya Medeni Kanununun 1308 vd. maddelerinde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, akıl hastalarının ve çocukların bir kimseye zarar vermeleri hâlinde bunlardan sorumlu tutulamazlar (§ 1308). Bununla birlikte, bu zararlardan dolayı, bunlara bakmakla yükümlü olanlar sorumlu tutulabilir (§ 1309). Zarar gören, bu hâlde dahi zararını karşılayamıyorsa, hâkim somut olayın özelliğine göre tarafların malvarlığını da dikkate alarak, hakkaniyet çerçevesinde zararın tamamını veya bir kısmının, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığından karşılanmasına karar verebilir (§ 1310)³⁵.

Ayırt etme gücünü kendi iradeleri dışında geçici olarak kaybedenlerin hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulacağını hüküm altına alan ilk kanun ise, İsviçre'nin Zürich Kantonu Medeni Kanunudur. Bu kanundan daha sonra çıkarılan 14 Haziran 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu ve onu izleyen 30 Mart 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu son derece etkilenmiş olup her biri hakkaniyet sorumluluğunu hüküm altına almıştır³⁶.

İşte bu gelişmeler karşısında, Alman Medeni Kanunun modernleştirilmesi amacıyla, hakkaniyet sorumluluğu, kanun komisyonlarında tartışılmış ve nihayetinde

³² **DEUTSCH, Erwin:** Allgemeines Haftungsrecht, Göttingen 1995, s.313; **TACKE**, s.20.

³³ Avusturya hukukunda, 1766 tarihli Codex Thersianus'ta ise ayırt etme gücünden yoksun kimselerin herhangi bir şekilde kusur işleyemeyecekleri kabul edilmekteydi. bkz. 3. Bölüm, 21. Ayırım, § 35-36; ayr. bkz. **GOECKE**, s.39.

³⁴ **SCHWARTZ**, s.16; **FUCHS, A.**, s.73.

³⁵ **HERTEL**, s.27-28.

³⁶ **MünKom/WAGNER**, § 829, N.2.

kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ilk kanun komisyonu, hakkaniyet sorumluluğunun hâkime çok geniş bir takdir hakkı verdiği ve kusur sorumluluğuna bir istisnanın getirilmesinin mümkün olmadığı sebebiyle reddetmiştir. Çetin tartışmalar sonucunda hakkaniyet sorumluluğu, ancak ikinci kanun komisyonu tarafından kabul edilmiştir³⁷.

III. İslâm Hukuku

İslâm hukukunda, eda ehliyeti, şer'ân geçerli şekilde fiil ve sözleşmelerde bulunma ehliyetidir³⁸. Bu da kâsir ve kâmil olmak üzere iki türdür. Kâsir, ayırt etme gücüne sahip çocuğun ve matuhun ehliyetini oluştururken, kâmil, baliğ (reşit) olan kimsenin ehliyetidir. İslâm hukuku, bugünkü hukukta olduğu gibi, insanın fiil ve işlemlerini, akıl ve iradelerinin seviye ve inkişafı derecesini dikkate alarak değişik takdir ve hükümlere bağlamıştır. Çocuğa, doğduğu ândan baliğ, yani reşit oluncaya kadar, sagir denir. Sagir ya ayırt etme gücüne sahip olur veya olmaz³⁹. Ayırt etme gücüne sahip olmayan, alışverişin anlam ve hükmünü anlamayan, yani mülkiyeti,

³⁷ TACKE, s.20-21; alman hukukundaki düzenleme için bkz. aşağı, § 7, I ve II.

³⁸ İnsanın ehliyeti ana rahmine düşmesiyle başlar, temyiz, büluğ, rüşd devrelerince değişir, tamamlanır. Ehliyetin değişme ve gelişmelerinin beş ana merhâlesi tesbit edilmiş ve söz konusu ehliyetler de bunlara bağlanmıştır. Bu devreler cenin, çocukluk, temyiz, büluğ, rüşd çağlarıdır. Çocukluk Devresi: Doğumdan temyize kadar olan çağdır. Temyiz, şahısta basit de olsa bir şuur ve anlayışın başlamasıdır ve bu dereceye gelmemiş çocuğa gayr-i mümeyyiz denir. Bu devrede edâ ehliyeti bulunmaz, vücûb ehliyeti de iki yönüyle yani lehinde ve aleyhinde olarak sâbit olur. Ancak onun bedenî cezâ ehliyeti bulunmaz. Çocuk, cinâî fiillerde aleyhine tazminatı yüklense de, alışveriş, teslim, vb. medenî fiillerinde müteber addedilmemiştir: "Hacr, fiiller için değil, kaviller içindir" şeklinde formüle edilmiştir. Temyiz Devresi: Temyizden büluğa kadar olan devredir. Mümeyyiz, iyi ile kötüyü ayırt edebilen kişidir. Fukâha göre, yedi yaş, başlangıç olarak kabul edilmiştir. Bu yaşta, mümeyyizin dinî edâ ehliyeti başlar, medenî edâ ehliyeti ise eksiktir; tamamen zararına olan tasarrufları geçerli olmayıp, menfaatine olan tasarrufları ise geçerlidir; iki duruma da ihtimalî olan tasarruflarda kanunî temsilcinin izin ve muvâfakati geçerlidir. Muvâfakate kadar tasarruf geçerlidir, fakat onunla bağlı (mekuf) sayılır; izin verilmemiş olanlar hacr altındadır, bunlara mahcur denir; izin verilmiş olanlara ise me'zun denir. **ZEYDAN, Abdülkerim:** İslam Hukukuna Giriş, Çev: Ali şafak, İstanbul 1976, s.455 vd.; ayr. bkz. **KARAMAN, Hayreddin:** Mukayeseli İslâm Hukuku, C.I, İstanbul 1986, s.178 vd.

³⁹ Ehliyetleri tamamen ortadan kaldırarak veya değiştirerek tesir eden arızalar, ehliyeti etki eden hâller bulunmaktadır. Arızalar, semâvî ve müktesebe şeklinde ikiye ayrılır. Semâvî arızalar, kişinin irâdesi dışında olanlardır. Akıl hastalığı (cünun), bunama (ateh), bayılma (iğma), uyku (nevm), ölümle sonuçlanan hastalık (Maradu'l-Mevt), kölelik (rıkk), küçüklük (sığar), unutma (nisyan), ölüm (mevt), ay hâli (hayız), lohusalık (nifas) bunlardandır. Mükteseb Arızalar ise, irâdîdir, ihtiyârîdir. Sarhoşluk (sekr), sefâhet (eğlenceye düşkünlük, uçarılık), yolculuk (sefer), bilmemek (cehl), yanılmak (hatâ) ciddiyetsiz davranmak (hezl). Ancak bunlardan küçüklük, unutma, ölüm, ay hâli, lohusalık, cehl, yanılma ve hezl mutlak anlamda bir eksiklik değildir. Semâvî ve müktesebe arızalar vücûb ehliyetini kaldırmamakta, edâ ehliyeti açısından birtakım özel durumları ortaya çıkarmaktadır. Bazıları edâ ehliyetini tamamen kaldırırken (akıl hastalığı gibi), bazıları daraltır (ölüm hastalığı gibi). Edâ ehliyetini ortadan kaldıran arıza, kişiyi, çocukluk çağına döndürmüş olur, daraltan arıza da temyiz çağına indirmiş sayılır. **ZEYDAN**, s.483.

bey'in (satımın) sâlip ve şir'anın câlip olduğunu bilmeyen ve onda beş aldanmak gibi gabini fahiş olduğu belli olan bir gab'ni, gabni yesirden (gabini kolaylıkla) temiyiz ve tefrik (ayırt ve fark) edemeyen çocuktur (Mecelle 943). Ayırt etme gücünden yoksun sagirin kavli tasarrufları velisi izin verse bile hiçbir zaman geçerli olmaz. Bu ister bir bağışlamanın kabulü şeklinde olsun, ister yararlı bir durum olsun, ister beyi ve şira gibi nef'i ile zarar arasında bir işe taallük etsin (Mecelle 966), işlem geçersizdir. Akıl hastasının kavli tasarruflarına gelince, bu da mutbik veya gayri mutbik olduğuna göre değişir. Devamlı surette cinnet hâlinde bulunan kimse, ayırt etme gücünden yoksun sagir gibidir; kavli tasarrufu hiçbir hüküm ifade etmez. Bununla birlikte, arada sırada ayırt etme gücünü kaybedenlerin, durgunluk dönemlerinde yaptıkları işlemler, bir akıllının tasarrufu gibi geçerlidir. Bunun için velisinin icazeti de gerekmez (Mecelle. 944, 979, 980)⁴⁰.

Diğer yandan İslâm hukukunda, bugünkü anlamda bir haksız fiil kavramı oluşmamıştı. Bu daha ziyade cinayati (delikt) oluşturan, haklara, kişilere, mala karşı tecavüzü ifade eden, insanlar, hayvanlar ve eşya tarafından ve bunlar aracılığıyla meydana getirilen zararlı eylemdir. Fıkha (Mecellenin 89,90,912 vd. maddeleri) göre bir fiilin hükmü, failine bağlı (muzaf) kılınır. İslâm hukuku, failin ayırt etme gücüne sahip olmasını aramaz. Sagir, ayırt etme gücüne sahip olsun olmasın haksız fiillerinden, velevki üzerine düşerek, kazara kırarak başkasının malına verdiği zarardan kendi malı ile sorumludur (Mecelle 916, 917)⁴¹.

Bu sert hükmün sebebi, malların korunmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçük, yapmış olduğu zararlı davranışlardan sorumludur (Mecelle 916), zira mübaşir, yani fiilin bizzat faili, müteammit olmasa da zâmin (ödenir) olur (Mecelle 92); mübaşeretden itlafın daman'ı mucip kılmasında

⁴⁰ **ANSAY, Sabri Şakir:** Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 3. Bası, Ankara 1958, s.59; **GÜVEN, I,** s.583.

⁴¹ **ANSAY,** s.59 ve s.129; **İMRE, Zahit:** (Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, III, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XIV, S.1-2, İstanbul 1948, s.757.

kasit şart değildir⁴²; ayırt etme gücünün bulunmaması sorumluluğu ortadan kaldırmaz⁴³.

Görüldüğü gibi, İslâm hukukunda ve mecellede ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî işlemleri hiçbir sonuç doğurmamaktadır⁴⁴. Yaptıkları işlemler vasisinin izniyle de olsa hiçbir şekilde geçerli hâle gelmemektedir. Diğer yandan bugünkü hukukumuzla faklı olarak ayırt etme gücünden yoksun kimselerin haksız fiil sorumlulukları tamdır ve zararlı davranışların tamamından sorumlu tutulmaktadır. Bunun tek istisnası ise, kazara bir başkasının malının üzerine düşme durumudur. Bu hâlde, bir sorumluluk doğmamaktadır.

§ 2. AYIRT ETME GÜCÜ KAVRAMI VE UNSURLARI

Çalışma konumuzun ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğu olduğuna göre, ayırt etme gücü kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu sebeple, aşağıda ayırt etme gücü kavramı ve ona ilişkin unsurlar üzerinde durulacaktır.

I. Ayırt Etme Gücü Kavramı Ve Unsurları

Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde kişiler hukuku bölümünde fiil ehliyetinin bir şartı olarak düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde ayırt etme gücü⁴⁵, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir” biçiminde olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır.

⁴² Bunun gibi, ayırt etme gücünden yoksun kimse bir başkasının malına zarar vermesi hâlinde, zarar kendi malından karşılanır. Fakat, malı yoksa genişliği zamana bırakılır; velisine tazmin ettirilmez. Bu anlamda, ailesinin de sorumluluğu doğmaz. ZEYDAN, s.483.

⁴³ ANSAY, s.128-129.

⁴⁴ Mecellede tehlike ve hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. bkz. İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.758.

⁴⁵ İsviçre Medeni Kanununun 16. maddesinde de ayırt etme gücü olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır.

Olumsuz bir tanım yoluna gidilmiş olması, akıl hastalığı, akıl zayıflığı durumlarının ayırt etme gücünün yoksun bulunduğu hâllerden olması ve ayırt etme gücünün varlığının asıl, yoksunluğun ise istisnâî olması sebebinden kaynaklandığı söylenebilir⁴⁶.

Medeni Kanununun 13. maddesine bakıldığında ayırt etme gücüyle ilgili olarak psikolojik ve fizyolojik unsurların bir arada bulunması gerektiği anlaşılmaktadır.

A. Psikolojik Unsur

Psikolojik unsur olarak belirttiğimiz unsur, esasen akla uygun surette hareket etme gücüdür. Başka bir ifadeyle ayırt etme gücü, bir kimsenin yapmış olduğu fiilin, anlam ve sonuçlarını idrak etmek (anlamak) ve bu anlayışa uygun hareket edebilme yeteneğidir⁴⁷. Bu açıdan ayırt etme gücü, insan davranışlarının psikolojik yönden belirlenen aşamalarına göre ortaya konulmaktadır. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücü psikolojik (ruhî) bir kavramdır. Bu nedenle, ayırt etme gücünün belirlenmesi, bir yerde, psikoloji ve psikiyatri biliminin uğraşı alanlarına girer⁴⁸.

⁴⁶ **ARAL, Fahrettin:** “Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu”, Batider, C.X, S.3, 1980, s.733; Alman hukukunda da, ayırt etme gücü olumsuz bir şekilde tanımlanmıştır. bkz. § 104 vd; **BUCHER, Eugen:** Berner Kommentar, (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), Bd. I, Tl. 2, Bern 1976, Art.16, N.6.

⁴⁷ YG. 4.HD., 11.3.1981, 1247/3013 (YKD. 1981/2, s.1417); **ARAL**, s.733; **TUOR/SCHNYDER**, s.67; **BUCHER**, Art.16, N.44; **İMRE, Zahir:** “Gayrimüeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”, Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara 1974, s.340; **SAYMEN, Ferit, H.:** Türk Medeni Hukuku, C.I, Umumi Prensipler, İstanbul 1948, s.270-271; **AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), C.I, İstanbul 2002, s.301-302; **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.:** Medeni Hukuk, İstanbul 1969, s.97; **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan:** Kişiler Hukuku, C.I-II, İstanbul 2001, s.56-57; **KÖPRÜLÜ, Bülent:** Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku (Gerçek kişiler – Tüzel Kişiler), 1-2. Kitaplar, 2. Bası, İstanbul 1984, s.200-201; **TANDOĞAN, Hâluk:** Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), Ankara 1961, s.56; **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, ÖZER/OKTAY, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7. Bası, İstanbul 2002, s.202; **DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre:** Sorumluluk Hukuku (Çev: Salim ÖZDEMİR), Ankara 1983, s.50; **ÖZTAN, Bilge:** Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar), Ankara 2000, s.71; **HELVACI, İlhan:** “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), C.LV, S.4, İstanbul 1997, s.146; **MEISTER-OSWALD, Elisabeth:** Haftpflicht für außervertragliche Schädigungen durch Kinder, Zürich 1981, s.26; **BECKER, Walter:** Das Recht der unerlaubten Handlungen, Berlin 1976, s.212 vd.

⁴⁸ **SCHWARZ, Andreas:** Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1948 (çev. Davran, Bülent), s.190-191; **ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir M./GÖKYAYLA, Emre K.:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2002, s.226; **NÄGELI, Max:** Die ärztliche Behandlung

Bununla birlikte, her türlü akla uygun davranma, ayırt etme gücünü belirlemeye yeterli değildir. Zira, bazen ayırt etme gücüne sahip olan kimselerin hiç de akla uygun davranışlar içersine girmediğine rastlamaktayız. Örneğin, toplumun yararlandığı genel bir caddede, otomobil ile yarış yapmak, gelip geçenlere vurmak; insanlara bağırarak gibi davranışlar akla uygun davranışlar değildir. Buna benzer şekilde ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin de, çoğu zaman akla uygun bir şekilde davrandıklarına da rastlayabiliriz. Örneğin, bir akıl hastasının toplum içinde anormal davranışlar sergilemediği sürece akla uygun davranışlarda bulunmaktadır⁴⁹.

Bu nedenledir ki, akla uygun bir şekilde davranma, tek başına ayırt etme gücünü ortaya koymaya yeterli değildir. İşte bu sebeple, ayırt etme gücünü belirleyebilmek için, akla uygun bir şekilde davranma dışında, karar verme gücü (Urteilsvermögen) ile yapmak isteme veya karar verme'yi (Wille) takip eden davranışı yapabilme (können) aşamalarına⁵⁰ ihtiyaç vardır⁵¹. Başka bir ifadeyle,

handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984, s.7; **EGGER, August:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Zürich 1930, Art.16, N.4; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s.40; **ÖZSUNAY, Ergun:** Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979, s.34; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.302-303; **BUCHER**, Art.16, N.73; **PEDRAZZINI, Mario M./OBERHOLZER Niklaus:** Grundriss des Personenrechts, dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1989, N.3.2.3.4; **ÖZTAN**, s.71-72; **BINDER, Hans:** Die Urteilsfähigkeit in psychologischer und juristischer Hinsicht, Zürich 1964, s.9 vd.; **MERKEL, Günter:** Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit, Nürnberg 1962, s.71; **MÜLLER, Gabriele:** Betreuung und Geschäftsfähigkeit – Bielefeld, Gieseking 1998, s.12.

⁴⁹ **SCHWARZ**, s.191-192; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.225; **REİSOĞLU, Sefa:** “Temyiz Kudretinden Mahrumiyet Hâlinde Haksız Fiil Mesuliyeti ve Bir “cour de Justice” Kararı”, AD., Yıl: 47, S.10, Ekim 1957, s.1093; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.302. Bir kişi akla uygun bir davranışı ayırt etme gücüne sahip olmadan yapabileceği gibi, tam tersine ayırt etme gücü olduğu hâlde, akla uygun davranmayabilir. Medeni Kanunumuzun 13. maddesinin amacı, akli yetenekleri zayıf olanları korumak olup, kapasiteleri olduğu hâlde, yanlış veya akla uygun olmayan şekilde davranan veya yanılıya ve hataya düşenleri korumak değildir. bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 44; **ARPACI, Abdülkadir:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s.21.

⁵⁰ Pedrazzini/Oberholzer, bu aşamaları dört şekilde belirtmektedir. Öncelikle kişide, “Erkenntnisfähigkeit”, yani “tanıma, algılama yeteneği” bulunmalıdır. Buna göre, ayırt etme gücü için, bir kimsenin belirli bir mantıki görüşe ve düşünme gücüne sahip olması gerekir. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olabilmesi için, dış alemdeki olayları hiç olmazsa ana hatlarıyla tanımış olmalı, onları kavrayabilmelidir; yani gerçeğe uygun bir görüşü olmalıdır. Yeterli bir realitede yaşamayan insanların –özellikle zihin kaybı yaşayan ve çevresini tanımayarak hayat tecrübelerini doğru şekilde yerleştiremeyen insanlarda olduğu gibi- ayırt etme gücü yoktur. Diğer yandan, bu kimselerin bir de “Wertungsfähigkeit” olarak adlandırılan, bir değerlendirme yeteneğine ihtiyaç duyulur. Buna göre, kişi, karşısına gelen bir durumda, rasyonel ve makul bir şekilde düşünebilmeli, bu durumu bu şekilde değerlendirebilmelidir. Daha dış dünyadaki gelişmeleri ve olayları doğru bir şekilde algılama ve bunları doğru bir şekilde kendi iç dünyasında değerlendirme

normal ve akla uygun bir harekette bulunan bir kimse, ayırt etme gücüne sahip olması için, bu hareketin sebebini ve saikini (hareketi yapma kararını) düşünmüş ve değerlendirmiş olması, bu saike uygun olanını istemiş olması ve bu isteği şeklinde hareket etmiş olması, onu bu şekilde icra etmiş olması gerekmektedir⁵².

Anlatılanlardan yola çıkarak, ayırt etme gücünü şu şekilde tanımlamak mümkündür. Ayırt etme gücü, bir kimsenin fiil ve işlemlerinin saikini (güdüsünü), sonuçlarını, kapsam ve etkilerini seçebilme ve bunlara uygun olarak hareket edebilme gücü olarak ifade edilebilir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücü, yapılan

yeteneğinde bir sorunun bulunması hâlinde, karar verme ve motif oluşumu yeteneği de yoktur. Bununla birlikte, bu yeteneğin bulunmasına rağmen kişinin değer yargıları ve motif oluşumu normal bir insanınki ile örtüşmemesi hâlinde, ayırt etme gücünün bulunmadığı söylenebilir. Başka bir ifadeyle, bir kimse, olayların kapsamı ve yararlılığı hakkında makul bir şekilde karar verme yeteneğine sahip olması gerek; eğer bir kimsenin kararına etkili olan değer ölçüleri, genel anlamdaki değer ölçülerine çok aykırı ise, bu değerlendirme sakat bir değerlendirme olarak kabul edilir ve bu kimsenin makul davranışta bulunmadığı kabul edilir. Ayrıca kişinin iradesini oluşturabilme yeteneğine (Willensbildung) sahip olması gerekmektedir. sahip olması gerekir. Buna göre, kişi kendisinin oluşturduğu, motiflerden birini öngördüğü hedefler doğrultusunda seçme ve karar verme yeteneğine sahip olmalıdır. Karar verme yeteneğindeki eksiklik de, ayırt etme gücünden yoksunluk sonucunu verecektir. Nihayetinde, bu kimsenin kendi iradesine uygun bir şekilde davranma gücüne sahip olması gerekmektedir. Kendi iradesinde tasarladığı şekilde hareket etme yeteneğine sahip olmayan kimsenin ayırt etme gücü de yoktur. **PEDRAZZINI/OBERHOLZER**, N.3.2.3.3.1-4; ayr. bkz. **ÖZTAN**, s.79; **TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID**: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1995, s.75; Alman hukuku bakımından bkz. **PALANDT**, § 104 N.4; **HEFERMEHL, Wolfgang**: Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, 13.Aufl., (§§ 104-240) 1999, § 104 N.1; **FLUME, Werner**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Band, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Berlin Heidelberg 1979, s.175.

⁵¹ **ARAL**, s.734; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.204; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.302; **ÖZTAN**, s.71 ile 79-80; Ayırt etme gücü, yalnız işlemin faydasını ve etkisini (kapsamını) makul olarak takdir edebilmek yeteneği olmayıp, aynı zamanda, bu takdire göre hareket edebilme ve özellikle iradesine karşı yapılan baskılara ve tesirlere karşı dayanabilme gücüdür. bkz. **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s. 342; Bir kimse kendi iradesiyle bir karara varamıyor, hiç karşı koymadan başkasının iradesini kabul ediyorsa veya bir karara varmasına rağmen kararını kendi gerçekleştiremiyor, üçüncü bir kişinin müşterek etkisiyle istemediği bir davranışta bulunuyorsa, akla uygun bir biçimde davrandığı söylenemeyecektir. bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s.40; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.57; **GEBAUER, Gerhard**: “Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen”, AcP Bd. 153 (1954) s. 332 vd.; **BREIT, James**: Die Geschäftsfähigkeit, Leipzig Roßberg 1903, s.10 vd.; **BECKER, Walter**, s. 213.

⁵² **BGE 77 II 231,232**; **BGE 77 II 99,100**; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.302; **ÖZTAN**, s.80; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 40; **KÖPRÜLÜ**, s.201-202; **EGGER**, Art.16, N.4-5; **BUCHER**, Art.16, N.37 vd.; **GÜVEN**, II, s.165 **DURAL/ÖĞÜZ**, s.57; **KELLER, Alfred**: Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, Bern 2002, s.116; **MÜLLER, G.**, s.15; **BGH 1953, 1342**; **NJW 1961, 261**; **LARENZ, Wolf**: Allgemeiner Teil des BGB 2004, § 6, N.18; **DEUTSCH**, (Haftungsrecht), s.295.

eylemlerin, anlamını anlayarak, buna uygun bir şekilde eylemi istemek ve bu isteğe uygun olarak hareket etme olarak tanımlanabilir⁵³.

Diğer yandan İsviçre – Türk Medeni Kanununa göre, ayırt etme gücü göreceli bir kavramdır⁵⁴. Nihayetinde ayırt etme gücü, bir kimsenin eylemlerinin sebebini, güdüsünü anlaması, bunları istemesi ve buna uygun olarak hareket etmesi, bir kimsenin mahiyeti ve önemine göre bir kişide mevcut olan veya olmayan bir duygudan ibarettir⁵⁵. Bu açıdan ayırt etme gücü, olayın koşullarına göre değiştiği gibi, aynı kişi yönünden de görecelik taşır. Aynı kimse bile, değişik koşullarda, farklı davranışlarda bulunabilir. Ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu bir kimsenin kişisel yeteneğine (kişisel durumuna) ve yapmış olduğu işlem veya eylemine göre, somut olarak (in concreto) belirlenmelidir⁵⁶. Bu açıdan ayırt etme gücü, bir kimsenin

⁵³ **TUOR/SCHNYDER/SCHMID**, s.75; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.303; **ÖZSUNAY**, s.33; **GROSSEN, Jaques-M.**: Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, II. Bd., Basel – Stuttgart 1967, s.312; Alman Medeni Kanununun 104. paragrafında ayırt etme gücü düzenlendiği hâlde, vasiyet yapma ehliyetini düzenleyen 2229/4 paragrafında ayırt etme gücü daha açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Buna göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya geçici bir kayıptan dolayı, kendisi tarafından yapılan irade açıklamasının niteliğini anlamayı ve ona uygun davranma yeteneğine sahip olmaması hâlinde, vasiyet ehliyetinin bulunmayacağı kabul edilmektedir. Ayr. bkz. **FLUME**, s.185; **BORK, Reinhard**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001, § 23 N.967; **PAWLOWSKI, Hans-Martin**: Allgemeiner Teil des BGB, 6.Aufl, Heidelberg 2000, § 2 N.182; **SOERGEL/WOLF, Manfred**: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. 2, Berlin-Köln-Mainz 1999, § 104 N.5; **OECHSLER, Jürgen**: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 826-829; Berlin 2003, § 827, N.16 vd.; **LARENZ**, § 6, N.12; **MERKEL, G.**, s.71; **MÜLLER, G.**, s.3 ve 16; **RGZ** 130, 71; **BGH NJW** 1970, 1681; **FamRZ** 1984, 1003; **NJW** 11992, 2101; **HEINRICH, Helmut**: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 64.Aufl. München 2005, § 104, N.2; **MEISTER-OSWALD**, s.26; **IGNEY, Axel**: Die Deliktsrechtliche Haftung Minderjähriger und der zu Ihrer Beaufsichtigung verpflichteten Personen nach deutschem und schwedischem Recht, Freiburg 1981, s.11; **ARPACI**, s.21.

⁵⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 43; **ÖZTAN**, s.72; **ÖZSUNAY**, s.34; **YG**. 1. HD. 26.9.1996, 10070/10532 (YKD., 1997/2, s.192 vd.); **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.304; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.50; **BUCHER**, Art.16, N.87 vd.; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.57; Alman hukuku bakımından, her ne kadar bir yaş sınırı getirilmişse de, 7. yaşın üstündekiler için ayırt etme gücünün bulunmaması her somut olayın özelliğine göre araştırılacaktır. bkz. **FLUME**, s.184-185; **BORK**, § 23, N. 980 vd.; **SOERGEL**, § 104 N.6 vd.; **LEHMANN, Heinrich**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1966, s.186; **DEUTSCH**, (Haftungsrecht) s.294.

⁵⁵ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.304; **PAWLOWSKI**, § 2 N.168 vd.

⁵⁶ **İMRE**, (Gayrimüeyyizler) s.341; **ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, 226; **ÖZTAN**, s.72; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 43; **KÖPRÜLÜ**, s.205; **EGGER**, Art.16, N.9; **BUCHER**, Art.16, N.87 vd.; **SCHWENZER, Ingeborg**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2003, § 22.06; **ÖZSUNAY**, s.34-35; **DURAL/ÖGÜZ**, s. 59-60; **BGE** 90, II, 9 ; **BGE**, II, 229; **BGE** 38 II 411; 43 II 208 vd.; 44 II 449; 55 II 229; 67 II 52; 98 I 325/26; 99 III 6; 109 II 273; 117 II 231; **MEISTER-OSWALD**, s.26-27; **CEYLAN, Seldağ Z.**: “Temyiz Gücünden Yoksun Olanların Sorumluluğu”, *Noter Hukuku Dergisi*, s.50.

soyut durumuna göre değil, o kimsenin şahsî hâline göre onun hangi işlem veya eylemi için arandığı araştırılarak, somut olarak belirlenecektir⁵⁷. Örneğin bir akıl hastası durgunluk dönemlerinde (lucida intervalla), ayırt etme gücüne sahip olabildiği gibi, küçük bir çocukta da aynı nitelik mevcut olabilir. Buna karşılık, esasen ayırt etme gücüne sahip bir kimse, aldığı uyuşturucu madde veya alkol nedeniyle geçici süre ayırt etme gücünü yitirmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda, yapılan eylem ve işlem yönünden ayırt etme gücünü belirleyebilmek için, bu kimsenin özellikle o eylemi yaparken içinde bulunduğu psikolojik durumu saptamak gerekecektir⁵⁸. Bu nedendir ki, hâkim, ayırt etme gücünün varlığı hakkında somut olayın özelliklerine göre belirleyecektir⁵⁹.

B. Fizyolojik (Biyolojik) Unsur

Akla uygun şekilde hareket etme gücünden yoksunluk hâli, her hâlde, bir kimsenin hukuken ayırt etme gücünden yoksun bir kimse olarak sayılmasını gerektirmez. Bunun için Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere bir kimsede, ancak kanunda belirtilen akıl hastalığı, akıl zayıflığı vb. sebeplerden dolayı

⁵⁷ **DESCHENAUX/TERCIER**, s.50; **GROSSEN**, s.319; **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s.341; Karışık ve güç bir işte karar vermek için aranacak bilinç ile günlük bir ihtiyacın giderilmesine yönelik bir hukukî fiil için gerekli irade ve bilinç farklı değerlendirilmelidir. Aynı kimse, basit, kolay bir şekilde kavranabilecek bir davranışı hakkında, ayırt etme gücüne sahip olarak değerlendirilebilirken, aynı kişi, daha zor ve karmaşık bir davranış, örneğin bir ticaret işinde ayırt etme gücüne sahip olarak görülmeyebilir. Yine, ilkokul öğrencisi bir çocuğun normal olarak bir defter alırken, bilinçli bir iradeye sahip olacağı ve bunu gerçekleştirdiği, yani bu konuda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilir. Buna karşılık aynı çocuğun bir taşınmaz alım satımında, bu işlemin gerektirdiği algılama ve bilincine sahip olmadığı söylenebilir. bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 40 ve 43-44; ayr. bkz. **MERKEL, G.**, s.71-72.

⁵⁸ **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.227; **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s.341; BGE 90 II 9, BGE 55 II 229 140; kararda, bir şahsın bir işlem için mümeyyiz, başka bir işlem için gayrimümeyyiz olarak sayılabileceği hüküm altına alınmıştır. HGK. 19.7.1967, E.66/239, K.340; **BUCHER**, Art.12, N.87; **MÜLLER, G.**, s.13-14; **LARENZ**, § 6, N.19; **DEUTSCH, Erwin/AHRENS, Jürgen, H.**: Deliktsrecht, unerlaubte Handlungen, Schadensrecht, Schmerzensgeld, 4. völlig überarb. u. erw. Aufl, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, s.70.

⁵⁹ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.304; **ÖZTAN**, s.72; Hâkim, ihtilaf konusu olan her davranış hakkında ayırt etme gücünün varlığını veya yokluğunu takdir hakkı gereğince saptamalıdır. Bunu yaparken, tartışmalı noktalarda, bilirkişiye başvurmak zorunda kalabilir. Ancak, maddî durumun tespitinden sonra hukukî değerlendirme hâkimin takdir hakkı içersindedir. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 44; aynı şekilde, BGE 98 I A 325.

belirli fizyolojik şartlardan birinin gerçekleşmiş olması hâlinde ayırt etme gücünden yoksun olduğu söylenebilir⁶⁰.

II. Sezginliği Ortadan Kaldıran Sebepler

Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde hangi hâllerin ayırt etme gücünden yoksunluk sebebi oluşturacağı düzenlenmiştir. Maddede belirtilen, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk hâlleri sınırlayıcı olarak sıralanmış olmayıp, “öteki sebepler” şeklinde belirtilerek buna benzer hâllerin de ayırt etme gücünden yoksunluk sebebi oluşturacağı düzenlenmiştir.

Aşağıda kanunda belirlenen hâller ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Yaş Küçüklüğü

Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir hâl olarak yaş küçüklüğünün yer alması doğal bir ilkedir, zira küçük yaşta bir çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğunun söylenmesi zordur. Çocuğun aklî işlevlerinin gelişmesi, yaşına bağlı olarak yavaş yavaş gerçekleşmekte ve ayırt etme gücüne, zamanla belirli bir psikolojik olgunluğa erişilmesi ile sahip olunmaktadır⁶¹. İşte Türk Medeni Kanunumuzun 13. maddesi bu durumu dikkate alarak, yaş küçüklüğünü, akla uygun şekilde hareket etme gücünü etkilediği ölçüde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenleme yoluna gitmiştir⁶².

Türk Medeni Kanunu, kişinin bu olgunluğa, yani ayırt etme gücüne, hangi yaştan itibaren kazanacağını düzenlenmemiştir. Oysa, Alman Medeni Kanununun

⁶⁰ Çocukların biyolojik gelişimleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **HOMMERS, Wilfried**: Die Entwicklungspsychologie der Delikts- und Geschäftsfähigkeit : ein exemplarischer Beitrag zur Validität der zivilrechtlichen Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres, u.a. Göttingen 1983, s.173 vd.

⁶¹ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.305; **ÖZTAN**, 72; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.228; **İMRE**, (Gayrimüeyyizler) s.343; **SAYMEN**, s.271; **PEDRAZZINI/OBERHOLZER**, N.3.2.3.3.4.1; **ÖZSUNAY**, s.35-36; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s. 41; **EGGER**, Art.16, N.12; çocukların haksız fiillere ve hukukî işlemlere karşısındaki aklî ve psikolojik gelişmeleri konusunda yapılan çalışmalar konusunda ayrıntılı bilgi için, bkz. **BUSCH**, s.82 vd.

⁶² **ÖZTAN**, s.73; **DURAL/ÖGÜZ**, s.57-58.

104. paragrafında olduğu gibi, ayırt etme gücünün 7. yaşın ikmalî gibi, belirli bir yaştan itibaren başladığı kabul edilmiştir⁶³. Bunun gibi, Avusturya Medeni Kanununda da 7. yaşın; Yunan Medeni Kanununda 10. yaşın ikmalî gibi sınırlar belirlenmiştir⁶⁴.

Yabancı Medeni Kanunlarında bu tarz bir yaş sınırının getirilmesine rağmen, Türk Medeni Kanununda, ayırt etme gücü bakımından kesin bir yaş sınırının getirilmemiş olması yerinde bir düzenlemedir, zira bu hususta, kesin bir yaş sınırının tespit edilmesi psikoloji biliminin verilerine de uygun değildir⁶⁵. Türk hukukunda belirli bir yaş sınırının kabul edilmemiş olması sebebiyle, her somut olayda, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hâkim tarafından belirlenecektir⁶⁶. Hâkim, her somut olayın özelliğini dikkate alarak, çocuğun ruhî ve aklî derecesini, muhakeme ve fikrî becerisini ve içersinde yaşadığı sosyal çevreyi dikkate alarak bir sonuca varacaktır⁶⁷. Örneğin, büyük bir şehirde yaşayıp her türlü eğitim ve beslenme olanağına sahip bir şekilde yetişen çocuk ile bu olanaklara sahip olmayan ve büyük

⁶³ Almanya'da düzenlenen bu yaş sınırları yukarıda hakkaniyet sorumluluğunun tarihsel gelişiminde açıkladığımız Roma hukukundaki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Buna göre, yıllar boyu süregelen 7. yaş sınırının kabulünün, bu süre içinde çocukların ayırt etme güçlerinin gözlemlenebildiği ve bu nedenle tecrübeler edinildiği gerekçesine dayandırılmıştır. bkz. von Kübel (naklen **GOECKE**, s.39-40); Alman Medeni Kanunun'daki düzenleme için bkz. **PALANDT**, § 104 N.1 vd.; **DEUTSCH/AHRENS**, s.68-69; **FUCHS, Maximilian**: Deliktsrecht, Berlin-Heidelberg, 2003, s.76 vd.; **KÖTZ, Hein/WAGNER, Gerhard**: Deliktsrecht, Luchterhand 2001, s.127; **LARENZ**, § 6, N.16; **LEHMANN, Heinrich**: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, (bearb.HÜBNER, Heinz), 15. Aufl, Berlin 1966, s.185-186; **ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans C.**: Allgemeiner Teil des BGB, zweiter Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960, s.928; **GEBAUER, Gerhard**: Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP 153, (1954) s.350; **DEUTSCH, Erwin**: Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, Ein Beitrag zum Anwendungsberich des § 829, JZ 1984, Bd. 19, Heft 3, s.86; **EMMERICH, Volker**: BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 10.Aufl, Tübingen 2003, § 20 Einl. N.15.; **BUSCH**, s.50 vd; **ERMAN/SCHIEMANN**, BGB, 11.Aufl., § 828, N.1 vd; **BRÜGGEMEIER, Gert**: Prinzipien des Haftungsrechts, Baden Baden 1999, s.44.

⁶⁴ **SCHWARZ**, s.193; **ÖZSUNAY**, s.35; **SAYMEN**, s.271; **KÖPRÜLÜ**, s.202-203; **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s.343; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.207; **EGGER**, Art.16, N.12; bkz. aşağı. karşılaştırmalı hukuk açısından yapılan açıklamalara, (§ 7).

⁶⁵ bkz. **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 305; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.228.

⁶⁶ **SCHWARZ**, s.193; **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s.343; **KÖPRÜLÜ**, s.203; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.305; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.229; **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY**, s.41; **DURAL/ÖGÜZ**, s.58; **SCHWENZER**, § 22.08; BGE 111 II 263, 267; BGE II 330 vd.; **ARPAÇI**, s.22.

⁶⁷ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.305; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.229; **VELİDEDEOĞLU**, s.97; alman hukukunda, çocuğun, kusurlu davranıp davranmadığı, yaşlılarıyla olan karşılaştırma sonrasında belirlenmektedir. Buna göre, çocuk, kendi yaşlılarıyla karşılaştırılarak, göstermesi gereken asgarî özeni gösterip göstermediği araştırılmaktadır. Bu asgarî özenin altında kalan davranış, kusur olarak nitelendirilecektir (BGB § 276); ayr. bkz.**KÖTZ/WAGNER**, s.125-126; **IGNEY**, s.24.

yerleşim merkezlerinden uzak bir şekilde gelişen bir çocuk arasında anlama, kavrama ve algılama yeteneğinin eşit olduğu söylenemez⁶⁸. Federal Mahkeme bir kararında, çocuğun eylemi yaparken, davranışının doğuracağı hukukî sonuçları kestirme yeteneğine sahip olup olmadığını ve iradesini etkileyen nedenlere karşı koyup koyamayacağını, her olayın özelliğine göre ayrıca araştırılması gerektiğini belirtmiştir⁶⁹.

B. Akıl Hastalığı

Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep olarak sayılmasına rağmen, bunun tanımı yapılmamıştır. Bunun sebebi, akıl hastalığının belirlenmesi tıp ve psikiyatri biliminin uğraşı alanına girmesi ve bu açıdan kesin olarak tespitinin yapılamamasıdır⁷⁰. Bununla birlikte, tıp biliminin saydığı her türlü akıl hastalığı, Medeni Kanun anlamında ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmesi de doğru değildir⁷¹.

Hukuksal açıdan önemli olan, bir kimsenin belirli bir hukuksal işlemi veya eylemi yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığıdır; yoksa bunun tıp bilimi açısından akıl hastalığı sayılıp sayılmadığı değildir. Zira her türlü akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmaz. Akıl hastası olarak nitelendirilen bazı kişiler zaman zaman geçirdikleri nöbetler sebebiyle, nöbet süresince ayırt etme gücünü yitirdikleri, fakat durgunluk dönemlerine (lucida intervalla) girdikleri de

⁶⁸ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.229.

⁶⁹ BGE 43 II 208; BGE 90 II 9, 104 II 186; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.1; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.229; HGK.26.10.1960, E.41250, K.256 (OLGAÇ, Senâî: İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 1975, s.31); KELLER, (Haftpflicht), s.117.

⁷⁰ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.230; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.2; EGGER, Art.16, N.13; ayr. bkz. DEUTSCH (Haftungsrecht), s.300.

⁷¹ ÖZTAN, s.73; KÖPRÜLÜ, s.203; ÖZSUNAY, s.36; Tıp biliminin saydığı akıl hastalıklarından bir bölümünü Medeni Kanun anlamında akıl hastalığı olarak sayılabileceği gibi, bir bölümünü de Medeni Kanunun akıl hastalığından saymadığı ve akıl zayıflığı olarak nitelendirdiği durumlar içine (idiot, embesil, debil gibi) sokabiliriz. Örneğin Medeni Kanunun sarhoşluk ve buna benzer nedenleri –uyuşturucu nöbetleri- akıl hastalıklarından ayrı tutup, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran hâllerden saymasına rağmen, tıp bilimi bunları akıl hastalığı olarak nitelendirmektedir. bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.231; DURAL/ÖĞÜZ, s.58; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.2; Alman Medeni Kanununun 828. paragrafında, baygın durumdayken veyahut akıl hastalığı sebebiyle bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde bu zarardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. (bkz. § 7, I.).

olmaktadır⁷². İşte kişi, bu durgunluk dönemlerinde, yaptığı eylemlerin ve hukukî işlemlerin sonuçlarına farkına varacak niteliktedir. Başka bir ifadeyle, bu durgunluk döneminde ayırt etme gücüne sahiptir. Tıp bilimin akıl hastalığı olarak saydığı, sara, histeri, kore hastalığı, tifo, sıtma nöbetleri, dönüm yaşı psikozları, melankoli, psikantezi gibi bazı akıl hastalıkları bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenle, hukuksal açıdan, hastalığın, tıp bilimi açısından hastalık sayılıp sayılmamasına değil, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıp kaldırmamasına, bunun sürekli veya geçici olup olmamasına bakılmalıdır. Bu yönden, durgunluk dönemleri dışında kalan zamanlarda, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilmelidir⁷³.

Bu yöndeki düşüncemizi Türk Medeni Kanununun 133. maddesi doğrular niteliktedir. 24607 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yapılan değişiklikle, akıl hastalarının, evlenmeye engel bir durumlarının bulunmadığını resmî sağlık kurulu raporuyla ispatlamaları hâlinde, evlenmelerine izin verilmiştir. Bilindiği üzere, akıl hastalığı, yürürlükten kalkan Türk Kanun-u Medenisinde herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın evlenme engeli olarak sayılmıştır. İşte bu düzenleme ile, her türlü akıl hastalığının evlenme engeli olarak sayılmadığı, akıl hastalığına rağmen, ayırt etme gücünün varolabileceği ortaya konulmaktadır.

Bununla birlikte, tıp ve psikiyatri biliminde kabul edilen her türlü akıl hastalığı, hukukî açıdan ayırt etme gücünü ortadan kaldırır bir nitelikte kabul edilmese de, hâkim, ayırt etme gücünün belirlenmesinde tıp ve psikiyatri biliminin yardımına ihtiyaç duyar. Zira, bir kimsenin eylem ve davranışı gerçekleştirdiği sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tıp ve psikiyatri alanında uzmanlaşmış

⁷² ÖZSUNAY, s.36; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.231; AKİPEK/AKINTÜRK, s.306; ÖZTAN, s.73; SAYMEN, s.271; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 42; BUCHER, Art.16, N.74; LARENZ, § 6, N.19; DEUTSCH, (Verschulden), s.86; WAGNER, Gerhard : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 4.Aufl., München 2004, § 827, N.8; HEINRICH/PALANDT, § 104, N.3-4.

⁷³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.231; NIPPERDEY, s.1328 vd.; İMRE, (Gayrimümeyyizler) s.341; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.42; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.2; ARPACI, s.23; BGE 88 IV 114; 108 V 111; HELVACI, s.147; aynı durum alman hukuku bakımından geçerlidir. bkz. FLUME, s.184; LEHMANN, s.186; NÄGELI, s.7-8; STAUDINGER/OECHLSER, § 827, N.21; DEUTSCH, (Haftungsrecht) s.300; akıl hastalığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. WYLER, Marcus: Für ein eidgenössisches Irrengesetz, Basel 1905, s.21 vd.

kişilerce belirlenecektir⁷⁴. Nitekim, Türk Medeni Kanununun 409. maddesi, hâkimin, bir kimsenin kısıtlanmasına ilişkin kararı; ancak resmî sağlık kuruluşu tarafından alınacak bir rapordan sonra verebileceğini düzenlemiştir. Buna göre, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunda, yine bilirkişiler çerçevesinde hareket edilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu hususta kesin kararı verecek olan yine hâkimdir. Başka bir ifadeyle, kişinin eylemi veya davranışı gerçekleştirdiği sırada, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına hâkim karar verecektir. Bunu yaparken de, her somut olayın koşullarını ve kişinin özelliklerini göz önünde tutarak karar verecektir⁷⁵.

C. Akıl Zayıflığı

Akıl zayıflığı da, Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebepler arasında sayılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, akıl zayıflığı akıl hastalığının hafif bir derecesini oluşturmamakta, ondan farklı bir kavramı ifade etmektedir. Akıl zayıflığı, bir kimsede doğumdan gelen veya daha sonra ortaya çıkan ve akılsal işlevlerdeki (aklî melekelerde) yetersizlik, bir az gelişmişlik, bir duraklama veya gerileme durumunu ortaya koyar⁷⁶. Bunaklık, aptallık, budalalık denilen durumlar (idiot, embesil, debil) bunlara örnek olarak gösterilebilir⁷⁷.

Akıl hastalığı ile akıl zayıflığı arasında bir ayrımın yapılması hukukî açıdan önem taşımaktadır. Zira, akıl zayıfı olarak nitelendirilen kimseler, çoğu zaman ayırt

⁷⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, s.306; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.233; DURAL/ÖĞÜZ, s.58-59; REİSOĞLU, (Temyiz Kudreti), s.1094; LARENZ, § 6, N.18

⁷⁵ SCHWARZ, s.193; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.233; HELVACI, s.148; ÖZTAN, s.73; İMRE, (Gayrimüeyyizler) s.343-344; 1. HD. 25.5.1995 T. ve E. 6966 K.7943 (bkz. UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu, Kişiler Hukuku, C.I, Ankara 2003, s.31); ... “Hukukî ehliyetsizliğin tespiti, özel bir ihtisası gerektirdiğinden kural olarak ancak doktor raporu ile kanıtlanabilir. Bu konu ile ilgili tanık beyanları ehliyetsizliğin belirlenmesinde uzmanlarınca değerlendirmeye tabi tutulabilecek bir veri niteliğindedir...”, bkz. YG.HGK. 29.1.1992 T. ve E.1991/2, K.1991/608, (İKİD, S.375, s.8593 vd.).

⁷⁶ SCHWARZ, s.193; AKİPEK/AKINTÜRK, s.306-307; İMRE, (Gayrimüeyyizler) s.344; ÖZSUNAY, s.37; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.234; ÖZTAN, s.74; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 42; DURAL/ÖĞÜZ, s.59; ARPACI, s.23; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.4; EGGER, Art.16, N.14.

⁷⁷ ÖZSUNAY, s.37; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.233-234; BUCHER, Art.16, N.77; BECKER, Walter, s.247.

etme gücüne sahiptirler. Oysa, akıl hastası olan kimseler açısından bu durumdan bahsedilemez. Akıl zayıflığının bulunduğu durumlarda, hâkim, tıp ve psikiyatri biliminden yararlanarak, her somut olayın durumuna göre, kişinin, eylem veya davranışı yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını değerlendirecektir⁷⁸.

Doktrinde, sağır, dilsiz ve körlerin akıl zayıflığı kavramına girdiği yönünde bazı görüşler⁷⁹ oluşsa da doktrindeki baskın görüşe uygun olarak bu organik bozukluklar kişinin akıl zayıfı sayılmasını gerektirecek derecede ağır bir durum oluşturmamaktadır. Bugün için bu kimseler ayırt etme gücüne sahip oldukları kabul edilmektedir. Bununla birlikte bunların bazılarının düşünsel ve akılsal yapılarında tam yeteneklilere göre az da olsa, belirli oranda bir eksikliklerinin bulunduğu görülmektedir. Diğer yandan Medeni Kanununda kişinin kısıtlanabilmesi için gerekli şartlar sınırlı olarak sayılmıştır. Sağır, dilsiz ve körlük bu şartlar altında yer almamaktadır, dolayısıyla bunların ayırt etme gücünden yoksun oldukları peşinen söylenmesi mümkün değildir⁸⁰.

⁷⁸ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.233-234; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.42; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N. 3.2.3.4.3; SAYMEN, s.272; KÖPRÜLÜ, s.203; DURAL/ÖĞÜZ, s.59; Akıl hastalığı ile akıl zayıflığı kavramları, tıp bilimi bakımından aynı sınıf içerisinde sokularak akıl hastalığının kavramı genişletilmeye çalışılmaktadır. Oysa hukukî açıdan her iki durum, farklı bir anlam taşımaktadır. Akıl hastalığı, bir kimsenin gerçekleştirdiği eylem bakımından, onun makul surette hareket edebilme yeteneğini ortadan kaldıracak kadar ağır ise, Medeni Kanunun 13. maddesi anlamında, kişinin ayırt etme gücünden yoksun olarak nitelendirilmesine yetecektir. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ile makul surette davranabilme yeteneği arasında bu nedensellik ilişkisinin incelenmesi, hukukî bir meseledir ve kişinin içinde bulunduğu durumu belirleyecek olan kişi ancak hâkimdir. Kişinin patolojik durumunun incelenmesi için hekimin desteği kural olarak vazgeçilmez ise de, bu durumun hukukî açıdan değerlendirilmesi, hukukî bir meseledir ve bunu çözmek hâkimin görevidir. bkz. HELVACI, s.147, dpn.6; BUCHER, Art.16, N.130; EGGER, Art.16, N.15; MünKom/WAGNER, § 827 N.8.

⁷⁹ ÖZSUNAY, s.37; BINDER, s.34.

⁸⁰ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Kısım, C.I, 2. bası, İstanbul 1976, s.495; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.233-234; "...Sağır ve dilsizliğin temyiz kudretini kaldıran hâller olarak kanunda sayılmadığı görülüyor. Kanunda, temyiz kudretini kaldıran hâllerin ana vasfı olarak, makul surette hareket kabiliyetinden yoksunluk gösterilmiştir. Hayat tecrübeleri göstermiştir ki, akıf bir rahatsızlığı inzınam etmeyen sağır ve dilsizlik makul suretle hareket etme kabiliyetini ortadan kaldırmaz. Bunların yeteneklerinin sınırlanması yönündeki görüşler eskimiş ve terkedilmiştir. Medeni Kanununda kısıtlılık sebepleri sayılmıştır. Bunlara başka sebepler eklenemez. Aksi düşünce, hürriyetleri kanunsuz sınırlamama ve kanun önünde eşitlik prensiplerine aykırı düşer. Şu hâlde, sağır ve dilsizliği Medeni Kanunun 134. ve 355. vd. maddelerinde gösterilen küçüklük, akıl hastalığı ve zayıflığı, sarhoşluk, israf, suihâl, suiicare gibi makul surette hareket etme kabiliyetini kaldıran hâllerden kabul etmek mümkün değildir..." bkz. YG 2. HD., 11.5.1992 T. ve E.1992/2363, K.1992/5457 (İKİD. S.393, s.9757 vd.); alman Medeni Kanunun 2000 tarihli değişikliğinden sonra, sağır ve dilsizlere ilişkin düzenleme kaldırılmıştır. Eski düzenlemeye göre, sağır ve dilsizlerin durumlarının 18 yaşından

D. Sarhoşluk

Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran diğer bir sebep de sarhoşluk hâlidir. Sarhoşluk, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı gibi, yapısal bir bozukluktan ileri gelmez ve sürekli bir nitelik taşımaz. Sarhoşlukta, bir kimse, dış bir etkenden dolayı, yani alkolden dolayı zekâ ve anlayış yeteneklerinin uyuştuğu, zayıfladığı bir ruh hâline düşmekte ve böylece geçici olarak ayırt etme gücünü yitirmektedir⁸¹. Kişi, bedenine dıştan giren alkolün yarattığı zehirlenme nedeniyle, iradesini –dolayısıyla ayırt etme gücünü- geçici olarak yitirmektedir⁸².

Bir kişinin sarhoş olup olmadığının belirlenmesinde kesin bir ölçüt verilmesi mümkün değildir. Bu belirleme esnasında, ne kişinin aldığı alkol miktarına ne de aldığı içkinin sertliğine (alkol oranına) bakılır; keza, kişinin dıştan görünen tutum ve davranışları da bu hususta belirleyici sayılmaz⁸³. Zira, bazı insanlar, daha az alkol miktarıyla sarhoş olabilirken, bazılarının dayanıklılık oranı farklı olabilir. Kimisi alkolün bir çeşidine karşı dayanıklıyken, başka bir içkide kolayca sarhoş olabilirler. Diğer yandan, o kişinin bulunduğu ruhsal durum da sarhoş olup olmamasını etkiler. Bunun gibi, alkol almasından sonra, çok hareket eden bir kimsede, alkolün kana karışması süreci hızlandığı için, aldığı alkolün etkisi daha fazla olabilir. Bu açıdan, sürekli içki alan ve alkolik olan kimselerin ayırt etme gücüne sahip olmadıkları kolayca söylenemez. Aksine, alkolik kişiler, alkol almadıkları dönemlerde bir bunalım içine girerler ve bu hâldeyken, neler yaptıklarını çoğu zaman bilmezler. Öyleyse, alkolikler açısından, alkol almaktan ziyade, alkol almamak, ayırt etme gücünü belirleyici bir rol oynar. İşte bu nedenlerden dolayıdır ki, kesin bir alkol miktarı veya alkol çeşidi sarhoşluğun sınırını çizmekte ölçüt olamaz. Bu sebeple, hâkim, her somut olayın özelliğine ve kişinin durumunu göz önüne alarak, eylemi

küçük ve 7. yaşından büyük olanların durumlarıyla aynı olacağını düzenlemiş ve bunların ancak ayırt etme gücüne sahip oldukları zaman sorumlu olacaklarını düzenlemiştir. Ayr. bkz. § 6, I.

⁸¹ İMRE, (Gayrimümeyyizler) s.344; SAYMEN, s.272 ;ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.235; AKİPEK/AKINTÜRK, s.307; KÖPRÜLÜ, s.204.

⁸² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.235; BGE 77 II 97; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.42-43; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.4; BUCHER, Art.16, N.78 vd.

⁸³ ÖZSUNAY, s.38 ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.213; AKİPEK/AKINTÜRK, s.307; EGGER, Art.16, N.15.

veya davranışı yaparken sarhoş olup olmadığını, yani ayırt etme gücünün var olup olmadığını tespit edecektir⁸⁴.

E. Benzer Sebepler

Türk Medeni Kanununun 13. maddesi ile, akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve sarhoşluk, ayırt etme gücünü ortadan kaldıran birer sebep olarak düzenlendikten sonra, “ya da buna benzer sebeplerden biriyle” diyerek, bu hâllerin sınırlı olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde bu sebepler dışında da ayırt etme gücünün ortadan kalkabileceği kabul edilmiştir.

Yürürlükten kalkan Türk Kanun-u Medenisinin 13. maddesinde bu durum “yaşının küçüklüğü sebebiyle, yahut akıl zayıflığı veya sarhoşluk ve bunlara benzer sebeplerden...” şeklinde düzenlenmişti. Bu hüküm sebebiyle, doktrinde, “ve benzer sebepler” ibaresinin sarhoşluktan hemen sonra gelmesi sebebiyle, hükmün yalnızca sarhoşluk ile ilgili benzer sebeplerin, ayırt etme gücünü ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Bu görüş çerçevesinde, buna benzer sebepler ile, sadece eroin, esrar, kokain gibi uyuşturucu maddelerin, kanun hükmünün uygulama alanı içine girdiği kabul edilmiştir⁸⁵. Buna karşın, diğer görüş çerçevesinde, hükmün bu denli dar yorumlanamayacağı, hükmün yalnızca, sarhoşluğa ilişkin olmadığı ileri sürülmüştür⁸⁶.

İşte Yeni Türk Medeni Kanununun 13. maddesi ile, bu çelişki tamamen giderilmiştir. Yeni hükümde yer alan “ya da bunlara benzer sebepler” ibaresi, diğer sebepleri de içine alacak nitelikte genişletilmiştir. Bu sebeple, afyon, kokain, esrar vb. uyuşturucu maddeler dışında, hipnotizma, manyatizma gibi durumlarda da kişinin ayırt etme gücünü yitirebileceği kabul edilmelidir⁸⁷.

⁸⁴ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.234; aynı yönde, AKİPEK/AKINTÜRK, s.307.

⁸⁵ bkz. ATAAY, Aytakin: Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1969, s.67; İMRE, (Gayrimümeyyizler) s.345; KÖPRÜLÜ, s.204; TEKİNAY, Selâhattin S.: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 5. Bası, İstanbul 1987, s.229.

⁸⁶ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.236; ÖZSUNAY, s.38 DURAL/ÖĞÜZ, s.59; ARAL, 735.

⁸⁷ KÖPRÜLÜ, s.204; SAYMEN, s.272.

III. Ayırt Etme Gücünün Saptanması ve İspatı

Bir kimsenin belirli bir eylem ve işlemi yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi görevi ve yetkisi hâkimdedir. Bununla birlikte, yukarıda görüldüğü üzere, ayırt etme gücü nispi bir kavramdır ve her somut olaya göre, kişinin sahip olduğu özelliklere göre değişmektedir⁸⁸. Diğer yandan, ayırt etme gücünün belirlenmesi, çoğu zaman özellikle tıp ve psikiyatri bilimi ile ilgili teknik bir bilgiyi gerektirir. Dolayısıyla hâkim, bu konuda çoğu kez bilirkişilerden de yararlanma yoluna gidecektir. Bununla birlikte, hâkim, bilirkişilerin raporuyla bağlı değildir. Hâkim, raporu değerlendirirken, somut olayın koşullarını ve kişinin içinde bulunduğu durumu ve öteki delilleri değerlendirerek bir sonuca varacaktır⁸⁹. Yargıtay'da bu konuda belirttiği gibi, kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesinde, her somut olay açısından ve kişinin, o olayın neden ve sonuçlarını kavrayabilecek psikolojik gelişmeye sahip olup olmadığına bakılarak karar verilecektir⁹⁰.

Ayırt etme gücünü saptamak kural olarak hâkime ait olmakla beraber, davada taraflardan her biri, kendisinin yada karşı tarafın, ayırt etme gücüne sahip olduğunu veya bu güce sahip olmadığını ileri sürebilir. Bu hâllerde, Türk Medeni Kanununun

⁸⁸ **PEDRAZZINI/OBERHOLZER**, N. 3.2.3.2.3; **HELVACI**, s.148; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.59-60; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.57; **KÖPRÜLÜ**, s.205; **BUCHER**, Art.16, N.87; **HATEMİ**, (Kişiler), s.38-39; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID**; s.76; **ÖZSUNAY**, s.40; **MEISTER-OSWALD**, s.26.

⁸⁹ **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.237; **İMRE**, (Gayrimümeyyizler) s.346-347; **ÖZSUNAY**, s.40; **EGGER**, Art.16, N.17; **BORGELT**, s.37.

⁹⁰ "...bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibarıyla ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda, tarafların gösterecekleri tüm delillerin toplanılması, tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahede kağıtları, film graflerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar HUMK.nun 286.maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mütalaası" hâkimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hâkimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir." bkz. YG. HGK 22.12.2004 T. ve E.2004/1-743, K.2004/740 (www.kazanci.com.tr); YG. 1 HD. 8.6.2005 T. ve E. 2005/6546, K. 2005/6943 (www.kazanci.com.tr); 2. HD. 3.5.1951, E. 3104, K. 3417 (YKD, 1952/2, s.130-131); HD.16.2.1954, E.57, K.791 (Tem.Kar. Huk. Böl. 1954, s.155-156).

6. maddesindeki ana kural geçerli olacak ve taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olacaktır⁹¹.

Ayırt etme gücünün yokluğunun ispatı bir şekle bağlı değildir; tanıklara başvurulabilir ve hâkim, bu konuda yine çoğu zaman bilirkişiye (psikolog, psikiyatrist) başvuracaktır⁹².

Bununla birlikte, bir kimsenin ayırt etme gücünü ispat etmek oldukça güçtür. Zira yukarıda belirtildiği gibi, bir kimsenin ayırt etme gücü, o kimsenin psikolojik ve fizyolojik yapısına ilişkindir. Bir kimsenin psikolojik yapısının ispat edilmesi ise oldukça güç bir durumdur. İşte bu gerçek karşısında Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde ayırt etme gücünün yokluğuna ve varlığına ilişkin olarak iki tür karine düzenlenmiştir⁹³.

A. Ayırt Etme Gücünün Varlığı Karinesi

Türk Medeni Kanununun 13. maddesiyle, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin, bu kanun çerçevesinde ayırt etme gücüne sahip olacağı düzenlenmiştir. Anlaşıldığı gibi bu hüküm ile, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir karine oluşturulmuştur⁹⁴. Bu nedenle ispat yükü, bunun aksini iddia eden kimseye, yani ayırt etme gücünün bulunmadığını ileri süren ve bundan haklar çıkaran kimseye aittir⁹⁵.

⁹¹ ÖZSUNAY, s.38-39; KÖPRÜLÜ, s.206-207; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.237.

⁹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 46; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.4.2.

⁹³ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 308; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 238.

⁹⁴ PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.3.2.6; BUCHER, Art.16, N.125; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 238; DURAL/ÖĞÜZ, s.60; ÖZSUNAY, s.39; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.45; GROSSEN, s.320; KÖPRÜLÜ, s.207; AKİPEK/AKINTÜRK, s.308; bkz. BGE 90 II 9; 74 II 205; İmre de bu görüşe katılmakla birlikte, bazı akıl hastalıkları, akıl zayıflıkları ve çocuğun çok küçük yaşta bulunması hâllerinde, buna bir istisna konması ve bu durumlarda ayırt etme gücünün varlığı karinesinin bulunmaması gerektiğini ileri sürmektedir. bkz. İMRE, (Gayrimümeyyizler) s.346.

⁹⁵ ÖZSUNAY, s.39; Oğuzman'a bakıldığında, ispat yükünün kanunda açık bir şekilde düzenlenmediği, bunun doktrin tarafından hayat tecrübeleri çerçevesinde gerçekleştirildiği, karinenin ancak hayat tecrübeleriyle sınırlı olarak kalabileceği ve hayatın normal akışı, ayrı bir değerlendirmeyi gerektiriyorsa, ispat yükünün dağılımını değiştirebileceğini savunmaktadır. bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 44; aynı yönde, GROSSEN, s.320; MEISTER-OSWALD, s.33; Arpacı ise, ayırt etme gücünün yokluğuna dair kesin bir ispat yükünün bulunmadığını, ayırt

Ayırt etme gücünün varolması ilke, yokluğu istisna olduğuna göre, ergin olduğunu ispatlayan bir kimse, bu karineye dayanacak ve başka bir şey ispatlamasına gerek kalmayacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanunda yer alan karine, kesin bir karine oluşturmayıp, aksi ispatlanabilen adi karinedir. Dolayısıyla davada, söz konusu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığını iddia eden taraf, bunu ispat etmek zorunda kalacaktır⁹⁶.

Ayırt etme gücünün varlığı karinesini çürütmek için bunu ileri süren kimse, eylemin veya işlemin yapıldığı ânda Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde belirtilen sebepler ile, benzer sebepler dolayısıyla akla uygun bir şekilde hareket etme gücünü yitirdiğini ispat etmek zorundadır. Örneğin, bir kimse haksız fiili işlerken sara nöbeti geçirdiğini iddia ediyorsa bunu ispat etmek zorundadır⁹⁷.

B. Ayırt Etme Gücünün Yokluğu Karinesi

Türk Medeni Kanununun 13. maddesi örtülü bir şekilde, belirli kişilerde ayırt etme gücünün bulunmadığını hüküm altına almıştır. Buna göre, ergin olmayanların (küçüklerin); akıl hastalığı, akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların, akla uygun bir şekilde davranmamaları esastır. Başka bir ifadeyle, kanun gereği bunların ayırt etme gücünden yoksun oldukları karineten kabul edilmiştir. Bu nedenle, küçük ile veyahut bir akıl hastasıyla yapılan bir hukukî işlemde dolayı, yada işledikleri haksız fiilden dolayı, lehine bir hak doğduğunu ileri süren kişi, sadece bu hukukî işlemi veya haksız fiili ispat etmekle yetinemez. Ayrıca, hukukî işlemin veya haksız fiilin yapıldığı ânda, küçüğün veya akıl hastasının (yani karşı tarafın) ayırt etme gücüne sahip bulunduğunu da ispat etmesi zorunludur. Başka bir ifadeyle, bu karinenin

etme gücünün yokluğunun kuvvetle muhtemel olduğunun ispat edilmesiyle bu ispatın gerçekleştiğini savunmaktadır. **ARPACI**, s.25; **PEDRAZZINI/OBERHOLZER**, N.3.2.3.2.6; BGE 45 II 48; 56 II 161; 74 II 205; 90 II 12; 91 II 335; 98 I 325; 117 II 31; **EGGER**, Art.16, N.16; **TEKİNAY**, s.231, **TUOR/SCHNYDER**, s.68; aynı şekilde alman hukukunda ayırt etme gücünün yokluğundan sonuç çıkaran kimse, bu iddiasını ispat etmek zorundadır. bkz. **PALANDT**, § 104 N.6; **SOERGEL**, § 104 N.8; **DEUTSCH** (Haftungsrecht) s.298; **BREIT**, s.50-51.

⁹⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.308; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.238; **ÖZSUNAY**, s.39; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.57, 60-61; **PEDRAZZINI/OBERHOLZER**, N.3.2.3.2.6.

⁹⁷ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 308-309; **ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA**, s.239.

çürütülmesi yükü, küçüğün veya akıl hastasının, o ânda ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden tarafa düşer⁹⁸.

IV. Hukukî Sorumluluk, Ayırt Etme Gücü ve Yüklenebilirlik Kavramı

A. Hukukî Sorumluluk Bakımından

Medeni Kanununun 15. maddesine göre, kanunda ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiili hukukî sonuç doğurmaz. Bir kimsenin fiilleri kavramı içine, haksız fiiller olduğu kadar, hukukî işlemler de dahildir. Böylece anılan madde ile, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin, gerek haksız fiillerinden gerekse yaptıkları hukukî işlemlerden dolayı sorumlu tutulmaları mümkün değildir.

Medeni Kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrası, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ve kısıtlıların, haksız fiillerinden dolayı sorumlu tutulacaklarını düzenlemiştir. Anılan hükmün aksi yorumundan, ayırt etme gücüne sahip olmayanların haksız fiillerinden sorumlu olmayacağı çıkarılabilir⁹⁹.

Aynı ilke, kusura dayanan sorumluluk hâllerini düzenleyen Borçlar Kanununun 41. maddesi ve devamındaki hükümler açısından da geçerlidir. Bu sorumluluk türünde, kusur, haksız fiilin temel unsurlarından biridir. Bugün doktrin ve uygulamada, hakim olan objektif kusur görüşünde, ayırt etme gücünün, kusurun sübjektif yönünü oluşturduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kusursuz (objektif) sorumluluk hâllerinde, sorumluluğun doğması için, kanunun öngördüğü fiil ve durumlar ile zarar arasında illiyet bağı yeterlidir olduğu ve kusurun bulunması da şart değildir. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk hâllerinde, zarar veren kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olması gerekmemektedir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse bu hâllerde sorumlu tutulacaktır¹⁰⁰.

⁹⁸ AKİPEK/AKINTÜRK, s.308-309; KÖPRÜLÜ, s.207;
ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.239; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s.46;
BUCHER, Art.16. N.128; BGE V 1982 121-126.

⁹⁹ ARAL, s. 737.

¹⁰⁰ bkz.aşağ. (§ 11, I - VI.)

B. Yüklenebilirlik (İsnat Edilebilirlik)

Yüklenebilirlik, sorumluluk hukukunda çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Terim, sorumluluk, yani kişinin bir şeyden (haksız fiilden) sorumlu olma ehliyetiyle sorumlu olma durumunu ifade etmektedir. Bu şekliyle de belirli bir hukuk öznesinin (süjesinin) belirli bir hukukî olgudan sorumluluğunu yansıtmaktadır. Ayrıca, bu kavram, kusur kavramının sübjektif yönünü dile getirmektedir. Kusurun belli başlı iki yönünden objektif olanı, bir davranış kuralının ihlâli, sübjektif olan ise bu ihlâlin yüklenebilirliği¹⁰¹.

Bunun dışında, yüklenebilirlik kavramı daha genel, daha içerikli ve daha klasik bir kapsamda, meydana gelen bir sonucun bir kişiye mâl edilmesi, onun sıfat, eylem ya da davranışıyla söz konusu sonuca yol açmış olması dolayısıyla, bu sonucun, ona yüklenmesinin (atfetme, yükleme) imkânını ifade etmek için kullanılmaktadır¹⁰².

Koçhisarlıoğlu ise, yüklenebilirliği, davranışta bulunan kişiyle, hukukun istemediği ve bundan ötürü de kınadığı sonuç arasındaki bağ olarak ifade edilmektedir. Bu bağın da, maddî-objektif, psikolojik-sübjektif ve ahlâkî-vidanî olmak üzere üç şekilde olduğu düşünülmektedir¹⁰³. Yazara göre, yüklenebilirliğin bulunmaması hâlinde, kusurun da herhangi bir şekilde tasarlanamayacağı; böyle bir kusurun, hiçbir kişiye mâl edilemeyen bir kusur, olsa olsa kusurun kendisi olabileceğini ileri sürmektedir. Genel davranış kuralına aykırı düşen, onu ihlâl eden davranışın kişiye yüklenmesi koşuluyla, kişinin kusurundan söz edilebilir¹⁰⁴.

¹⁰¹ bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** Haksız Eylem Kusuru, Yayınlanmamış doçentlik tezi, C.I-II, Ankara 1990, s.320.

¹⁰² **DEUTSCH**, (Verschulden) s.22 vd.; **HATEMİ**, s.63.

¹⁰³ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.321.

¹⁰⁴ Maddî objektif yüklenebilirlik tamamen objektif ve objektifleştirilmiş (objektif-sübjektif) kusur kavramlarını, psikolojik sübjektif yüklenebilirlik ise, tamamen sübjektif kusur ve ahlâkî-vidanî yüklenebilirlik, de ahlâkî kusuru karşılamaktadır. Koçhisarlıoğlu, tamamen objektif kusurun yüklenebilirliği içermediği görüşünü benimsemeyip, böyle bir kusurun da yüklenebilirlik olmaksızın düşünülemeyeceği kanısındadır *Koçhisarlıoğlu'na göre, objektif kusur da yüklenebilirliği gerektirir, ancak bu yüklenebilirlik, ister istemez sübjektif ve objektif-sübjektif kusurlardaki yüklenebilirlikten farklı olmalıdır.* **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.321

Koçhisarlıoğlu'na göre, yüklenebilirlik kavramının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birini soyut, diğerini ise somut yüklenebilirlik olarak isimlendirmektedir. Bu çerçevede soyut yüklenebilirlik, davranışın, söz konusu kişinin davranışının sorumluluğunu soyut olarak yüklenebileceği, onun buna ehil olduğunu gösterdiği ve Türk/İsviçre ve Alman hukuklarında bu durumun ayırt etme gücünü (Zurechnungsfähigkeit) ifade ettiği ileri sürmektedir¹⁰⁵. Kanunun lafzıyla temyiz gücü olan kavramı, çalışmamızda ayırt etme gücü olarak nitelemekteyiz.

Somut yüklenebilirlik ise, davranışın, davranışta bulunan kişiye somut olarak yüklenebileceği, ondan bunun somut olarak da sorumlu olduğu, yani bu tür bir davranışta bulunduğu ve bu suretle davranışın, kendisine yüklenmesini fiilen haklı kılan bir tutum içersine girmesi anlamına geldiğini savunmaktadır. Böylece kişi, benimsenen kusur teorisine göre, hukukun uygun görmediği davranışı gerçekleştirmemesi gerektiği hâlde gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu şekilde, kişi, davranışının sorumluluğun yalnız soyut tarzda değil ve fakat somut tarzda da üstlenmiş olmakta ya da öyle kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Koçhisarlıoğlu yüklenebilirliğin, kusurun zorunlu bir kavramı olduğu ve yüklenebilirlik olmaksızın, kusurun düşünölemeyeceği inancındadır. Bu açıdan kusurun, yüklenebilirliği içermediği, kavramın yüklenebilirliğe başvurmaksızın da tasarlanabileceği fikrine karşı çıkmaktadır¹⁰⁷. Aşağıda kısaca Koçhisarlıoğlu'nun yüklenebilirliğin zorunlu bir unsur saymasının nedenleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Yüklenebilirliğin Zorunluluğu

Koçhisarlıoğlu, yüklenebilirliğin sadece sübjektif olabileceği düşüncesini eleştirmekte ve hangi kusur anlayışı benimsenirse benimsensin, yüklenebilirliğin,

¹⁰⁵ Diğer yandan, Fransız hukukunda ise, son kanun değişiklikten sonra, bu hak ehliyetine bağlanmış bulunmaktadır. Bu değişiklikle, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin de kusur işleyebileceği, sonucuna varılmaktadır.bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 322; ayr. bkz. karşılaştırmalı hukuk bilgilerine, § 7, III.; bkz. **HATEMİ**, s.63.

¹⁰⁶ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.322.

¹⁰⁷ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.322.

kusurun bir ögesi ya da koşulu olarak öngörebilmenin olanaklı olduğunu düşünmektedir¹⁰⁸. Yalnız, yüklenebilirlik, sübjektif kusurda manevî-psikolojik-sübjektif; objektif kusurda ise tamamen maddî objektif olacaktır düşüncesindedir. Dolayısıyla, özellikle objektif kusur taraftarlarının kusur kavramının yüklenebilirliği hiç içermediği yönündeki görüşlerini yerinde bulmamaktadır¹⁰⁹.

2. Yükleme

Koçhisarlıoğlu'na göre yüklenebilirlik, kusurun zorunlu öğelerinden biridir. Bu açıdan, kavramın kusur çerçevesinde ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Kusurdaki yüklenebilirlik, tamamen soyut ve tamamen somut şeklinde iki türdür. Soyut yüklenebilirlik söz konusu olduğunda, kişinin davranışının ona yüklenmesine imkân veren belirli bir durum içerisinde bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Öyle ki, bu durumda ise, davranışının kendisine soyut bir şekilde yüklenebileceğine karar verilmekte, değilse aksine karar verilmektedir. Bu durum, ehliyet yada sorumluluk olarak isimlendirilebilir. Kişi ehil, yada sorumlu sayılmaz, yani haksız fiil işleme ehliyetine sahip değil yada haksız fiilden sorumlu kabul edilmezse, onun kusur işleyemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Zira davranışın, kendisine yükletilmesi

¹⁰⁸ Koçhisarlıoğlu, yüklenebilirliğin, tipik ayıplanabilirlik gibi, sübjektif kusur kavramına özgü bir kavram olduğu fikri doğru bulmamaktadır. Klasik kusur anlayışı, manevî-sübjektif yüklenebilirlikten yola çıkmakta, kusurun varlığı için bu tür bir yüklenebilirliğin de şart olduğunu ileri sürmektedir. Zaten anılan anlayış, yüklenebilirliğin başka şekilde de kavranabileceğine ihtimal vermemektedir. Kusur bilinçli bir irade üzerine oturur ve bu da kişisel irade serbestisini zorunlu kılar denmektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 323-324.

¹⁰⁹ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 324; Federal Mahkemesinin, Diana Regotz olayında (BGE 102 II 365), Merz yaptığı incelemede, ayırt etme gücü ile kusur kavramlarının, sorumluluğun varlığına ilişkin olumlu cevabın bulunması için, geçilmesi gereken arka ve ön kapı olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Merz'e göre, bunlar daha çok, ardi ardına geçilmesi zorunlu kapılar şeklinde görülmelidir. Buna göre, öncelikle ayırt etme gücünün varlığı araştırılmalı, ancak buna olumlu cevap verilmesi hâlinde kusur araştırılmalıdır. (bkz. **MERZ, Hans**: ZBJV, 1978, 134-136); Yine Bucher, aynı karara ilişkin incelemesinde, Wessner'in ayırt etme gücünün derecelendirilmesine ilişkin görüşü eleştirmekte ve objektif teoriden ayrılmayarak, ayırt etme gücünün objektif bir şekilde tespitinden sonra, kusurun varlığının araştırılabileceğini ortaya koymaktadır. ancak, kusur kavramının araştırılmasında, sübjektif unsurların da dikkate alınmasını ileri sürmektedir. bkz. **BUCHER, Eugen**: "Verschuldensfähigkeit und Verschulden", Überlegungen aus Anlass der Kritik am "Entscheid Regotz" (BGE 102 II 365) In: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et. al., Bern (Stämpfli) 1990, s.310-312; Wessner'in ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hususunda, sadece bir evet veya hayır şeklinde cevabın aranmaması gerektiği, bu konuda, ayırt etme gücünün derecelendirilmesi gerektiği konusundaki değerlendirmesi için bkz. **WESSNER, PIERRE. A.**: Le discernement: Contre la notion de capacité restreinte en droit de la responsabilité civile, SJZ, Heft 21, 1983, s.333 vd.

imkânsızdır. Böyle olduğu için de, davranışın, ona somut olarak yüklenip yüklenilemeyeceğinin ayrıca belirlenmesine gerek yoktur. Kişi, ancak ehliyetli kabul edildiğinde, davranışın, somut olarak kendisine yüklenip yüklenemeyeceği araştırılmaktadır. Bu aşamadan sonra ise, yani somut yüklenebilirliğin araştırılması mümkün olduktan sonra, kişinin davranış kuralından sapıp sapmadığı incelenebilir¹¹⁰.

a. Geniş Anlamda Yükleme: Bilinçli Serbest İradenin Varlığı

Sübjektif ve objektifleştirilmiş kusur teorileri açısından kusurun, bilinçli serbest iradenin (ayırt etme gücünün) varlığını zorunlu kıldığı tereddüt götürmez¹¹¹.

b. Yüklenebilirliğin Rolü

Kanımızca da, davranışta bulunan, bilinçli iradesiyle (ayırt etme gücüyle) davranışta bulunabileceği için, davranışın kendisine soyut ve geniş anlamda yüklenebilmesi olanaklıdır. Bu tür yüklenebilirliğe soyut ve geniş anlamda yüklenebilirlik denilmesi mümkündür. Davranışta bulunan, ayırt etme gücüne sahip kimse ve bu nedenle genel davranışı soyut olarak uyabilecek olmasına rağmen, iradesini bu doğrultuda yönlendiremediği için, davranışın kendisine somut olarak yüklenebilmesi de olanaklıdır. Bu tür yüklenebilirliği de somut ve dar anlamda yüklenebilirlik biçiminde nitelendirmek mümkündür. Söz konusu iki yüklenebilirlik birden, davranışın kişiye tam ve kesin olarak yüklenebilir olduğunu gösteren,

¹¹⁰ **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 325; yine doktrinde, bir kimsenin haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için on haksız fiile ehil olması, yani kusurun kendisine yüklenebilecek psikolojik bir durumda bulunması gerektiği, ancak kusurlu şekilde hareket etme yeteneğine sahip olan, yani bu tarz bir eylemden dolayı sorumlu tutulabilen kişilerde kusurun oluşabileceği ileri sürülmektedir. bkz. **SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Hâlid, K.:** Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s.402; **SCHWARZ**, s.115.

¹¹¹ Objektif kusurdan kastımız, tamamen objektif, yani bilinçli serbest iradenin (ayırt etme gücünün) varlığını bile gerçekleştirmeyen kusurdur. Türk/İsviçre ve Alman hukuklarında sübjektif kusur karşısı olarak "objektif" kursudan söz edilmekteyse de, aslında bu tam olarak objektif olmayan, yalnızca objektifleştirilmiş kusur olarak kabul edilmelidir. Zira, bir yandan ayırt etme gücünün varlığı aranmakta, diğer yandan soyut davranış modeli, çeşitli insan kategorileri hesaba katılmak suretiyle belirlenmekte, yani tam objektif bir anlamda yumuşatılmış olduğunu düşünülmektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 326, 30 nolu dph.

kusurun yüklenebilirlik ögesini oluşturmakta ve böylece genel davranış kuralına aykırı davranışın yüklenmesi işleminin gerçekleştirilmesini sağlamaktadırlar¹¹².

Ayırt etme gücü görünümünde geniş anlamda yüklenebilirlik, davranış kuralına aykırı davranışın kişiye bağlanmasına yaramaktadır. Bunun yokluğunda, davranışın kişiye ne madden ve ne de mânen bağlanabilmesi Koçhisarlıoğlu'na göre tasarlanamamalıdır. Farklı görüş, davranış kavramını ve onun kendine özgü yapısını bile göz önünde tutmakta, bu suretle davranışı basit bir olay düzeyine indirmektedir. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip olmayanın sözde davranışı, aslında bu tür olaydan başka bir şey olamaz¹¹³.

Koçhisarlıoğlu, geniş anlamda yüklenebilirliğin – ayırt etme gücü (soyut bilinç ve irade) – kusurun varlığı yönünden şart sayılmalıdır düşüncesindedir. Bu tür yüklenebilirlik, sorumluluk ve kusur ehliyeti olarak da kavranabilir. Kavram, davranışlarının mahiyet, önem, kapsam ve sonuçları hakkında bilinç, anlayış (idrak) ve irade sahibi olmayı içermektedir. Bununla beraber, tamamen soyut ve tamamen objektif bir kusur teorisi açısından, bu yüklenebilirliğin hak ehliyeti olarak tasarlanabileceğine görüşündedir. Bu yüklenebilirliğin dışında bir de dar anlamda yüklenebilirlikten söz edilmekte ve bu tür yüklenebilirlik de, kişinin kast, ihmal, ya da tedbirsizlikle davranmış olduğunu göstermektedir¹¹⁴.

Koçhisarlıoğlu, objektifleştirilmiş ve hatta tamamen objektif anlayışlarının da – tıpkı tamamen sübjektif kusur anlayışı gibi – dar yüklenebilirlikle bağdaştırılabileceğini düşünmekte ve tür yüklenebilirliğin de, yüklenebilirliğin bir parçası olarak kusurun koşulları arasında yer alması gerektiğine inanmaktadır¹¹⁵.

Kişiye, genel davranış kuralının ihlâlini, geniş anlamda yükleyebilme olanağı yoksa, aynı ihlâlin ona dar anlamda yüklenebilir olup olmadığını araştırmak çok

¹¹² KOÇHİSARLIOĞLU, s. 327.

¹¹³ En azından, biz böyle düşünmekteyiz. Bu yüklenebilirlik, sübjektif ve objektif-sübjektif kusur anlayışları açısından serbest iradenin salt varlığı, genellikle rastlanan ve Türk/İsviçre ve Alman hukuklarında görülen ayırt etme gücüdür. KOÇHİSARLIOĞLU, s. 327.

¹¹⁴ KOÇHİSARLIOĞLU, s.331.

¹¹⁵ KOÇHİSARLIOĞLU, s.331-332.

gerekli değildir ve böyle bir yüklenebilirlik de söz konusu olamaz ve hatta, geniş yüklenebilirlik oluşmadıkça, genel davranış kuralından sapmanın kabul edilebilmesi bile şüphelidir¹¹⁶.

Geniş anlamda yükleme, yükleme işleminin ilk aşaması görünümündedir. Bu tür yükleme, yükleme işleminin soyut olarak gerçekleştirilebileceği, yani kişinin yüklenmeye ehil olduğunu göstermektedir. Ancak bu koşul yerine gelmişse, o zaman yüklemenin somut olarak da gerçekleştirilebileceği, yani kişinin, davranışın kendisine yüklenmesini haklı kılan bir tutum içerisine girdiği sonucuna varılabilecektir. Dar anlamda yükleme olarak nitelediğimiz bu yükleme işlemi de, yüklemenin son aşaması görünümündedir¹¹⁷.

Ne objektif kusur taraftarları ve ne de objektifleştirilmiş kusur taraftarları bu sonuca varmamaktadır. Öyle ise, benimsenen kusur teorisinin, geniş yüklenebilirliği temelde etkilemediği, ancak bu yüklenebilirliği değişik yöntemlerle değerlendirilmesi nedeniyle mahiyet değiştirdiği; kullanılan yöntemin soyutluk ya da somutluk derecesine bağlı olarak az veya çok objektif, objektif-sübjektif yada sübjektif olduğu ileri sürülebilir¹¹⁸.

c. Değerlendirme

Kanımızca da, yüklenebilirlik kavramı, kusur kavramının oluşması için gerekli bir unsurdur. Bununla birlikte, Türk hukuku açısından çoğunlukla yüklenebilirlik kavramı, Koçhisarlıoğlu'nun da belirttiği gibi, daha çok ayırt etme gücü olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte, ayırt etme gücü kavramının kendisi, kusuru ifade etmemektedir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücü, ancak, yapılan fiilin, faile bağlanmasının mümkün olup olmadığına yaramaktadır. Yüklenebilirlik ise, söz konusu davranışın o kimseye bağlanmasına yarayan araçtır.

¹¹⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 332.

¹¹⁷ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 332.

¹¹⁸ KOÇHİSARLIOĞLU, s. 332-335.

Bu açıdan, öncelikle soyut yüklenebilirlik, yani kişinin, davranışının ona yüklenmesine imkân veren belirli bir durum içerisinde bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Öyle ki, bu durumda ise, davranışının kendisine soyut bir şekilde yüklenebileceğine karar verilmekte, değilse aksine karar verilmektedir. Kişi ehil, yada sorumlu sayılmaz, yani haksız fiil işleme ehliyetine sahip değil yada haksız fiilinden sorumlu kabul edilmezse, onun kusur işleyemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Zira, Koçhisarlıoğlu'nun da belirttiği gibi, davranışın kendisine yükletilmesi imkânsızdır. Böyle olduğu için de, davranışının ona somut olarak yüklenip yükletilemeyeceği ayrıca belirlemeye gerek yoktur. Kişi, ancak ehliyetli kabul edildiğinde, davranışının somut tarzda da kendisine yüklenebilip yüklenemeyeceği araştırılmaktadır. Bu aşamadan sonra ise, yani somut yüklenebilirliğin araştırılması mümkün olduktan sonra, kişinin davranış kuralından sapıp saptığı araştırılacaktır¹¹⁹.

C. Ceza Hukukun'daki Yüklenebilirlik Kavramı

Zararlı sonucu doğuran haksız fiil, çoğu zaman ceza hukukuna göre suç oluşturan bir fiil niteliğini taşımaktadır. Bu takdirde hâkimin, tazminat davasını görürken, ceza hukuk kurallarıyla ve özellikle ceza mahkemesinin fail hakkında daha önce vermiş olduğu beraat veya mahkûmiyet kararıyla bağlı olup olmadığı sorunu ortaya çıkar. Bunu öngören kanun koyucu, Borçlar Kanununun 53. maddesiyle hâkimin, kusurun mevcut olup olmadığını veya failin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına karar vermek için ceza hukukunun isnat yeteneğine dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla da bağlı olmadığını düzenlemiştir. Bunun dışında ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini konusunda da hukuk hâkimini bağlamaz.

Borçlar Kanununun 53. maddesi ile, ceza hukuku ve ceza mahkemesi kararları karşısında hukuk hâkiminin bağımsızlığı sağlanmış bulunmaktadır. Gerçi bu maddede haksız fiilin unsurlarından sadece kusurdan bahsedilmiştir. Bununla birlikte, hukuk hâkimi, diğer unsurlar açısından, yani hukuka aykırılık, uygun illiyet

¹¹⁹ Bu anlamda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu davranışta bulunup bulunamayacağı konusu için ayr. bkz. aşağı. § 8, I, A, 3 ve 4.

bağı ve hatta fiil yönünden ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararlarına bağlı değildir. Aynı şekilde, Borçlar Kanununun 53. maddesinde ceza mahkemesinin sadece beraat kararından bahsedilmiş olmasına rağmen, hukuk hâkimi, mahkûmiyet kararıyla da bağlı değildir¹²⁰. Hukuk hâkimi bu nedenle, ceza mahkemesinin kararıyla bağlı olmaksızın, söz konusu fiili yeniden inceleyebilecek ve dilerse bu karardan yararlanarak fiili serbestçe değerlendirebilecektir¹²¹. Bununla birlikte, hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin kararından herhangi bir nedenle ayrılmak isterse, bunu kararında belirtmek ve gerekçelendirmek zorundadır¹²².

Hukuk hâkimin bağımsızlığı ilkesi, ceza hukukuyla medeni hukukunun amaçlarının, haksız fiille, suçun unsurlarının kabul ve oluşumunun, her iki hukuk

¹²⁰ **EREN**, (Borçlar), s.792; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.174-175; **TUNÇOMAĞ, Kenan**: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s.519-520; **DOĞANAY, İsmail**: Hukuk Hâkimi Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı ile Bağlıdır? YD., S.2, 1975, s.28 vd.; **STARK, Emil W.**: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, Zürich 1982, N.432 vd.; **TUĞSAVUL, Muhsin**: “Borçlar K.53 üncü maddesi üzerine bir inceleme”, AD Yıl: 37, S.9, Eylül 1946, s.946; **OFTINGER, I**, s.156; **KELLER**, (Haftpflicht), s.82; **BSK-SCHNYDER**, Art.53, N.1 ve 3; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.349; **KILIÇOĞLU, Ahmet**: “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD., C.XXIX, S.3-4, Ankara 1972, s.198; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.530; **TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Hâluk / ALTOP, Atilla**: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.711-712; YG 11. HD 9.5.1974 T. ve E.1974/956, K. 1974/1602 sayılı kararından, “Borçlar Kanununun 53. maddesi gereğince hâkim, kusur olup olmadığına karar vermek için Ceza Hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, Ceza Mahkemesince verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. (YKD., 1977/9, s.1257); aynı yönde karar için bkz. 31.3.1981 T. ve 50/3302 sayılı karara (YKD., 1988/2, s.1504-1506).

¹²¹ **EREN**, (Borçlar), s.792; **STARK**, N.432 vd.; **OFTINGER, I**, s.156-157; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 712; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.531; **DOĞANAY**, s.30-31; YGHK. 28.2.1979 T. ve E. 1977/15-298, K.189 sayılı kararından, “yerel mahkemenin kusur yönünden Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 231/170 sayılı dosyasındaki bilirkişi kurulu raporuna dayandığı gözlenmiştir. Oysa, davalı vekili bu rapora karşı koymuş ve hukuk mahkemesinde bilirkişi incelemesi yapılmasını istemiştir. Gerçekten davalı, 9. Ceza Dairesince yargılanmış değildir. ...Borçlar Kanununun 53. maddesi uyarınca da Hukuk hâkiminin bu konudaki bağımsızlığını da gözden uzak tutmamalıdır. Öyleyse, yeniden uzman kişilerden bilirkişi kurulu oluşturulmalı, kusur ve birlikte kusurun belirlenmesi için gerekçeli rapor alınmalıdır. (İKİD, 1979, s.6837-6838).

¹²² **EREN**, (Borçlar), s.792; **OFTINGER, I**, s.157; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 712; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.531; Hukuk hâkimi, kusurun mevcut olup olmadığına karar verebilmek için Ceza Hukuku'nun mesuliyete dair hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinden verilen beraat kararıyla mukayyet değildir. Ne var ki; ceza mahkemesi kendine has usüli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddî olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanacak maddî olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğinin hukuk hâkimini de bağlaması gerekir. Bu hâl; Kamunun yargıya olan güveninin korunmasının bir gereği olduğu gibi, söz konusu Borçlar Kanununun 53. maddesinde öngörülen kuralın da doğal bir sonucudur. Nitekim bu husus, Yargıtay'ın yerleşmiş ve kökleşmiş görüşleri ile de kabul edilmiş bulunmaktadır. Şu hâlde hukuk hâkimi ceza mahkemesince saptanan maddî olaylarla bağlı olup, orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir. bkz. YG 10. HD. T. 20.9.2005 ve E. 2005/6627 K. 2005/11074.

dalında yargılama usûlü ile delillerin değerlendirilmesinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır¹²³.

Her iki hukuk dalında ortak kavramlar bulunmakla birlikte, bunların ifade ettikleri anlamlar birbirinden farklı olabilir. Kusur kavramı da bu farklılıklardan biridir. Kusur, ceza hukukunda suçun, sorumluluk hukukunda ise, haksız fiilin (kusur sorumluluğunun) kurucu unsurudur. Fakat, yukarıda gördüğümüz üzere sorumluluk hukukunda objektif kusur kavramı geçerli iken, ceza hukukunda subjektif kusur kavramı geçerlidir. Bu açıdan medeni hukuktaki kusur ölçüsü, ceza hukukuyla oranla daha sert ve katıdır. Gerçekten, objektif kusur teorisi içinde sorumluluk hukukunda zarar verenin bir davranışı, onun subjektif yetenek ve kişiliğinden soyutlanarak kusur sayılırken, ceza hukukunda kusur, failin *subjektif* durumu ve yetenekleri göz önünde tutularak belirlenir¹²⁴. Ceza hukukunda birçok suçta unsur olarak kast aranırken, haksız fiil sorumluluğunun doğması için kast kadar ihmal, hatta hafif ihmal de yeterlidir. Ayrıca ceza hukukunda fiil işlendiği zaman akıl hastası olan ve dolayısıyla ayırt etme gücünden yoksun olan kimseye (isnat kabiliyeti) ceza verilmez. Buna karşın bu kimsenin, hakkaniyet gerektirdiği hâllerde Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulması mümkündür¹²⁵.

Bunun dışında, aynı şekilde failin, cezaî sorumluluğu için aranılan isnat kabiliyeti ile hukukî sorumluluğu için gerekli olan ayırt etme gücü, farklı kavramları ifade etmektedir. Örneğin, Türk Ceza Kanununun 31. maddesinin birinci fıkrasına

¹²³ **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.349; **EREN**, (Borçlar), s.792; YG. 4. HD. 16.6.1958 T. ve E.1958/5328, K.1958/4142, **OLGAÇ**, No: 846; YG 4. HD. 03.6.1958 T. ve 1958/4483, K.1958/3848, **OLGAÇ**, No: 847: "ceza hâkiminin delillerin kifayetsizliği dolayısıyla verdiği beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz; zira ceza hâkiminin mahkumiyet için daha kuvvetli delile dayanmak mecburiyetinde olmasına mukabil, hukuk hâkimin daha zayıf delillerle aynı iddiayı sabit görmesi mümkündür". aynı yönde BGE 66 II 280; **TUNÇOMAĞ**, s.521; **BSK-SCHNYDER**, Art.52, N.1; **BREHM, Roland**: Berner Kommentar, Bd. VI, Abt. 1, Teilbd. 3, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41 - 61 OR, 2., überarb. Aufl., Bern 1998, Art. 53, N.9-10, s.531-532.

¹²⁴ **EREN**, (Borçlar), s.792; **STARK**, N.432 vd.; **OFTINGER**, I, s.156-157; **TUNÇOMAĞ**, s.520; BGE 61 I 432; **BRÜGGEMEIER**, s.62.

¹²⁵ Ceza Mahkemesinin verdiği beraat karar da, kusur ya da ayırtım gücünün varlığını takdir yönünden hukuk hakimini bağlamaz. Böyle olduğu için de, kanıt (delil) yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmiş olmasında karşın (rağmen), hukuk hakimi, kusurun varlığı için de, kanıtları yeter görebilir. YG.4. HD. 16.6.1969 T., E.2491, K.5771; aynı şekilde, YG.4.HD. 28.3.1967, E.3263, K.8540, bkz. **KARAHASAN, Mustafa R.:** Tazminat Hukuku, Tazminat Davaları Ve Yargılama Usûlü, İstanbul 1996, s.438 ve s.998.

göre, fiili işlediği anda 12. yaşını tamamlamış olanlar hakkında bir kovuşturma yapılamaz ve ceza verilemez. Bununla birlikte aynı yaşta bir kimsenin sorumluluk hukuku yönünden ayırt etme gücüne sahip olması mümkündür. Yukarıda da açıklandığı üzere, ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir yaş sınırı konulmuş değildir. İşte bu nedenle doğal olarak hukuk hâkimi, ayırt etme gücünün belirlenmesinde bağımsız kılınmıştır. Böylece, ceza mahkemesi bir kimsede isnat kabiliyetinin bulunmadığına karar verse bile, hukuk hâkimi bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğuna kanaat getirebilir. Yine aynı şekilde, ceza hâkimi tarafından bir beraat kararı verilmiş olsa bile hukuk hâkimi, bu kimseyi kusurlu sayıp, aleyhine tazminat hükmedebilir¹²⁶.

§ 3. GENEL ANLAMDA SORUMLULUK VE SORUMLULUK TÜRLERİ

Hakkaniyet sorumluluğunu ortaya koymadan önce, genel anlamda sorumluluk kavramı ve sorumluluğun ilkelerini ortaya koymakta fayda vardır. Bu nedenle, aşağıda öncelikle bu konular üzerinde durulacak, daha sonra sorumluluğu doğuran sebepler incelenecektir. Bu bağlamda, hakkaniyet sorumluluğunun, kusursuz sorumluluk ile diğer kusursuz sorumluluk sebepleriyle ilişkisi ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

I. Genel Anlamda Sorumluluk

Sorumluluk kavramı, geniş anlamda ifade edildiğinde sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluk diye ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bununla birlikte dar ve teknik anlamda sorumluluk, sadece sözleşme dışı sorumluluk hâllerini kapsamaktadır¹²⁷.

¹²⁶ **KELLER**, (Haftpflicht), s.83; ; **EREN**, (Borçlar), s.793; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.532; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 713; bunun dışında, Erdoğan, Medeni Kanunun 13. maddesindeki ayırt etme gücü ile ceza hukukundaki yüklenebilirlik kavramını (farik ve mümeyyizlik) kıyaslamıştır. Ceza kanundaki farik ile mümeyyizlik, bir kimsenin işlediği bir eylemin kanuna aykırı olduğunu kavrayabilmesi veyahut iradesi bu anlayışa göre tesbit edebilmesi anlamına gelirken, ayırt etme gücünün makul surette hareket etme gücü olduğunu ileri sürmektedir. Ona göre, ayırt etme gücü, ceza hukukundaki farik ile mümeyyizlik kavramının hukuk alanında, başka bir kıyafet ile görünen yansımasıdır. Çünkü hukukî ehliyet demek, bir hukukî ilişkinin süjesini, konusunu anlayabilme demektir. bkz. **ERDOĞDU, Ahmet**: Farik ve Mümeyyiz olmak ve bunun tâyini”, AD, Yıl : 37, S.9, Eylül 1946, s.967-968.

¹²⁷ Sorumluluk hukuku doktrinde üç değişik anlamda kullanılmaktadır: Geniş anlamda sorumluluk denildiğinde, hem sözleşme dışı sorumluluk hem de sözleşme sorumluluğu anlaşılmalıdır. Dar

Başka bir ifadeyle, sorumluluk, zarar verenin (borçlunun), zarar görene (alacaklıya) vermiş olduğu zararları gidermek zorunda olduğu bir borç kaynağı olarak belirtilebilir. Sorumluluk hukukunun konusu da, zarar verenin, zarar görenin uğramış olduğu zararları tazmin etmesidir. Bu açıdan sorumluluk hukukuna, tazminat hukuku demek mümkündür. Bu anlamda, sözleşme dışı olaylardan meydana gelen zararın giderilmesini düzenleyen kurallar bütününe sorumluluk hukuku adı verilebilir¹²⁸.

II. Sorumluluk İlkeleri

Toplum hayatının ve insan kaderinin bir sonucu olarak, herkes, hukukça korunan varlıklarında, özellikle mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen azalmalara (zararlara) ilke olarak kendileri katlanmak zorundadır (casum sentit dominus)¹²⁹. Örneğin yıldırım çarpması sonucu ölen bir kimsenin yakınları, ölümden doğan bu zararlara bizzat katlanmak zorundadırlar. Bununla birlikte, bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması her zaman adâlete uygun sonuçlar doğurmayabilir. Örneğin, bir kimsenin bir şirkete ait yolcu otobüsünde yol alırken otobüsün devrilmesiyle yaralanması hâlinde, yolcunun bu zararlara katlanması beklenemez. İşte bu nedenle, çeşitli hukuk sistemleri bu gibi durumları göz önüne alarak zararın giderilmesini, bazı sebeplerin varlığı hâlinde başkalarına aktarılmasını kabul etmiştir¹³⁰. Zararın başka bir kimseye aktarılmasını haklı gösteren sebeplere ise “sorumluluk sebepleri”

ve teknik anlamda sorumluluk hukuku ise sadece sözleşme dışı sorumluluğu kapsamaktadır. En dar anlamda sorumluluk hukuku ise, yalnızca, özel kanunlarda düzenlenmiş olan sebep ve tehlike sorumluluğu olarak algılanmaktadır. bkz. **EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s.445; **OFTINGER, Karl**: Schweizerisches Haftpflichtrecht Bd. I, Zürich 1975, s.4; **OFTINGER, Karl/STARK, Emil**: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, s.7; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.2 vd.; **KELLER, Max/GABI, Sonja**: Das schweizerische Schuldrecht Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988, s.3; **HONSELL, Heinrich**: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, s.1; **REY, Heinz**: Außervertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, N.3 vd.; **OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, Turgut**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s.461; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.3 vd.; **GABRIEL, Bruno**: Die Widerrechtlichkeit in Art.41 Abs.1 OR, Entlebuch 1987, s.9.

¹²⁸ **EREN**, (Borçlar), s.445; **OFTINGER**, I, s.4; **OFTINGER/STARK**, I, s.7; **KELLER**, (Haftpflicht) s.31 vd.; **KOZIOL, Helmut**: Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien 1980, s.1; **İMRE, Zahit**: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri, İstanbul 1949, s.5 vd.; **TİFTİK**, s.33; **DEUTSCH/AHRENS**, s.1; **GABRIEL**, s.8.

¹²⁹ **EREN**, (Borçlar), s.445; **KOZIOL**, (Haftpflichtrecht), s.1; **DEUTSCH**, (Haftungsrecht) s.1; **OFTINGER/STARK**, I, s.9; **KELLER/GABI**, s.1; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.21; **STARK**, N.14 vd.; **REY**, N.18.

¹³⁰ **EREN**, (Borçlar), s.445-446.

adı verilir. Bu sebeplerden birinin var olması hâlinde, zarar gören kimse, zararın tazminini bir başkasından giderilmesini talep edebilir.

Sorumluluk sebeplerine ilişkin olarak Borçlar Kanununun 51. maddesine bakıldığında bunların üç şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu hüküm ile sorumluluk sebepleri sözleşme, kusur ve kanun olarak düzenlenmiştir.

A. Kusur

Borçlar Kanununun 51. maddesinde belirtilen sorumluluk sebeplerinin başında kusur gelmektedir. Maddedeki bu ifadeyle kastedilen, kusur sorumluluğudur. Bu nedenle bir kimse kusurlu davranışıyla, başka bir ifadeyle hukukun kınadığı bir davranışla bir kimseye zarar verirse, oluşturduğu bu zararı gidermekle yükümlüdür¹³¹.

B. Sözleşme

Borçlar Kanununun 51. maddesinde sorumluluk sebepleri arasında sözleşme de sayılmıştır. Bir kimse, bir sözleşmeyle başkasının uğrayacağı zararları üstlenmeyi, başka bir ifadeyle bu zararını gidermeyi üzerine alabilir. Örneğin sigorta sözleşmesiyle, üçüncü bir kişi (sigortacı) belirli bir prim karşılığında, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde başkasının uğrayacağı zararı gidermeyi taahhüt etmektedir. Garanti ve kefalet sözleşmeleri de başka türlü örnek olarak gösterilebilir¹³².

C. Kanun

Borçlar Kanununun 51. maddesine göre, bir kanun hükmü de sorumluluğun sebebi olabilir. Örneğin, boşanan eşin yoksulluk nafakası ödeme sorumluluğu (TMK.md.175), buna örnek gösterilebilir. Burada da zarara, zarar görenin katlanması kuralının istisnası görülmektedir. Kanunun, sorumluluk sebebi olduğu hâllerde, zararın başka bir kişiye yükletilmesi için, bunun kusurlu bir davranış veya

¹³¹ EREN, (Borçlar), s.446.

¹³² OFTINGER, I, s.33; EREN, (Borçlar), s.446.

sözleşmeden doğması gerekmez. Meydana gelen zarar, kusur ve sözleşmeden bağımsız olarak kanun gereği başka bir kimseye yükletilmektedir. Tehlike ve sebep sorumlulukları, vekaletsiz işgörmeye ve zorunlu sigorta hâlleri buna örnek olarak gösterilebilir¹³³.

III. Kusur Sorumluluğu

Borçlar Kanununda yer alan düzenlenmelere bakılacak olunursa, kusur sorumluluğunun kanunen esas olan sorumluluk olduğu görülmektedir. Buna göre, kusur sorumluluğu, esas itibariyle Borçlar Kanununun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Kusur sorumluluğu çerçevesinde, bir sorumluluğunun¹³⁴ doğması için, işlenen fiil haksız (hukuka aykırı) olmalı¹³⁵, fail kusurlu olmalı, bir zarar meydana gelmeli ve haksız fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

Kusur sorumluluğunda, sorumluluğun en önemli unsuru kusur olup, aynı zamanda sorumluluğun kurucu unsurudur. Nitekim, bir sorumluluğun doğması için, hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağı dışında, bir de kusur unsuruna ihtiyaç

¹³³ EREN, (Borçlar), s. 446-447; DESCHENAUX/TERCIER, s.5; OFTINGER, I, s.33.

¹³⁴ Bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için genel ilke, kişinin kusurlu bulunmasıdır. Bu ilkenin olumlu sonucuna göre, kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu bulunması şarttır; olumsuz sonuca göre ise, kusur yoksa sorumluluk da söz konusu değildir. Bir kişi, önceden önleyebileceği bir zarara sebep olmuşsa, bu zararın tazmin edilmesinin kusura dayandırılması, adâlete de uygundur. Fakat, 17. yüzyıldan itibaren başlayan sanayileşme hareketi, üretim ve ulaşımın makinelere bağlanması ve bunlarda buhar, gaz, elektrik, atom enerjisi gibi kuvvetlerden yararlanılmaya başlanması, nüfusun büyük şehirlerde toplanması, modern hayatı tehlikelerle dolu bir duruma getirmiştir. Bunlara, kusurun ispat edilmesinin çoğu zaman imkânsız hâle gelmesi de eklenince, kusursuz sorumluluk düşüncesi gelişmiştir. Kişiler, bugün artık bir çok konuda, kusur şartı aranmaksızın sorumlu tutulabilmektedir. bkz. İMRE, **Zahit**: “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler”, İÜHF.M., 1982/1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), s.401 vd.; ULUSAN, **İlhan**: “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, MHAD, 1970/6, s.27 vd.; TANDOĞAN, **Hâluk**: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.1-3; REİSOĞLU, **Safa**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Bası, İstanbul 2004, s.152-153; GÖKCAN, **Hasan Tahsin**: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.35; TİFTİK, **Mustafa**: Akit Dışı Sorumlulukta maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.34-36.

¹³⁵ Borçlar Kanununun 41. maddesi anlamında hukuka aykırılık, doğrudan doğruya zararlı bir sonucu yasaklayan ya da zararlı bir sonucu engellemek için belirli davranışlar emreden veya yasaklayan hukuk kurallarına aykırılıktır. bkz. KANETİ, **Selim**: “Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1981, s.143.

vardır. Bu açıdan kusur sorumluluğunda, “kusur olmadan sorumluluk doğmaz” ilkesi geçerlidir¹³⁶.

Bu ilke, özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda uygulanmıştır. Bu dönemde, sorumluluğu kuran ve haklı gösteren tek sebep, kusurdur. Hatta bu dönemde, tazminatı doğuran unsurun zarar değil, kusur olduğu bile ileri sürülmüştür¹³⁷. Bu dönemde, kusur kavramı en mutlak ve sübjektif bir şekilde anlaşılmış ve ona, Roma hukukunda bile verilmeyen bir anlam katılmıştır. Bu tarz bir anlam verilmesinin sebebi, o dönemde, hâkim olan bireyselci ve liberal hukuk anlayışından kaynaklanmaktadır¹³⁸.

Kusur sorumluluğu, adâlet duygularına da uygun olup, gerekçesini, kusurun, zarar verenin ahlâkî ve hukukî yönden kınanabilir bir davranışı olarak nitelendirilmesinde bulunmaktadır. Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan bir davranış olduğuna göre, bu tarz bir davranışla başkasına zarar veren kimsenin, bu zararı karşılaması gerektiği, buna katlanması gerektiği doğaldır. Bu durum, adâlet duygularına da uygundur. Tandoğan’ın da belirttiği gibi, tazminat yükümlülüğünü kusura dayandırmak adâlete uygundur; zira bir kimse önceden öngörebileceği bir zarara sebep olmuşsa, bu kimse ahlâkî açıdan kınanabilir. Buna karşılık, iradesi hukuka aykırı bir sonuca yönelmemiş olan ve bir zararın ortaya çıkmaması için hâlin gerektirdiği önlemleri alan bir kimsenin kınanması ise mümkün değildir. Bu yüzden bu kimsenin tazminat yükümlülüğü altına sokulması doğru olmayacaktır¹³⁹.

¹³⁶ **EREN**, (Borçlar), s. 448; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.17; **DEUTSCH, Erwin**: “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Muhittin Alam Armağanı, İzmir 1983, (Çev. Şeref Ertaş), s.246; **DEUTSCH**, (Haftungsrecht) s.5

¹³⁷ **OFTINGER/STARK**, I, s.44.

¹³⁸ **EREN**, (Borçlar), s. 448; **DEUTSCH/AHRENS**, s.3; **KÖTZ/WAGNER**, s.12 vd.

¹³⁹ **EREN**, (Borçlar), s.449; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.1.

IV. Sebep Sorumluluğu

A. Genel olarak

Haksız fiil sorumluluğu için kural olarak, failin kusuruna ihtiyaç duyulduğu yukarıda incelenmiştir. Bununla birlikte bir sorumluluğun doğması için her zaman kusur şartının aranması, toplumsal düşünceleri her zaman tatmin etmemektedir. Diğer yandan, bu koşulun her zaman aranması, modern tekniğin ve makineleşmenin gelişmesi karşısında sorumluluk esaslarına uymamaktadır. İşte bu sebeplerle, kusur sorumluluğunda, bu ilkedен bazı hâllerde vazgeçilmiş ve kusurun bulunmaması hâlinde dahi, kişinin zararlı davranışından sorumlu tutulması sağlanmıştır¹⁴⁰.

Hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bir kimsenin sorumlu tutulması için kusurun şart olarak aranmadığı istisnâ hâllere “objektif sorumluluk” veya “sebep sorumluluğu” kavramları kullanılmaktadır. Bu hâllerde, bir sorumluluğun oluşması için zararın hukuka aykırı fiilden doğması, başka bir ifadeyle sorumluluğun, sadece objektif şartının gerçekleşmesi yeterli olup ayrıca bir subjektif şartın gerçekleşmesine, yani bir kusura ihtiyaç göstermemektedir. Görüldüğü üzere, kusursuz sorumlulukta failin bir zarara sebebiyet vermesi, yani onun fiili ile zarar arasında maddî bir sebep olma bağının bulunması, failin sorumlu tutulması için yeterli olmaktadır¹⁴¹.

Sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun bir şartı olmaktan çıkarılarak, sorumluluk, kusur yerine kanunun öngördüğü belirli olgulara bağlanmıştır. Bu olgular, gözetim ve objektif özen ödevinin ihlâli, tehlikeli bir işletme veya nesneye sahip olma gibi olgulardır. Bütün sebep sorumluluklarında geçerli tek ortak unsur, sorumluluğun doğması için her birinde, bu olguyla zarar arasında her zaman uygun

¹⁴⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.496; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.55 vd.; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.1-2; **MEISTER-OSTERWALD**, s.6; **HATEMİ**, s.69.

¹⁴¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.496.

bir illiyet bağının aramasıdır. Zarar ile bu olgular arasında uygun illiyet bağının bulunması, sorumluluk açısından yeterlidir¹⁴².

Sebepler sorumluluğunu, teknik gelişmeler sonucunda makineleşmenin ve karmaşık sosyal ilişkilerin biçimlendirdiği modern toplum ve uygarlık zorunlu kılmıştır. Sebepler sorumluluğu, kusur sorumluluğunu öngören liberal hukuk devletinden, adâlet ve hakkaniyet fikrine dayanan sosyal hukuk devletine geçilmesi ve sosyal gelişmelerin sonucunda kabul edilmiştir¹⁴³.

B. Objektif Sorumluluğu Gerektiren Sebepler

1. Hakkaniyet Düşüncesi

Sebepler sorumluluğunu etkileyen düşüncelerin başında hakkaniyet fikri gelmektedir. Buna göre, hakkaniyet gerektiriyorsa, zararverene herhangi bir kusur yüklenemezse bile, sebep olduğu bu zararı zararveren tazmin etmelidir. Burada, zararveren ile zarar görenin ekonomik durumları gibi sebeplerin karşılaştırılması söz konusu olmakta ve bu karşılaştırma sonucunda, hakkaniyet ve adâlet duyguları, zararverenin, zarar görene oranla ekonomik yönden daha güçlü durumda bulunması hâlinde, zararveren kusur olmamasına rağmen sorumlu tutulabilir¹⁴⁴.

2. Hakimiyet Düşüncesi

Sebepler sorumluluğunu etkileyen bir diğer düşünce de hakimiyet fikridir. Bu anlamda bir kimsenin hakimiyet alanı içinde bulunan bir şey veya insanın başkasına

¹⁴² EREN, (Borçlar), s.449; OFTINGER, I, s.16; OFTINGER/STARK, I, s.45 vd.; DESCHENAUX/TERCIER, s.42; KELLER/GABI, s.5-7; REY, N.66 vd.; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.7-8; KARAHASAN, M. Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C.1, İstanbul 1992, s.494-495; İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s.297 vd.; HONSELL, s.3.

¹⁴³ EREN, (Borçlar), s.449-450; İMRE, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.12 ve 41 vd.; KARAHASAN, C.1, s.493.

¹⁴⁴ EREN, (Borçlar), s.451; ATAAY, AYTEKİN: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarı, 3. bası, İstanbul 1981, s.74; AYBAY, AYDIN: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s.85; İMRE, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.84 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.400; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 498; TİFTİK, s.37; BIENENFELD, s. 104 vd.; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.5; KARAHASAN, C.1, s.497-498; DEUTSCH/AHRENS, s.4.

zarar vermesinden kaynaklanan sorumluluk, ona hakimiyet kuran kimseye ait olmalıdır. İşte hakimiyet fikri, bu şey ve insan üzerinde denetleme ve gözetim ödevlerinin yerine getirilmemesi sebebine dayanmaktadır. Bu ödevin yerine getirilmemesi, zarara sebep olursa sorumluluğu gerektirir¹⁴⁵.

3. Tehlike Düşüncesi

Başkaları için tehlikeli bir durum yaratan bir kimse, bu tehlikeden doğan zararları gidermelidir. Tehlikeli faaliyet, işletme ve şeylerden doğan zararlar, çoğunlukla kaçınılmazdır. Diğer yandan bunların sahibi ve işleticisi, bu tür faaliyetlerden ve işletmelerden yada şeyden yarar sağlamakta olduğuna göre, bu kimsenin, meydana gelen zararları da karşılamak durumundadır. Bu durum sosyal hukuk anlayışına da uygundur. Bu nedenle bu tarz işletme, faaliyet ve şeylerden doğan zararlardan, sahibinin sorumlu tutulması esası getirilmiştir¹⁴⁶.

C. Kusursuz Sorumluluğun Genel İlkeleri (Özellikleri)

Bütün sebep sorumluluğu hâllerine özgü, genel bir kural koymak mümkün olmamakla birlikte, doktrinde, sebep sorumluluğuna ilişkin kanunlarda yer alan genel ilkelerden yola çıkılarak bazı ortak noktalar çıkarılabilir. Bu ortak noktaların bazıları olumlu, bazılarıysa olumsuz niteliktedir. Olumsuz nitelik olarak, sebep sorumluluğunda zararverenin sorumlu tutulabilmesi için kusur şartının aranmaması gösterilebilir. Bununla birlikte, kusurun aranmamasına rağmen, zararveren yine de kusurlu olabilir. Bu hâlde ise, ek kusur meydana gelir¹⁴⁷.

Kusur şartının aranmaması sonucunda, zararveren kimse, ayırt etme gücüne sahip olmasa bile, kendi davranışıyla meydana getirdiği zararı karşılamak zorunda

¹⁴⁵ EREN, (Borçlar), s.451; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 498; TİFTİK, s.37; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.5.

¹⁴⁶ EREN, (Borçlar), s.451; ATAAY, (Borçlar), s.72-73; SAYMEN/ELBİR, s.399; KARAHASAN, C.1, s.495-496; bu durum, her nimetin bir külfeti vardır. düşüncesine dayanır. bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.498-499; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.5; TİFTİK, s.37; DEUTSCH/AHRENS, s.3-4; DEUTSCH (Haftungsrecht), s.423.

¹⁴⁷ EREN, (Borçlar), s.451; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.8.

kalmaktadır. Zira ayırt etme gücü, sadece kusur sorumluluğunda, kusurun sübjektif yönünü oluşturmaktadır. Diğer yandan, sebep sorumluluğu genel olarak, başka kimselerin zararlı davranışlarından meydana gelen zararlardan doğan bir sorumluluktur¹⁴⁸. Örneğin, adam çalıştıranın veya aile başkanının sorumluluğunda bu durum sözkonusudur. İlkinde adam çalıştıran, çalıştırdığı kimselerin zararlı davranışlarından sorumlu iken, aile başkanı, gözetim görevi altında bulunan kimsenin işlediği zararlı davranışlarından sorumlu tutulmaktadır.

Diğer ortak yönlerden birisi de, kusur sorumluluğunda umulmayan hâl, sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebep olmasına rağmen, bu durum sebep sorumluluğunda, umulmayan hâlin, ancak mücbir sebep şiddetine ulaşması hâlinde sözkonusu olmaktadır¹⁴⁹.

Son olarak sebep sorumluluğunda kanunilik ilkesi olarak belirteceğimiz ortak bir ilke daha vardır. Bu ilke çerçevesinde sebep sorumluluğu, ancak kanun ile öngörülebilir. Bu konuda bir kanun yoksa, kusursuz sorumluluk da söz konusu olamayacaktır ve olayda her zaman kusur aranacaktır. Bu sorumluluk yorum yoluyla dahi getirilemez.

D. Sebep Sorumluluğu Türleri

1. Olağan Sebep Sorumlulukları

Sebep sorumluluğunun en hafif şeklini oluşturan bu sorumluluk, kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasında yer almaktadır. Borçlar Kanununun 54. maddesi bir tarafa bırakılırsa, Medenî Kanunumuzda ve Borçlar Kanunumuzda öngörülen olağan sebep sorumlulukları (gewöhnliche Kausalhaftungen), objektif özenin yerine getirilmemesi esasına dayanmaktadır. Olağan sebep sorumluluklarının bir çoğunda, bu özen ödevinin yerine getirildiği veya yerine getirilseydi dahi yine de

¹⁴⁸ EREN, (Borçlar), s.451; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.11; OFTINGER/STARK, I, s.46-47; OFTINGER, I, s.17 vd.; KELLER/GABI, s.5.

¹⁴⁹ EREN, (Borçlar), s.452; EREN, **Fikret**: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s.140; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.12; KELLER/GABI, s.4; OFTINGER, I, s.19 vd.; OFTINGER/STARK, I, s.48-49.

bir zararın ortaya çıkacağı ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Kusur ve tipik tehlike, olağan sebep sorumluluğunun kurucu unsuru olarak aranmamaktadır¹⁵⁰. Bu nedenle, bu sorumluluk, belirli bir tesis, işletme veya faaliyetin özel tehlikelilik hâline bağlanmadığı, sadece kanunda öngörülen objektif özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan bir kusursuz sorumluluk türüdür.

Hukukumuzda düzenlenmiş olağan sebep sorumluluğu türleri; adam çalıştıranın sorumluluğu (BK.md.55), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK.md.56), bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu (BK.md.58), aile başkanının sorumluluğu (TMK.md.369; EMK.md.320); ayırt etme gücüne sahip olmayanların verdikleri zararlardan sorumluluk¹⁵¹ (BK.md.54) hâlleridir.

2. Tehlike Sorumlulukları

Tehlike sorumluluğu (Gefährdungshaftung), sorumluluk türlerinin en ağırı olarak nitelendirilmektedir¹⁵². Tehlike sorumluluğunda, bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması, ya da objektif bir özen veya gözetim

¹⁵⁰ TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.23; TANDOĞAN, **Hâluk**: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, İstanbul 1981, s.8-9; EREN, (Borçlar), s.452-453; KOÇ, **Nevzat**: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukukî Sorumluluğu (BK.md.58), Ankara 1990, s.34-35; GÖKCAN, s.36; TİFTİK, s.37; EREN, (Uygun İlliyet), s.140; DESCHENAUX/TERCIER, s.66 vd.; OFTINGER, I, s. 19; KELLER/GABI, s.33 vd.; REY, N.894; MEISTER-OSWALD, s.9.

¹⁵¹ Doktrinde bu sorumluluğun, ancak hakkaniyet sebeplerinin bulunması hâlinde devreye gireceğinden, yumuşatılmış bir olağan sebep sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. bkz. DEUTSCH, (Verschulden) s.89.

¹⁵² Hazırlanmakta olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, yürürlükteki Borçlar Kanunumuzda karşılığı bulunmayan ve “B. Kusursuz sorumluluk” üst başlığı altında “III. Tehlike sorumluluğu” başlığıyla üç fıkradan oluşan 66. maddesinde, genel nitelikli şu düzenleme yer almaktadır: “Önemli derecede tehlike arzeden bir faaliyetten zarar doğduğu takdirde, faaliyette bulunan kişi, hukuk düzeni tarafından böyle bir faaliyete katılması öngörülmüş olsa bile, doğan zarardan sorumludur. -Bir faaliyetin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda dahi sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli derecede tehlike arzeden bir faaliyet olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir yasa da benzeri tehlikeler arzeden faaliyetler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüş olması durumunda, bu faaliyetin de önemli derecede tehlike arzettiği varsayılır. -Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır”. Diğer yandan hükmün gerekçesi şu şekildedir: Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemeler olmadığından, tasarının bu hükmüyle, tehlike sorumluluğunun genel ilkesi belirtilmiştir.

yükümlülüğünü ihlâl etmesi aranmaz. Burada kanunkoyucu, tehlike fikrinden hareketle özel bir kanunla ya da kanunun bir hükmüyle, belirli bir kuruluş (tesis), işletme veya faaliyet gibi olgulara tehlike sorumluluğunu bağlamıştır¹⁵³. Zarar ile zararın doğumuna sebep olan tipik, alışlagelmiş ve esaslı olay arasında nedensellik bağının bulunması, sorumluluğun doğumu için yeterli olmaktadır. Burada sorumluya, olağan sebep sorumluluğundan farklı olarak kendisinden beklenen özeni gösterdiği veya gösterseydi bile sonucun değişmeyeceği şeklinde bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır¹⁵⁴.

Tehlike sorumluluğunda tehlike kavramı, iki değişik anlamda kullanılmıştır. İlk tehlike, zararın gerçekleşme ihtimâlindeki sıklığı ve yüksekliğini ifade etmektedir. Diğer anlamda tehlike ise, gerçekleşen zararın şiddeti, yoğunluğu ve büyüklüğü gibi niteliklerini ifade etmektedir¹⁵⁵. Örneğin; motorlu taşıtların çevreye her zaman zarar verme riskinin bulunması ilk anlama; baraj, atom reaktörleri gibi tesisler bakımından ise, doğacak zararın büyüklüğü ve ağırlığı riski her zaman mevcuttur¹⁵⁶.

Hukumumuzda tehlike sorumluluğu olarak düzenlenen sorumluluk hâlleri; Çevre Kanununa göre çevreyi kirletenin sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanununa

¹⁵³ **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.63; **İMRE, Zahir**: Gayrimüeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”, Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara 1974, s.412; **ULUSAN**, (Tehlike Sorumluluğu), s.34 vd.; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.26; **TANDOĞAN**, (Tehlike Sorumluluğu), s.12; **EREN**, (Borçlar), s.454 vd.; **ULUSAN, İlhan**: Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s.3; **KANETİ**, (Toplumsal Hasar) s.148; **TİFTİK**, s.43-44; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.110; **KELLER/GABI**, s.6; **MEISTER-OSWALD**, s.7 vd.; tehlike sorumluluğunu gerektiren sosyo-ekonomik ve tarihi gelişmeler için bkz. **KÖTZ/WAGNER**, s.134 vd.

¹⁵⁴ **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.27; **EREN**, (Borçlar), s.455.

¹⁵⁵ **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.26; **TANDOĞAN**, (Tehlike Sorumluluğu) s.12; **İMRE**, (Gayrimüeyyizler) s.412; **EREN**, (Borçlar), s.456; **YILMAZ, Hamdi**: “Tehlike Sorumluluğu ve Sorumlulukların Çatışması”, YD, S.3, Yıl: 1995, s.294-295; **OFTINGER, I**, s.20 vd.; **STARK**, N.956; **KELLER/GABI**, s.6.

¹⁵⁶ Tehlike sorumluluklarının büyük bir bölümünde, toplumsal açıdan faaliyetleri zorunlu olmasına karşın, kişiler için özel bir tehlike yaratan işletmeler söz konusudur. Bu işletmeler, ürettikleri mal ve hizmetlerin malîyetine, tehlike sorumluluğunun yüklediği ek külfetleri katarak, bu mal ve hizmetleri satın alan tüketicilerin ödedikleri bedelin bir bölümünü, işleticinin tehlike sorumluluğu ilkesine göre yaptığı veya yapacağı ödemeler olarak onlara yansıtmaktadır; aksi takdirde, bu işletmelerin faaliyetlerini sürdürmeleri imkânsızdır. Bu şekilde, tehlike sorumluluğunun sonuçlarına, kanunun bir kesimi de katlanmaktadır. bkz **KANETİ**, (Toplumsal Hasar), s.148; **EREN**, (Borçlar), s.456-457; **TANDOĞAN** (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.26; **OFTINGER, I**, s.20-21.

göre motorlu araç işletenin sorumluluğu ve Petrol Kanununda¹⁵⁷ düzenlenen sorumluluk hâlleridir.

§ 4. HAKKANİYET KAVRAMI

Borçlar Kanununun 54. maddesine göre hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışıyla meydana getirdiği zararlardan dolayı yine hakkaniyet çerçevesinde bir sorumluluğunun doğabileceği düzenlenmiştir. Bu açıdan hâkim, öncelikle hakkaniyeti gerektiren bir durumun varlığını ve bunun sonucunda bir sorumluluğun bulunması hâlinde de tazminatın miktarını hakkaniyet çerçevesinde kararlaştıracaktır. İşte görüleceği üzere, bir yandan hâkim, hakkaniyet düşüncesinden doğan bir sorumluluğa karar verirken, yani hakkaniyet sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığını araştırırken, diğer yandan hakkaniyet çerçevesinde tazminatın ne miktarda olacağını tayin edecektir.

Görüleceği üzere, hâkim öncelikle Borçlar Kanununun 54. maddesinin oluşup oluşmadığını tespit edecek, daha sonra Medeni Kanununun 4. maddesi çerçevesinde, yani hakkaniyetle tazminatın miktarına karar verecektir. İşte bu nedenle çalışmamızda bir anlam karmaşasına neden vermemek amacıyla, aşağıda “hakkaniyet ölçüsünde karar vermek” ve “hakkaniyet sorumluluğu” ayrımlarının yapılması zorunlu görülmüştür. Bu yapılırken öncelikle hakkaniyet sorumluluğunun, hakkaniyet düşüncesinden doğduğu ayrıntılı olarak incelenecektir. Hakkaniyet sorumluluğunun kabul nedeni ortaya konulduktan sonra ise, hâkimin, bunun şartlarını neye göre karar vereceği, kısaca bu durumu yine hakkaniyet gereği karar vereceği ortaya konulacaktır¹⁵⁸.

Bunun dışında tarihsel gelişim içersinde bakıldığında, hakkaniyet sorumluluğunun daha yeni dönemlerde ortaya çıktığı görülecektir. Bununla birlikte hakkaniyet kavramının o kadar yeni bir kavram olmadığı görülecektir. Hakkaniyet kavramı, tarihsel dönemler içersinde değişik şekillerde anlamlandırılmış ve kesin bir kavram oluşturulamamıştır. Hakkaniyet, kimi zaman daha iyi olan hukuk, kimi

¹⁵⁷ 6326 sayılı ve 07.03.1954 tarihli Petrol Kanunu.

¹⁵⁸ bkz. § 5, II, III.

zaman toplumun adâlet duygusuna göre belirlenen ve uygulanması gereken hukuk olarak tanımlanmıştır. İşte bu konuda yapılan değişik tanımlamalar sebebiyle, hakkaniyet sorumluluğunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle hakkaniyet kavramının ne anlama geldiğinin ortaya konulmasında fayda vardır. Dolayısıyla, çalışmamızda, önce hakkaniyet kavramına ilişkin açıklamalar yapılacak ve daha sonra hakkaniyet sorumluluğuna geçilecektir.

I. Aristoteles’in Hakkaniyet Tanımı

Hakkaniyet kavramı, ne felsefe, ne de hukuk bilimi literatüründe kesin olarak tanımlanabilmiştir. Kavramı tanımlama çabaları ise, her çalışmanın hakkaniyet kavramını sadece bir yönden ele almasından dolayı yeterli görülmemiştir¹⁵⁹. Bu yönde hakkaniyeti tanımlama çabalarından bazıları, hakkaniyeti işlevsel anlamıyla açıklamaya çalışırken¹⁶⁰, bazıları normatif bir ilke oluşturma çabası içinde olmuştur¹⁶¹.

Tarihsel açıdan bakıldığında, hakkaniyet kavramının iki kutupta yoğunlaştığı görülmektedir. Bunlardan biri ahlâkî (etik), diğeri ise mantıksal yönde oluşmaktadır. Hakkaniyet, bu şekilde, her iki kutup arasında gidip gelmekte ve sürekli tartışmalara maruz kalmaktadır. Diğer yandan kavramların, kesin olarak tanımlanamaması

¹⁵⁹ RÜMELIN, Max: Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921, s.6 vd., HENF, Frieder: Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation, Kiel 1978, s.39.

¹⁶⁰ RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.15, HENF, s.30; İşlevsel anlamına yönelik olarak, hakkaniyetin, bir düzeltme ve boşluğu doldurma niteliğinin olduğu kabul edilmektedir. Düzeltme işlevi bakımından ise, hakkaniyetin, yazılı hukuk kurallarıyla, ahlâk kurallarını düzeltme işlevini yerine getirdiğini; varolan hukuk kuralının uygulanmasının hakkaniyete (adâlet duygusuna) aykırı olması hâlinde, hakkaniyetin, söz konusu olayda denetleyici bir şekilde devreye girdiği belirtilmektedir. Hakkaniyetin boşluk doldurucu işlevi ise, somut olaya uygulanacak herhangi bir kuralın bulunmaması hâlinde söz konusu olmaktadır. Bir kanunun her durumu kapsayacak bir şekilde düzenlenmesi ve uygulanması –ki bu yunanca “nomos” olarak adlandırılmaktaydı– mümkün değildir. İşte bu noktada hakkaniyet, somut olaya uygulanacak bir kuralın bulunmaması hâlinde devreye girecek ve gerek yorum yoluyla, gerekse kural yaratma yolu ile varolan boşluğu dolduracaktır. bkz. JOACHIM, Willi: Anwendungsbereiche, Argumentationsstrukturen und Inhalte der Billigkeit im deutschen Privatrecht, Bielefeld 1984, s.7-11; ayr. bkz. DIRLMEYER, Franz: Aristoteles – Nikomanische Ethik, übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeyer, 5. Aufl., Darmstadt 1969, s.118.

¹⁶¹ RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.15, HENF, s.30; JOACHIM, s.7; GRAMSCH, Werner: Die Billigkeit im Recht, Stuttgart-Berlin, 1938, s.28.

sebebiyle ve bu kavramlara tarih içinde değişik anlamlar yüklenmesi, durumu daha da zorlaşmaktadır¹⁶².

Hakkaniyet kavramını tanımlama çabalarının antik çağa kadar uzandığı görülebilmektedir. Platon, hakkaniyet kavramını, ölçülülük ve konuyu tartmak olarak tanımlamıştır¹⁶³.

Aristoteles ise, esas itibariyle “Nikomakhos’a etik” isimli eserinin V. kitabında hakkaniyet kavramını ele almış ve retorik isimli kitabında, önemli bazı noktalarda bu konuya değinmiş ve bu eserlerinde hakkaniyet (epikeia) kavramı ile adâlet kavramı (dikaosyne) arasındaki ilişkiyi incelemiştir¹⁶⁴. Bu incelemesinde, Aristoteles, hakkaniyetli kararın, ancak doğru olan hukukun uygulanması ile verilebileceğini belirtmektedir¹⁶⁵. Başka bir ifadeyle, Aristoteles hakkaniyetin, kanunî adâletin düzeltilmesi işlevini gördüğünü belirtmektedir¹⁶⁶.

¹⁶² **FROSINI, Vittorio:** “Struktur und Bedeutung des Billigkeitsurteils”, ARSP, 1967, s.179 vd.

¹⁶³ **HENF**, s.31; **GRAMSCH**, s.30.

¹⁶⁴ Nikomakhos’a Etik, V. Kitap, 14. Bölüm, bkz. almanca çevirisi için bkz. **DIRLMEIER**, s.118; Rhetorik, I. Kitap, 13. Bölüm, bkz. **SIEVEKE**, s.72 vd.

¹⁶⁵ Nikomakhos’a Etik, V. Kitap, 14. Bölüm (11361-1138a) : Aristoteles, hakkaniyet kavramını, işlevsel anlamıyla ele alırken, bir yandan da ahlâki (etik) açıdan yaklaşmakta ve aralarında bir bağ kurmaktadır. bkz. **DIRLMEYER**, s.118; bunun dışında Aristoteles, adâlet kavramının toplum ve devlet hayatı bakımından önemi üzerinde durmuş ve bu üç ilke geliştirmiştir. Buna göre, hukuk ve adâlet = 1.toplum ve devletin temeli; 2.devletin amacı; 3. devlet yönetimin egemen unsuru olarak belirtmiştir. Aristoteles, adâlet konusuna genel bir açıdan değinmenin yeterli ve doyurucu olmayacağı sonucuna ulaşmaktadır. Bu açıdan adâlet kavramına iki yönden yaklaşılması gerektiğini belirtmiş ve dağıtıcı ve denkleştirici (düzeltilici) adâletin birbirinden ayrılması gerektiğine dikkat çekmiştir. *Dağıtıcı adâlet*, şeref ve malların paylaşılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre, kendine düşeni, yani “payına düşeni alması” olarak öngörmektedir. Dağıtıcı adâletin işlevi, kişi ile toplum, toplum ile devlet arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Bu şekilde, eşitlik ilkesine bağımsız ve uygulama bakımından önemli bir yer verilmiş olunacaktır. Bununla birlikte dağıtıcı adâletteki eşitlik mutlak değil, göreceli (relatif) bir nitelik taşımaktadır. Kişinin sadece hakları değil, ödevleri de toplum içindeki durumuna ve yeteneklerine göre farklı olacaktır. *Denkleştirici* veya *düzeltilici adâlet* ise, hukukî ilişkide taraf olanların eşit muamele görmesini ifade etmektedir. Bu durumda da, kişisel ve sübjektif durumların dikkate alınmaması gerekmektedir. Aristoteles’e göre eşitlik, adâletin kriteri sayılmış, fakat toplumdaki eşitsizliklere hoşgörü ile yaklaşılması gereğine dikkat çekmiştir.bkz. **GÜRİZ, Adnan**, “Adâlet Kavramının Belirsizliği”, Adâlet Kavramı, Ankara 1994, s.5-6; Aristoteles’in adâlet kavramı konusunda ayr. bkz. **FECHNER, Hermann, F.:**Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles, Ein Beitrag zur Geschichte der alten Philosophie, 2. Neudruck der Ausgabe 1855, Aalen 1987, s.27 vd.; **ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, A. Ulvi:** Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 3. Basım, İstanbul 2003, s.69 vd.; **İŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukuk Felsefesi, İstanbul 2004, s.78 vd.

¹⁶⁶ Adâlet, hakkaniyet değildir; fakat hakkaniyet, üstün bir adâlet türü olarak ileri sürülebilir. Aristoteles, hakkaniyeti, kanunî adaletin yeterli olmadığı hallerde başvurulmuş ve ondan daha üstün bir adâlet türü olarak tanımlamakta, genel nitelikte olan kanunî adâlet, her türlü olay ve duruma uymadığı için, hakkaniyete başvurulduğunu belirtmektedir. başka bir ifadeyle, ona göre

Tespitlerinde, adâlet ile hakkaniyet kavramlarının birbirinin aynı olmamakla beraber, birbirinden çok da farklı olmadığını belirtmiştir. Zira, hakkaniyete uygun olan adildir, ancak bu adâlet, kanunun sağladığı bir adâlet olmayıp, kanunun doğrulanması sonucunda ortaya çıkan kanunî adâlettir. Bu anlamda Aristoteles, hakkaniyet kavramını, kanunun, genel olarak boşluk bulunan alanlarında bir iyileştirme yapılması olarak tanımlamaktadır¹⁶⁷.

Diğer yandan, Aristoteles'in hakkaniyet kavramını, "somut olaydaki adâlet" olarak tanımladığı ortaya konulmaktadır¹⁶⁸. Aristoteles'e göre, adâlet ve hakkaniyet arasındaki ilişki, şu şekilde açıklanmaktadır: "...adâlet ve hakkaniyet kavramları ne birbiriyle aynı anlama gelmekte, ne de bir karşılaştırma yapıldığında, birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır; zira, iyi olan adildir, ancak bu adâlet, kanunların düzenlediği adâlet anlamında olmayıp, kanunî adâletin düzeltilmesidir¹⁶⁹. Aristoteles'in, bu düşüncesinden yola çıkılarak, hakkaniyetin, "somut olaydaki adâlet" olduğu yönündeki sonuca ulaşılmıştır¹⁷⁰.

Aristoteles, hakkaniyeti, Nikomakhos'a etik kitabı dışında, retorik adlı kitabında da incelemiş ve eserinde, hakkaniyetli bir kararın verilmesine ilişkin

hakkaniyet, kanunun genelliğinden doğan sakıncaya bir çare bulmaktır. **DİNÇKOL, Abdullah:** "Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet", HFSA, "Adâlet Sempozyumu", 9. Kitap, İstanbul 2004, s.180.

¹⁶⁷ Rhetorik, I. Kitap, 13. Bölüm, **SIEVEKE**, s.72-74; Aristoteles, bu şekilde, hakkaniyetin hukukun uygulanması bakımından gerekli esnekliği sağladığını ve somut olayda adâletin gerçekleşmesi için gereken boşluğu doldurduğunu belirtmektedir.

¹⁶⁸ Bu tanım üzerinde daha sonra skolastik okul, hakkaniyeti, somut olaydaki adâlet olarak ifade etmiştir. Bununla birlikte, skolastik okul, hakkaniyet kavramını, Aristoteles'in amaçladığı tanımın dışına çıkarmış ve onu başka anlamlara taşımıştır. Bu şekilde adâlet kavramına biri etiksel, diğeri de hukuksal olmak üzere iki anlam kazandırılmıştır. Aristoteles'in hakkaniyet kararının hukukî karardan ziyade, etik (ahlâkî) bir karara sokulmasını amaçlamadığı "retorik" isimli kitabındaki tanımlamadan çıkarılabilmektedir. **HENF**, s.33; **JOACHIM**, s.12-13; ayr. bkz. dpn. 167, 168.

¹⁶⁹ Nikomakhos'a Etik, V. Kitap, 14.Bölüm (11361-1138a), **DIRLMEYER**, s.118; ayr. bkz. **FROSINI**, s.182.

¹⁷⁰ Bu noktada, adâlet kavramının iki anlam taşıdığını, bunlardan birinin hukukî adâlet, diğेरinin ahlâkî (etik) adâlet olduğu ve bunun tüm yunan dünyasında bu şekilde anlaşıldığı kabul edilmiştir. bkz. **FROSINI**, s.182; Aristoteles, adâlet ile hakkaniyet arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Genel ve soyut olan adâlet ilkelerinin kişisel ve özel durumlara uygulamak bazı hallerde büyük zararlara ve haksızlıklara neden olmaktadır. Adâletli olan ve yasaya uygun olan tek tek şeylerin, bunlarla ilişkileri ise teklerin, genelle ilişkisi gibidir. Adâletli olan ve yasaya uygun olan ise tektir; çünkü geneldir. Oysa adâlet bir yandan somut olayların ve insanların özellik ve ayrılıklarının tümünün dikkate alınmasını gerektirir. Aristoteles, adâletin bu türüne hakkaniyet adı vermektedir. bkz. **İŞIKTAÇ**, s.81.

hakkın, kanun metninde yer alan boşluk sebebiyle doğduğunu, hakkaniyetli bir kararın, kanuna değil, başka bir ifadeyle kanun koyucuya ve kanunun lafzına değil, özüne bakılarak verilebileceğini kabul ettiği görülmektedir¹⁷¹. Aristoteles, bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Hakkaniyetli olan adil görünebilir. Ancak hakkaniyetli olan, kanunda yazılanın (metnin) dışında adil olandır”¹⁷².

Bu şekilde, Aristoteles’te, kanunda yazılı olanın, uygulanmamasını hakkaniyet olarak ifade ettiği anlaşılmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu yorumu doğal hukukçuların düşüncesiyle karıştırmamak gerekmektedir. Aristoteles, (mevcut olmayan) yazılmamış kanunda, genel itibariyle pozitif hukukun diğer yanını görmektedir. Bu anlamda da, verilen hakkaniyetli karar, Aristoteles için, kanundakine (açıkça belirtilmiş olan hükme) göre olmasa da yine bir meşruiyet kararı bulunduğunu belirtmektedir¹⁷³.

Aristoteles’in hakkaniyet kavramı, genel bir kural oluşturmayıp, aksine bir genelleme yapmadan, somut olaya uygulanacak bir kural niteliği taşımaktadır. Bu şekilde, normlar arasında birisinin adil, diğerinin hakkaniyetli olduğu şeklinde bir ayırım yapmamakta; “ethieka” kavramı içerisinde, somut olayda varolan normun uygulanması yerine, doğru olan hukukun uygulanmasını görmektedir¹⁷⁴.

¹⁷¹ HENF, s.40; GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003, s.175.

¹⁷² SIEVEKE, Franz G.: Aristoteles – Rhetorik, München 1980, s.72, HENF, s.40, JOACHIM, s.9; Frosini, burada, esasen Aristoteles’in, hakkaniyet kavramını “somut olaydaki adâlet” olarak tanımlamadığını, bunun da retorik kitabında açıkça görüldüğünü belirtmektedir. Frosini, Aristoteles’in, kanunların hemen hemen tüm olayları öngördüğünü ve ancak bazı durumlarda, varolan kanun boşluklarını doldurması bakımından hakkaniyetin devreye girdiğini belirtmektedir. Bu anlamda, Aristoteles’e göre “hakkaniyetli karar”, ancak kanuna değil, kanunkoyucuya bakılarak, yani kanunun lafzına değil, kanun koyucunun amacına bakılarak verilebileceğini ifade etmektedir. bkz. FROSINI, s.182-183.

¹⁷³ HENF, s.40; Retorik isimli kitabında, Aristoteles, doğal hukuk ve pozitivist hukukun farklılığına değinmektedir. Ona göre, doğal hukuk evrensel bir karakter taşımakta ve tüm insanlar için geçerlidir. Retorik isimli kitabında, her iki akım arasındaki karşıtlığına değinmekte ve erkek kardeşinin cesedini Creon’un pozitif hukukun yasaklamasında rağmen gömen Antigone’un doğal hukuku ihlâl etmediğini belirterek hukukun gerçek amacının yazılı hukukça değil, doğal hukuk tarafından belirlenebileceğini ileri sürmektedir. Yazılı hukukun yürürlük alanı, devletin sınırları ile belirlidir. Erdemli ve bilgili insanlar doğal hukuku, pozitif hukuka tercih ederler. Bununla birlikte, pozitif hukuk kuralları yorumlanırken, elbette doğal hukukun kılavuzluğuna başvurulmalıdır. Aristoteles, retorik isimli eserinde, davalarda taraf olanların çıkarlarına göre, bazen doğal hukuka, bazen de pozitif hukuka başvurabileceklerini belirtmektedir. bkz. GÜRİZ, s.175-176.

¹⁷⁴ HENF, s.40; hakkaniyet, hukuk kuralının fonksiyon ve amacına hizmet edecek şekilde, kuralın fiilî durum ve koşullara uymasını sağlamaktadır. Bu durum da doğrudan doğruya somut olaydan – yani eşyanın doğası nedeniyle ortaya çıkan bir gereklilikten, doğduğu dikkat edilince,

II. Aristoteles'ten Sonra Yapılan Tanımlama Çalışmaları

Aristoteles'ten sonraki dönemlerde¹⁷⁵ yapılan tanımlama çalışmaları ise, yine onun düşüncesi esas alınarak yapılmıştır. Bu açıdan hakkaniyeti, somut olayda uygulanacak hukuk olarak tanımlayanlar olsun¹⁷⁶ veya hakkaniyet hukukunu, katı (yazılı) hukukun karşıtı olarak görenler olsun¹⁷⁷ ya da yine onun görüşü doğrultusunda hakkaniyeti, onun bağımsızlığına dayandırıp, anlamını bir düşünce biçimi olarak yorumlayanlar olsun veya hakkaniyeti, hukukî bir organizasyon ilkesi görenler olsun¹⁷⁸, çalışmalardan her biri hakkaniyeti, Aristoteles'in tanımından yola çıkarak ortaya koymaya çalışmışlardır¹⁷⁹.

Hakkaniyeti, şekli eşitlik ilkesinin aksine, her somut olayda yeknesak olarak uygulanabilen ve adâlet işlevini yerine getiren bir kavram olarak tanımlayanlar da olmuştur¹⁸⁰.

Stammler de, Aristoteles'in hakkaniyeti "somut olayda, esas itibariyle uygulanacak doğru hukuk" olarak tanımlamıştır¹⁸¹. Bunun gibi, literatürde, norm ile

"hakkaniyet" ölçütünün, özellikle bu gibi durumlarda, geniş ve iyilikçi etkisi olduğu, görülmektedir. Bu nedenle, Aristoteles'e göre, hakkaniyet, adaletin yanılığını düzelten bir erdemdir. bkz. **DİNÇKOL**, s.180.

¹⁷⁵ Yüzyıllardan beri yapılan Aristoteles'in hakkaniyeti "somut olaydaki adâlet" şeklinde tanımına, kendi eserlerinde rastlamak mümkün değildir. Skolastik okul, bu yoruma, Aristoteles'in fikrini tinsel olarak geliştirerek ulaştığı belirtilmelidir. Başka bir ifadeyle, skolastik okul, Aristoteles'in düşüncelerini yansıtan bir ayna gibi, hakkaniyet kavramını, onun fikirleri çerçevesinde geliştirmiş ve ortaya koymuştur. Yine, Aristoteles'in ünlü syllogisması olan, "tüm insanlar ölümlüdür, Sokrates bir insandır, o hâlde Sokrates ölümlüdür", örneğine Aristoteles'in hiçbir yazısında rastlayamazsınız. bkz. **FROSINI**, s.181.

¹⁷⁶ Hegel, hakkaniyetin, formal (yani yazılı) hukukta, ahlâki veya başka açılardan oluşan bir çöküntü durumunda ve bu nedenle hakkaniyetin varolan hukukî uyumsuzluğun içeriğine baktığını belirtmektedir. **HEGEL, Georg Wilhelm F.:** Rechtsphilosophie, Berlin 1821, § 223; ayr. karş. **HENF**, s.31 ve oradaki atıflar; **JOACHIM**, s.5 vd.; **ISAY, Hermann:** Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929 (neudr. Aalen 1970), s.118; **FROSINI**, s.191.

¹⁷⁷ **GROTIUS, Hugo:** "de aequitate, indulgentia, facultate, libellus, singularis, Amstelodami", 1680, De Jure belli ac pacis libri tres, (almancaya çev.Walter Schätzel, Tübingen 1950), V 12 § 21; **WINDSCHEID, Bernhard:** Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl. Frankfurt a.M. 1906; § 28; ayr. karş. **HENF**, s.31.

¹⁷⁸ **GRAMSCH**, s.8 ve 23; **HENF**, s.31; **SCHMÖLDER, Karl:** Die Billigkeit als Grundlage des Bürgerlichen Rechts, Hamm 1907, s.32.

¹⁷⁹ bkz. **HENF**, s.31.

¹⁸⁰ **SAUER, Wilhelm:** Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940; s.274; **ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans C.:** Allgemeiner Teil des BGB, erster Halbband, Tübingen 1959, s.306, dpn.4; **HENF**, s.32.

somut olay, adâlet ile hakkaniyet arasındaki karşılaştırmalar şeklinde tanımlar yapılmaya çalışılmıştır. Bu yönde olmak üzere, hakkaniyet esas alınarak, somut olaydaki adâlet kavramına, bazı subjektif unsurlar dahil edilmesi suretiyle de bazı tanımlar geliştirilmiştir. Rümelin, pragmatist (menfaatçi) görüşün savunucusu olarak hakkaniyeti bir norm olarak yorumlamış ve hakkaniyetin olay hakkında karar veren kimseye, adil bir şekilde ve kamunun vicdanı ölçüsünde, hukuk bilgisini uygulama imkânını veren bir araç olarak tanımlamıştır¹⁸².

Buna karşın Hermann Isay, hakkaniyet ve adâlet kavramlarında, hukukî (vicdanın) hissiyatın rasyonelleşmesi olarak görmektedir. Buna göre Isay, bir kararın, kamunun vicdanî görüşleri ölçüsünde olmasından ziyade, daha çok hâkimin vicdanına (kişisel adâlet düşüncesine) göre verilirse hakkaniyetli olacağını belirtmektedir¹⁸³. Eugen Huber ise, bu görüşü eleştirerek, bu görüşün tam tersini savunmuş ve hakkaniyetli bir kararın, hâkimin vicdanî görüşünden (kişisel adâletten) aksine, ancak kollektif adâlet düşüncesiyle hareket edilerek verilebileceği ve ancak bu şekilde hukukî eşitliğin sağlanabileceğini ileri sürülmüştür¹⁸⁴.

Pozitivistler¹⁸⁵ ise hakkaniyet kavramını başka bir açıdan değerlendirmişlerdir. Bunlara göre hakkaniyet, esas itibariyle, kanunun lafzından

¹⁸¹ Stammelerin adâlet konusundaki açıklamalarına bkz. **STAMMLER, Rudolf**: Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle 1926, s.252 vd.; ayr. bkz. **GÜRİZ**, s.7.

¹⁸² **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.15; ayr. bkz. **SCHMÖLDER**, s.32; **JUNG, Erich**: “Rechtsregel und Rechtsgewissen, Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung”, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 118, 1920, s.9 vd; **WINDSCHEID**, § 28; karş. **HENF**, s.32.

¹⁸³ **ISAY**, s. 116 ve 118; karş. **HENF**, s.33.

¹⁸⁴ **HUBER, Eugen**: Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und Rechtsphilosophie, 2. unveränderte Aufl.; Basel 1925, s.59 ve 113; karş görüş. bkz. **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.12 vd.; **KELSEN**, s.68; ayr. bkz. **HENF**, s.33.

¹⁸⁵ Pozitivizm iki şekilde karşımıza çıkmaktadır, normativist pozitivizm ve iradeci pozitivizm. Yukarıda belirtilen görüş, esas itibariyle Bentham’ın öncü olduğu iradeci pozitivizm yaklaşımı içinde yer almaktadır. Normativist pozitivizm, (özellikle Kelsen) düşüncesinde hakkaniyet ve adâlet gibi düşünceler hukukun (hukuk biliminin) tamamen dışında olan metajuridik (hukuk ötesi) kavramlardır. bkz. **ÖKTEM/TÜRKBAĞ**, s.399 vd.; iradeci pozitivizmde ise, hukukun oluşumunda iradenin rolü mutlaka oynamakta ve olgu yadsınamaz. İrade, akılsal düzenin öğelerine dayanıyorsa rasyonel bir iradecilik söz konusudur. Ratio’da tüm objektif etmenler göz önünde tutulur. Adâlet kavramı ve toplumsal realitenin “rasyonalitesine” kayıtsız kalınması mümkün değildir. Bu durum zaten, akıl ve sosyal olguya bağlı olarak açıklanmaktadır. Eğer, irade, duyular evreninin verilerine dayanıyorsa, her türlü keyfiliği içerebilir. **ÖKTEM/TÜRKBAĞ**, s.387-388; Pozitivizm konusunda ayr. bkz. **GÜRİZ** (Hukuk Felsefesi), s.299 vd.

ziyade, kanun koyucunun istediği amaca (ratio legis), kanunun ruhuna ulaşılmasıdır¹⁸⁶.

Kanonik hukukçuların ve skloastik okul ile, daha sonra doğal hukukçu düşüncenin de etkisiyle hakkaniyet kavramı, ratio naturalis ve ius naturale kavramlarının mahiyeti (moral) ile karışmıştır¹⁸⁷. Bu açıdan Aquina'lı Thomas, doğal hukuka aykırı olan her kanunu, hakkaniyete aykırı olarak nitelendirmektedir¹⁸⁸.

Buna karşın, “ahlâkî değerler” ile “hukuku” kesin olarak ayıran Kant, hakkaniyete başvuran kimsenin (hâkimin), başkalarının çıkarlarını ve iyiliğini düşünmemesi gerektiği; hâkimin, uygulanması mümkün olmayan hukuk yerine, kendi hukukunu uygulaması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, hakkaniyet, bir tür, tam olmayan (eksik) bir hukukî taleptir¹⁸⁹.

Geçtiğimiz yüzyıldan kalan ve özellikle Kelsen'in görüşleri çerçevesinde oluşan, yeni ve teknik bir pozitivizm anlayışı olarak normativizm¹⁹⁰, etik ve politik

¹⁸⁶ **KIELRUFF, Johann:** Theorie des allgemeinen Civilrechts, Bd. I, Altona 1834, s.22 vd. bu yorum bile esas itibarıyla, Aristoteles'in tanımını yansıtmaktadır. bkz. **HENF**, s.33.

¹⁸⁷ bkz. **SAVIGNY**, Bd. I, s.52 vd; **HENF**, 33; **FROSINI**, s.185; İus gentium, bütün kavimler nezdinde ratio naturalis = doğal aklın tesis ettiği hukuktu, ius civile ise her kavimin civilis ratio'sunun tesis ettiği hukuktu; buna karşın, civilis ratio bazen naturalis ratio'ya tekabül edebilirdi. İus civile den ve ius gentium'dan gayrı, insan tarafından keyfi olarak yaratılmayıp tabiaten hukukî kural şeklinde mevcut olan bir hukuk, yani ius naturale = doğal hukuk mevcuttu. Semper aequum ac bonum, bir hukuk (Dig. 1,1,11) yani her zaman ve her yerde adil, doğru ve iyi bir hukuk olan ius naturale, geniş mikyasta ius gentium tarafından tanınır ve ius civile tarafından değiştirilmezdi. İustinianus, ius naturale'yi, ilahi kuvvet tarafından vazedilmiş cihani şumul bir hukuk (divina quadam providentia constitutum = kudreti ilahiye ile teessüs etmiş, Dig. I, 1,2, 11) ve insansı zaruretler dolayısıyla ius naturale'ye muhâlif müesseseler kabullenmiş olan ius gentium'u bütün kavimlere müşterek hukuk telakki etmiştir. bkz. **DI MARZO**, s.26-27; ayr. bkz. **HONSELL**, s.19 vd..

¹⁸⁸ bkz. **HENF**, 33; Aquinalı Thomas konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **İŞIKTAÇ**, s.111; **GÜRİZ**, (Hukuk Felsefesi) s.188.

¹⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.8; **HENF**, s.35; diğer yandan Kant, adâlet konusunu incelerken üç ayrı ilkeye dikkati çekmektedir. Bunlar, Roma hukukundan kaynaklanan “şerefli yaşa, kimseye zarar verme, herkese payına düşeni ver” ilkeleridir. Bu açıdan “herkes payına düşenin verilmesi” tanımıyla adâlet konusunda yapılan klasik tanımı tekrar ettiği anlaşılmaktadır. bkz. **GÜRİZ**, s.7.

¹⁹⁰ Kelsen'e göre hukuk bilimi psikoloji, sosyoloji, etik ve siyaset teorisi ile iç içe geçmiştir. Bununla birlikte, saf hukuk teorisi, hukukun bu bilim dallarıyla ilgisini reddetmez, ancak hukukun, özünü belirsizleştiren bu alanlardan ayrı olarak ele alınması gerektiğini, yani hukukun saflaştırılması gerektiğini inanmaktadır. Kelsen'in bu saf hukuk teorisi, normativist bir tutuma dayanan pozitif hukuk teorisi. Doğal hukukun, doğadan gelen ve insanın salt insan olmakla sahip olduğu hakların taşıyıcısı olan bir düzen olmasına karşılık, pozitifist yaklaşım insan yapımı hukuk üzerinde temel bulmaktadır. Kelsen'e göre doğal hukuk, hukukun bu önceden verili oluşu

menfaatlerden oluşan hukuku, salt teknik ve mantıktan oluşan bir alana kaydırmıştır. Bu açıdan hakkaniyet de, bu teori tarafından mantık kriterleriyle hukukî değerlendirmeye alınmıştır. Buna göre hakkaniyet, etik bir içeriğe sahip bir ilkedен çıkarılarak, şeklî ve teknik bir yorum ilkesi olarak ortaya koyulmuştur¹⁹¹.

Kelsen, bireyler arasında varolan farklılıkların önemli olmadığı, insanlar arasında bir eşitsizliğin oluşabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle adâlet ile hakkaniyet arasında şu sonuçlara varılmıştır¹⁹². Adâlet gereğince, eşitlik ilkesine dayanılması hâlinde kural veya norm, somut olaya göre yorumlanmalıdır; buna karşın, eşitsizlik ilkesine dayanılması hâlinde söz konusu olayda, hakkaniyete dayanılarak bir sonuca ulaşılmalıdır¹⁹³.

dayanarak temel bir çelişkiye düştüğünü, mutlak adâlet teorisinin kurma amacının, kesin bir tanım verememesi nedeniyle çelişkiye düştüğünü belirtmekte ve bu akımı eleştirmektedir. bkz. **İŞIKTAÇ**, s.280-282; ayr. bkz. **GÜRİZ**, s.337 vd.

¹⁹¹ **HENF**, s. 35; Hukukî muhakeme söz konusu olduğunda, şeklî (formel) mantıkla, maddî (materyal) mantık yaklaşımı arasında belirgin farklılıklar vardır. Formel mantık daha çok pozitivist hukuk anlayışı tarafından kabul edilmektedir. Formel mantık, ne ebedî değerlerin bulunması, ne de adâlete uygun amaçların belirlenmesi için çaba harcamaktadır. Ahlâkî, hukukî ve siyasi değerlerin saptanması konusunda formel mantık tamamen tarafsızdır. Kanunda boşluklar bulunduğu, normlar arasında çelişkiler görüldüğünde, aynı konuyu düzenleyen birden fazla kuralla karşılaşıldığında olaya hangi kuralın uygulanmasının daha doğru olduğunu hâkimin seçmesi gerekecektir. Bu konuda, sadece bazı belirli bazı mantık kuralları hâkime sınırlı ölçüde yardımcı olacaktır. **GÜRİZ**, (Hukuk Felsefesi), s.45-47; Buna karşın doğal hukuk anlayışının benimsediği ve hukuk uygulamasında maddî (materyal) mantığa öncelik tanıyan görüş çerçevesinde, mahkeme kararından önce korunması gereken değer belirsizdir ve karar süreci içinde, farklı değerler arasında bir seçim yapılmaktadır. Hukuk kuralları soyut ve genel nitelik taşımakta, hukukî kararın konusu olan olay ise, somut ve özeldir. Hukuk hayatında görülen değer kriterleri hukukçuya somut olaya ve duruma ilgili olarak değerlerin en iyisini seçme imkânı sağlar, yani entelektüel bir sezgi, hâkimin doğru karar vermesinde etkili olmalıdır. **GÜRİZ**, (Hukuk Felsefesi), s.47-50.

¹⁹² Bu açıdan Kelsen, adâlet kavramına hissi ve göreceli bir yorum kazandırmış ve bu nedenle adâlet kavramındaki değer yargısı ile hakkaniyet kavramındaki değer yargısını bir tutmuştur, başka bir ifadeyle bu iki kavram arasında herhangi bir fark görmemiştir. **KELSEN, Hans**: Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928, s.68 vd.; ayr. bkz. **FROSINI**, s.191, dpn.19; **HENF**, s.36; Gramsch'a göre, adâlet, bir kimsenin eylemleri ve düşüncelerinde adil davranmasıdır. Buradaki adil davranma kelimesi hukuken ve ahlâken doğru olan olarak ifade edilmektedir. Hakkaniyet ise, hukukî bir yardımcı öge olarak belirtilebilir. Diğer yandan, hakkaniyet adâletin bir parçası olarak görülebilir. Bu nedenle, hakkaniyet, hukukî alanda adâletin objektif görüntüsü (yansımaları) olarak ifade edilmektedir. **GRAMSCH**, s. 18-19.

¹⁹³ **KELSEN**, s.68; Kelsen, adâlet kavramını tanımlarken, adâlet sorununun temelde, politika sorunu olduğu, bu nedenle adâletle ilgili incelemeler, hukuk teorisi konusundaki çalışmaların dışında bırakılması gerektiğini, adâletle ilgili yargıların objektif bir değerlendirmenin konusu olamayacağını, zira bu yargılar ahlâki ve politik bir içere sahiptir. Kelsen'e göre, adâletin standardı, olarak kabul edilen normal kişiden, kişiye göre değişmekte ve bunların birbiriyle uzlaşması mümkün değildir. Bu nedenle adâlet, irrasyonel bir ideal olmaktan ötede bir değere sahip değildir. bkz. **KELSEN, Hans**: What is Justice? Colective Essays, 1957, s.229 (Naklen : **GÜRİZ**, s.8.); karş. **HENF**, s.35-36; **FROSINI**, s.191.

Kelsen'in bu formel (şekli) tanımı, özellikle doğal hukukçular tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir. Buna göre hakkaniyet, somut olayı değerlendirdiğimizde, o ânda aklımızda (bilincimizde) olan hukukî değerdir¹⁹⁴. Bu anlamda hakkaniyet, somut olay hakkında verilecek kararın kriteri olarak tanımlanabilir¹⁹⁵.

Frosini'nin hakkaniyet tanımında, Aristoteles'in hakkaniyet konusundaki yaklaşımı daha açık ortaya konulmaktadır. Aristoteles, “retorik syllogismus” veya “enthymem” olarak da adlandırılan retorik isimli kitabında¹⁹⁶, hakkaniyeti, üst cümlesi olmayan kısaltılmış bir syllogismus şeklinde ifade etmektedir¹⁹⁷. Bu şekilde Frosini tarafından, Aristoteles'in belirttiği hakkaniyetli kararın, bir meşruiyet kararı (legalitismus Urteil) dışında, bir çeşit “entymem karar” olduğu ileri sürülmektedir¹⁹⁸. Meşruiyet kararında, kapalı bir mantık söz konusudur; yani hâkim,

¹⁹⁴ bkz. **de MARINI, Carlo Maria:** il guidizio di equita nel processo civile, Premesse teoriche, Padova 1959, s.234 (naklen **FROSINI**, s.192).

¹⁹⁵ **VIEHWEG, Theodor:** Topik und Jurisprudenz, 5. Auflage, München 1974, s.50 vd.; **FROSINI**, s. 192; **HENF**, s.36.

¹⁹⁶ Aristoteles'in retorik kitabı hitabet, söz söyleme sanatı üzerinedir. Geniş bilgi için bkz. **ROSS David**, Aristoteles, İstanbul 2002, s. 312 vd.

¹⁹⁷ “enthymem” kelime anlamıyla, düşünmek, fikir yürütmek, içtenlikle düşünmek gibi anlamlar taşımaktadır. Enthymem, açıklanan (formüle edilen) argümanın altında yatan fikir (düşünce) olarak tanımlanabilir. Aristoteles'in retorik kitabına göre ise, bir olay hakkında, bir başka olay üzerinden edinilen doğru sonuçlarla, genel olarak tanınan ve aksinin iddia edilmesinin zor olduğu bir sonucun elde edilmesidir. Enthymem'de klasik mantık biliminde, syllogismus'un retorik (açıklayıcı) bir şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Bir syllogismus, üç şekilde oluşmaktadır. Buna göre, I. Tüm insanlar ölümlüdür (propositio maior = üst cümle); II. Socrates insandır (propositio minor = alt cümle); böylece III. Socrates ölümlüdür sonucu (conclusio = sonuç) çıkmaktadır. Bu durum entymem'de şu şekilde ifade edilmektedir: Socrates ölümlüdür, çünkü tüm insanlar ölümlüdür. **MÜLLER Florian:** Wahrheit und Wahrscheinlichkeit in der Rhetorik: Die rhetorische Bedeutung des Eikós in Platons Phaidros und Aristoteles' Rhetorik im Spiegel der Moderne (http://de.wikipedia.org/wiki/Praktischer_Syllogismus); ayr. bkz. **KRÜGER, Frank:** Nicht lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche, Saarbrücken 1995, s.56 vd.; Frosini, Aristoteles'in hakkaniyet olarak belirttiği “epikea” kavramı ile Roma hukukundaki aequitas kavramının aslında farklı anlamlar taşıdığı ve bu nedenle Roma hukukunun gelişimi ile özellikle Kanonistlerin, hakkaniyet kelimesini değiştirdiklerini belirtmektedir. İşte bu açıdan, Frosini, Aristoteles'in hakkaniyeti “somut olaydaki adâlet” olarak tanımlamadığı, esas itibarıyla hakkaniyet kavramını “kanunda yazılanın (metnin) dışında adil olandır” şeklinde tanımladığını iddia etmektedir. bkz. **FROSINI**, s.184-185.

¹⁹⁸ Frosini, geçtiğimiz 20 yy.da kıta Avrupasında, değişik kanunlarla, hakkaniyet temelinde bazı otorite uygulamalarının yapıldığını belirtmektedir. Bu yönde olmak üzere 24 Kasım 1917'de Rusya hükümeti tarafından getirilen düzenleme örnek olarak gösterilmektedir. Bu dönemde, Sovyet Rusyası'nda hâkimlerin çarlık döneminden kalan kanunların yerine sosyalist hukuk bilinci çerçevesinde karar vermeleri gerektiğini düzenlemişlerdi. Bu anlamda, hakkaniyet kararları, yazılmamış bir kurala dayandırılmıştır. Bu şekilde, sosyalist düşünce, hakkaniyet kararına ilişkin bir kriter olarak düzenlenmiştir. 19 Kasım 1918'de ise, Sovyet Rusya kanunları oluşturulmuştur. Bu kanunlar çerçevesinde, “halkın mahkemeleri, işçiler ve köylülerin uyuşmazlıklarını çözmeye

kanundaki koşul normlarını tespit ederek kanunu uygulamaktadır. Buna karşın, hakkaniyet çerçevesinde verilen kararda, açık ve serbest bir mantıktan hareket imkânı varolup, syllogismus dışına çıkılabilir. Bu şekilde de hâkim, normu, doğrudan ve işlevsel anlamda uygulama imkânı bulacaktır¹⁹⁹.

Frosini, bu düşüncelerden hareketle, hakkaniyetli kararın bir topos'a, yani belirli bir olaya bağlı olduğunu ileri sürmüştür. Ona göre, hakkaniyetli karar, şu hâllerde söz konusu olmaktadır: “Olayda şu duruma rastlanırsa, böylece...karar bu şekilde... verilmelidir”. Bu nedenle de hakkaniyetli karar, hiçbir zaman kesinlik taşıyamayacağı, bu kararın bir tahmini (yaklaşık) karar olduğu, bu durumun da, söz konusu kararın, bir syllogismus'a (ile gerekçelendirilmediği) dayanmadığı, bir enthymem'e dayalı olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Bu kararın hükmü mantıksal bir kanaatten oluşmayıp, ahlâkî kanaatten meydana gelmektedir²⁰⁰.

Hakkaniyet kavramına ilişkin yapılan tanımlara bakacak olursak her birinin hakkaniyetin gerek şekli gerekse maddî anlamı açısından somut ve kesin bir kavram oluşturmadığı ve hakkaniyeti tam olara açıklayamadığı ileri sürülebilir²⁰¹.

Hakkaniyet kavramının ilkeleri konusunda hukuk felsefesi alanında yapılan çalışmalar, daha önce var olan, ancak maddî anlamda bir niteliğe sahip olmayan, hakkaniyet temeline borçludur. “Somut olaydaki adâlet”, “adâletin uygulanmasını sağlayan ilke²⁰²”, “hukuka uygun olan”, “ahlâkî uyumlaştırma (ausgleich)”, “genel soyut amaç, düşünce”, “doğal hukukun genel ilkesi” gibi soyut formüllerle hukuku uygulayan kimseye, (pozitif) somut ilkeler ortaya koymaktadır²⁰³.

yetkili olduklarını; buna karşın, kanunlar eksik veya uygulanması mümkün olmaması hâlinde, uyuşmazlığın çözümü için sosyalist hukuk bilincine göre karar vermeleri gerektiğini düzenlemişlerdir”. Anlaşılacağı üzere, buradaki hukuk bilinci, kanonistlerdeki gibi, Sovyet Rusya proletaryasının kolektif düşüncesini yansıtmaktadır. İşte bu durumlarda, hâkimin esas itibariyle bir meşruiyet kararı verdiğini ileri sürmüştür. bkz. **FROSINI**, s.187-188.

¹⁹⁹ **FROSINI**, s.37; karşı görüş için bkz. **HENF**, s.37.

²⁰⁰ **FROSINI**, s.192, **HENF**, s.37.

²⁰¹ **HENF**, s.37.

²⁰² **GRAMSCH**, s.32.

²⁰³ **HENF**, s.38.

Neticede hakkaniyet kavramının, “somut bir olaya ilişkin olarak, hâl ve durumun gereklerine (hâkimin takdirine) göre, en uygun ve adil sonuca varılması, kısaca somut olaya ilişkin adâlettir” şeklinde açıklanması mümkündür²⁰⁴.

III. Türk Hukuk Düşüncesinde Hakkaniyet Kavramının Ele Alınışı

Hakkaniyet kavramı konusunda Türk hukukunda maalesef çok fazla bilgi bulunmamaktadır. Hakkaniyet²⁰⁵, esas itibariyle Medeni Kanununun 4. maddesi çerçevesinde “hâkimin hakkaniyete göre karar vermesi” hâllerine ilişkin olarak belirtilmiş; buna karşın doktrinde hakkaniyet kavramı tanımlanmamıştır²⁰⁶. İmre, tazminat hukukunda hakkaniyetin, özel bir anlamı olduğu ve bunun sosyal adâlet anlamına geldiğini, fail ve zarar görenin ekonomik durumlarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir²⁰⁷.

Diğer yandan Edis, hakkaniyet kavramını, adâlet kavramıyla olan farkına da değinerek şu şekilde ifade etmeye çalışmıştır. “Gerçekten çok defa hakkaniyet ve adâlet kavramları birbirleriyle eş anlamlı olarak kullanılır. Bununla birlikte, her iki

²⁰⁴ Bunun dışında, elbette ki, hakkaniyet, kararların verilmesinde bir kriter oluşturulmaktadır. Hâkim, kanunları uygularken, mutlaka, kamunun vicdanını dikkate alacak, diğer yandan, hukuk sisteminin gereği şeklinde hareket edecektir. Bu anlamda, mevcut hukuk devleti ve sosyal devlet bilinci çerçevesinde hareket edecek ve buna göre karar verecektir.

²⁰⁵ Kanımızca hakkaniyet kelimesini kapsayacak kesin bir tanımın verilmesi mümkün değildir. Daha evvel görüldüğü üzere tarihsel gelişim boyunca bu kavram değişik şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Bizce de hakkaniyete ilişkin olarak verdiğimiz tanım hakkaniyeti kapsayacak nitelikte değildir. bkz. § 4, II.

²⁰⁶ Gücün, eserinde hakkaniyet kavramını, yanlış da olsa tanımlanmaya çalışmıştır. Kitabında hakkaniyet şu şekilde ifade edilmektedir: “hakkaniyet nedir? Kanun koyucu bunu tarif etmemiştir. Hakkaniyet doğru görünen şeydir. Temyiz kudretini tamamen, veya târeten haiz olmayan şahısların suçlarına tabiidir ki ceza verilmez. Fakat velev gayrimüeyyiz olsun, biri diğerinin malını itlâf ederse ve mahâlli tazmin malı varsa neden heder olsun ve mutlak surette zaman lazım gelmesin de, zamanın lüzumu yalnız yalnız hakkaniyet icabı olarak hâkimin takdirine vabeste olsun? Hâkimin takdiri fiilin vukuuna ve anın ne surette tazmin edileceğine, yani miktarının tayinine taallük eder, bir fiilin zamanı mucip olup olmayacağını hâkim değil, kanun tayin etmelidir. Hakkaniyet gibi mutlak bir tâbir ise miyar ve kıstas olabilir mi? Bilhassa veli veya vasinin murakaba mesuliyetinin de inizmam etmediği bir hadisede taş atarak bir dükkânın camını kıran 15 yaşında bir çocuk babasından kalmış serveti de olursa, neden zamin olmasın? Nihayet kasırların kavli tasarrufları hükümsüzdür. Bu misillü fiili tasarrufları nasıl hükümsüz bırakılır. Bu maddenin esası kendi tabiriyle söyleyelim: bizatîhi hakkaniyete aykırıdır. **GÜCÜN, C. Abdürrahim:** Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, II. Menkul Mallar ve Borçlar, İstanbul 1944, s.301-302; İmre’de haklı olarak bu kavramı eleştirilmiş ve hakkaniyet kavramının genel anlamda hakkaniyet şeklinde ifade ettiğini belirtmiştir. bkz. **İMRE,** (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri) s.89.

²⁰⁷ bkz. **İMRE,** (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri) s.89 vd.; **SUNGUR, B. Hâlis:** Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, I, İstanbul 1943, s.195.

kavram arasında, belirsiz de olsa fark vardır. Buna göre, adâlet, doğrudan doğruya kurallara, ilkelere hakim olması gereken en yüksek temel ve moral düşüncüyü ifade eder; herkesin kendi durumuna ve davranışlarına uygun imkânlar elde etmesini veya herkesin kendi tutumuna uygun tepkiler görmesini emreder. Başka bir ifadeyle adâlet, düzene ilişkin en yüksek düşüncedir. Buna karşılık, hakkaniyet, bazı şartların ve çözümlerin önceden kesinlikle saptanmasının doğuracağı düşünülen sakıncalarını ortadan kaldırmak için hukuk kurallarının esnek veya eksik bırakıldığı hâllerde etkisini gösteren ve belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini emreden kurallar bütünüdür. Bu anlamda, hakkaniyet, somut olayların özelliklerine uyan çözüm biçimlerine ilişkin en yüksek moral temeldir”²⁰⁸.

Edis hakkaniyet kavramını tanımlarken, adâlet kavramı ile hakkaniyet kavramı arasında, alan bakımından bir fark olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, Edis, bu iki kavramın birbirinden tamamen bağımsız olmayıp hakkaniyet adâlete sıkı sıkıya bağlı olduğunu; bu şekilde, kanunkoyucunun, takdir yetkisini tanıırken, hâkimi –doğrudan doğruya– adâlete karşı karşıya bırakmak istediğini, hâkimin, hukuk düzenin bütününe hakim genel ilkeleri veya kuralları etkileyen adâleti, kesin bir kural aracılığıyla olmaksızın somut olaylara yansıttığını belirtmektedir²⁰⁹. Bu itibarla, hakkaniyet (hak ve nisfet) düşüncesinin, hâkimi belirli

²⁰⁸ **TEKİNAY**, s. 67; Hakkaniyet, adâlete oranla hoşgörülük sınırı daha geniş bir hukuk düşüncesidir. **KÖPRÜLÜ**, s.98; **EDİS, Seyfullah**: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Üçüncü Bası, Ankara 1987, s.217-218.

²⁰⁹ Nitekim YG. 9. HD. (9.4.1968 T. ve E.1968/691, K.4629- Orhaner, S.B., s.191) adâlet ve hakkaniyet ilişkisi bakımından şu düşünceden hareket etmiştir. ...hiç şüphesiz, hâkimin davayı ferdileştirmesi, ilke olarak doğrudur. Gerçekten MK. 4.de öngörülen temel kurala göre, kanunun takdir hakkı verdiği ve icabı hâle yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle yükümlü tuttuğu hususlarda hâkim, hak ve nisfete (hakkaniyete) göre karar verir. Ne var ki bu ameliye yapılırken olayın özelliklerinden sadece bir, ya da ikisinin göz önünde tutulması, diğerlerinin hiç nazara alınmaması doğru olmaz. Hak ve nisfetle hükmetmek belirli bir olayın bütün özelliklerine cevap vermeyi gerekir ki, hak ve nisfet düşüncesi, hâkimi, doğal hukuk görüşünün getirdiği ideal adâlet düşüncesine yöneltmektedir. Bir olayın bütün özellikleri yüksek bir adâlet düşüncesi ve Anayasa’da anlatımını bulan temel ilkeler çerçevesinde göz önünde tutulup değerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında mümkün en adilini bulabilmek söz konusu olmaz. ...buna karşılık hak ve nisfetin sosyal adâlete işaret ettiğini ileri sürenler de vardır. bkz. **EDİS**. s.218; Saymen/Elbir ise, hakkaniyeti bugünkü anlamıyla bunun sosyal adâlet teorisiyle açıklamak gerektiğini ileri sürmektedir. bkz. **SAYMEN/ELBİR**, s.400 ve 404 – 405; Güriz’e göre hakkaniyet, soyut hukuk kuralının, somut olaya uygulanmasındaki katılığın ve sertliğin bertaraf edilmesi ve somut olayın gereğine uygun karar verilmesidir. Hâkimin hakkaniyete uygun çözüm getirmesi demek, soyut kural çerçevesinde “somut olaya” uygun (elverişli) bir çözüm bulması demektir. Bu çözümü ararken hâkimin uygunluk (yerindelik) durumunu da göz önünde bulundurması gerekir. Diğer yandan hukuk kuralı, belirli sosyal ihtiyaçlara cevap vermek için çıkarıldığına göre onda sosyal bir temel bulunmaktadır. Buna karşın hukuk hayatı bakımından

somut bir olayda, doğal hukuk görüşünün getirdiği ideal adâlet düşüncesine yönelttiğini ifade etmektedir²¹⁰. Hatemi de hakkaniyetin, sorumluluk hukukunda, somut olay adâletini, adâletin her iki anlamında riayet ederek sağlamak olduğunu ifade etmektedir. Buna göre hâkim, Medeni Kanunun 4. maddesi ile kendisine verilen takdir yetkisini kullanırken; somut olay adâletini sağlamaya çalışacaktır²¹¹.

Bir görüşe göre ise hakkaniyet, bir adâlet düşüncesi, hakkaniyet hissi olarak tanımlanmaktadır. Yani hâkim, kanunun emirlerine uymakla beraber, vereceği hükmün adâlete en yakın olmasına, lüzumsuz şiddette bulunmamasına, kötü neticeler doğurmamasına hâl ve şartlara şeraite tamamen ayarlanmış olmasına dikkat edecektir. Bu şekilde vereceği karar indi ve keyfî olmaktan kurtulur ve objektif bir mahiyet alır²¹².

Kanımızca, hakkaniyet kavramı adâletin denkleştirici özelliğini hafifleten bir nitelik taşımaktadır. Örneğin hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde bir değerlendirme yapılırsa şu sonuca varılabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayanların, haksız fiillerinden sorumlu olmaması adâlete uygundur, buna karşın ayırt etme gücüne sahip olmayan bir zengin bir kişinin fakir bir kimseye verdiği zararlardan sorumlu tutulmaması ise, hakkaniyete uygun değildir, buna karşın adil olabilir. Bu nedenle, hakkaniyetin, adâletin sertliğini ortadan kaldıran bir nitelik taşıdığı söylenebilir.

kanun koyucunun kanunda öngördüğü bir değer vardır. Hakkaniyet şeklinde bir çözüm, hâkimin kanun koyucunun öngördüğü veya kuralın savunduğu değerden bazen ayrılmasını ve somut gerçeğin doğrultuda çözüm aramasını gerekli kılar. Bu uğraşta, sosyal hayatın sürekli değişen yapısının ve ilişkilerinin de hâkimi etkilemektedir. bkz. **GÜRİZ**, s.20.

²¹⁰ **EDİS**, s.218; aynı yönde **VELİDEDEOĞLU**, s.200; Mumcu ise, doktrinde yapılan hakkaniyet (hak ve nisfet) kavramı üzerinde yapılan tartışmaların abartılı olduğu, hakkaniyet (hak ve nisfet) kavramının, adâlet duygusuna, hukuka uygun, ölçülü ve vicdanın sesine uygun” anlamını taşıdığını belirtmektedir. **MUMCU, Ahmet**: “Günümüzde Türk Hukuku Uygulamasında Adâlet Kavramının Yeri”, Adâlet Kavramı, Ankara 1994, s.107.

²¹¹ **HATEMİ**, s.69.

²¹² **SAYMEN**, s.158; Öktem/Türkbağ da, adâletin, özüne en uygun uygulama hakkaniyettir demekte ve salt doğru, salt adâlet olayların ayrıntıları içinde ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, hâkimin tek başına hakkaniyete dayalı kararı, hukuk güvenliğine aykırı olduğu ve keyfiliğe yol açacağı, bu nedenle yasada alt ve üst sınırlar içinde hâkimin yetkisi sınırlandırılmalıdır. **ÖKTEM/TÜRKBAĞ**, s.71.

IV. Roma Hukukunda Hakkaniyet Kavramı: aequitas

Romalıların Yunan halkı ile olan ilişkileri sonrasında, Stoacı okulun, Roma hukukunda etkili olduğu görülmektedir. Bu özellikle Stoacıların, doğal hukuk kavramının Roma hukukuna uygulanmasını sağlamasıyla gerçekleşmiş ve pozitif hukuk kurallarının uygulanmasından doğması muhtemel haksızlıkların önlenmesinde, hakkaniyet (aequitas) kavramına başvurulması sağlanmıştır. Buna karşın, Roma hukukunda hakkaniyet kavramına değişik anlamların yüklendiği görülmektedir²¹³. Bu nedenle aşağıda Roma hukukundaki hakkaniyet kavramının incelenmesinde fayda vardır.

A. İus Aequum'un Meydana Gelmesi

Hakkaniyet ilkesinin Roma hukukunda etkili olmasının sebepleri Roma devletinde meydana gelen politik değişimler ile Roma halkında oluşan psikolojik değişimlerdir. Puniken savaşıdan sonra, yabancı memleketlerle özellikle de felsefe bilimi ve kültürü açısından gelişmiş Yunan devletleri ile olan ilişkiler, Roma devletinde büyük siyasî ve kültürel, ekonomik ve toplumsal değişimlere neden olmuştur. Diğer yandan bu etkileşim ile gelişmiş pazarlarda ticaret ve para piyasasındaki ihtiyaçları karşılamak ve bu amaç doğrultusunda ahde vefa ilkesi ile (fide) ve hakkaniyet (aequitas) ilkelerinin çerçevesinde oluşan hukukî güvenceyi oluşturmak, Roma devletinde, özel hukukun ve usûl hukukunun tümden gözden geçirilmesine yol açmıştır²¹⁴.

Bununla birlikte Romalılar, Yunanlılara ait olan bu kuralları kendi hukuklarına almayı, bunun uygulanmasını hukukî uyumsuzlukları çözmeye yetkili magistratlara bırakmışlardır. İşte bu dönemde “aequitas” kelimesi magistratların yeni bir hukuk yaratmada kullandıkları bir kavramdı. Bu şekilde, daha önceki özel hukuk sistemine yabancı olan bazı talepler tanınmaya başlanmıştır. Bunlardan en önemlisi

²¹³ GÜRİZ, s. 179.

²¹⁴ HENF, s.42; KASER, § 2 II 2a; RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.28. Roma Medeni Hukuku (ius civile) katı, sert ve teknik bazı özellikler taşıyordu. Bu hukuk, süratle gelişen Roma toplumunun ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak kalıyordu. İşte Roma hukukunda, aequitas (hakkaniyet) kavramı, önce ius gentium'a dahil edilmiş ve daha sonra Roma hukukuna geçmiş ve hukuk uygulamasında önemli rol oynamıştır. bkz. GÜRİZ, s.19.

“bona fidea iudica” kavramı olup, borçlunun borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralları çerçevesinde davranması gerektiği esastır²¹⁵.

XII levha kanunları, birtakım itiraz ve eski hâle getirme gibi (aynen tazmin) kurumlarıyla daha önce bulunan sert durumundan yumuşatılmıştır²¹⁶. İus praeterium yada ius honararium olarak adlandırılan bu hâkimler hukukunun, ius civilenin aksine, mevcut (maddî) hukuk içinde yer almamıştır. Bu durum, Romalıların XII levha kanunlarına olan bağlılığına bağlanabilir²¹⁷. Bu bağlılıkta, milliyetçi duygular ve yeni bir hukukun kabul edilmesinin halkın hukukî anlayışında negatif bir durum yaratacağına ilişkin politik düşünceler etkili olmuştur²¹⁸.

B. aequitas’ın Görevleri

Hakkaniyet hukukunun Roma hukukuna neden kabul edildiği konusunda bir araştırma yapılması hâlinde, aequitas’ın Aristoteles’teki epikea gibi, varolan kanun veya örf, adet normunu yorumlayarak somut olayın özelliklerine göre uygulamak olduğu görülecektir. Cicero’ya kadar uzanan “summum ius summa iniura” (en yüksek kanun en adâletsiz kanundur) olarak ifade edilen kavram, Romalı

²¹⁵ HENF, s.42; JOACHIM, s.20; KASER, § 33 IV 3; Roma Hukukundaki aequitas’ın İngiliz hukukundaki karşılığı “equity” oluşturmaktadır. İki kavram arasında şu şekilde farklar vardır. Roma’da, aynı mahkeme hem ius civile, hem ius praetorium hakkında hüküm verebildiği hâlde İngiltere’de common law ve equity için değişik mahkemeler vardır. Bu kapsamda İngiliz Hukukunda olduğu kadar, aequitas, Roma praetor hukukunda temel kavram olmamıştır. bkz. İMRE, s.81, dpn.10; ayr. bkz. JOACHIM, s.43 vd.; RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht) s.31 vd.; HENF, s.57; common law, sistemi eskiden katı bir hukuk sistemi özelliğini taşımaktaydı. Common law yoluyla, hakkını elde edemeyenler, bir dilekçeyle krala başvurabiliyordu. Bu dilekçeler, krallık divanı üyeliği görevini ifa eden Lord Chancellor’a kral tarafından gönderiliyordu. Lord Chancellor, adâletin gereği olarak yapılması uygun olan işlemi tespit ediyordu. Bu uygulama sürecinde, önemli yetkilerle donatılmış olan Lord Chancellor, aslında uyumsuzluğu kendi vicdanına göre çözmek için çaba harcıyordu. Zamanla gelişen bu uygulama, 18. yy.da equity hukuku, common law gibi bir hukuk sistemi özelliğini kazanmıştır. 1875 yılında ise, common law ve equity law davalarına bakan mahkemeler birleştirilmiş ve böylece anglo sakson sistemin oluşmasında büyük paya sahip olmuştur. bkz. GRAMSCH, s.21 vd.; GÜRİZ, s.19.

²¹⁶ XII levha kanunları bilindiği üzere katı nitelikte kanunlardan oluşmaktaydı ve borçlunun şahsının sorumluluk hâli, yani borçlunun bedenin icraya konu oluşturması bakımından bugünkü düşünce açısından zalimane bir intiba bırakmaktadır. bkz. SCHWARZ/RADO, s.93.

²¹⁷ Praetorlar hukuku (ius honararium) konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SCHWARZ/RADO, s.117 vd., KOSCHAKER/AYİTER, s.11 vd.

²¹⁸ RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.28; SCHMÖLDER, s.86; HENF, s.42-43.

hukukçuların da kazuistik bir yasanın, geniş uygulama alanı çerçevesinde her zaman adil çözümler üretmeyeceğini ortaya koymaktadır²¹⁹.

Praetorlar, bu şekilde kanunu, adâletli bir şekilde yorumlayarak adâletsiz kararların çıkmasına engel olmaya çalışmışlardır. Bu yoruma rağmen adâletli bir çözüme ulaşılamaması hâlinde kendileri hukuk yaratma yoluna gitmişlerdir. Bu yorumu yaparken praetorlar kararlarını, kanunun lafzına göre değil, Aristoteles'in belirttiği şekilde, kanun koyucunun asıl amacı doğrultusunda veya tarafların çıkarları doğrultusunda vermişlerdir²²⁰.

Çıkış noktasının ve yorum biçiminin aynı olmasına rağmen Roma hukukunda yer alan *aequitas* kavramı, Aristoteles'in hakkaniyet kavramıyla önemli farklar taşımaktadır. *Aequitas*, *epikeia*'daki gibi somut olayda yasanın, adâletli olarak uygulanmasında düzeltici bir araç olarak kullanılmaktayken, bununla sınırlı kalmamaktadır. *Aequitas*, istisnâ olarak uygulanan bir ilke olmayıp, özel bir şekilde düzenlenen hakkaniyet normlarının bir kaynağı olarak görülmektedir: “*ius strictum*” karşısında başlı başına bir “*ius aequum*” olarak bulunmaktadır²²¹.

C. “*aequitas*” Kavramına Yüklenen Değişik Anlamlar

Aequitas kavramı Roma hukukunda popüler bir kavram olarak dönemin hukukçuları tarafından bilinçsizce kullanılmıştır. *Aequitas* kavramının uygulama alanının gelişmesi, anlamını da genişlettiğinden kavramın, içeriksel olarak kesin bir biçimde tanımlanmasını ve diğer kavramlardan sınırlandırılmasını neredeyse imkânsız kılmıştır²²².

²¹⁹ JOACHIM, s.20-21.

²²⁰ RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.23; HENF, s.43-44.

²²¹ HENF, s. 44; ayr. bkz. JOACHIM, s.23 ayr. bkz. 41vd.; RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht) s.30; İhtiyaca cevap vermeyen bir kural, içtimâî hayatın çok dar bir mülâhazasına dayandığını göstermiş olur (*ius strictum* = dar hukuk) ve o zaman hukuk düzeni inkişaf ettiren kuvvet olması itibariyle *aequitas ratio* = adâlet anlayışı, adâlet duygusu, onun üzerinde ve ona hakim olarak meydana çıkardı. Diğer yandan, İustinianius hukukunda *ius strictum* karşısında *aequitas*, kendi başına müstakil bir hukuk düzeni gibi, safi iyilik ve yumuşaklıktan ibaret özel bir hukuk niteliğine bürünerek ayrı bir anlam kazanmıştır. Sonuç olarak *aequitas*, eski hukuk bilinci (şuuru) karşısında yeni bir hukuk duygusundan ibaretti. bkz. DI MARZO, s.24; ayr. bkz. ENNECCERUS/NIPPERDEY,306.

²²² HENF, s.44; aynı görüşte, JOACHIM, s.18.

Aristoteles'ten aksine, Romalı hukukçular hukuk (ius) ile hakkaniyet kavramını (aequitas) birbirinin karşısı ve tamamlayıcısı olarak değil de, aequitas'ı hukukun bir ilkesi olarak görmektedir.

Diğer yandan aequitas, yazılı olmayan hukuk kuralları içerisinde yada “mater iuris” olarak iustitia ile bir görülmekteydi. Iustitia, pozitif hukuku yaratırken, aequitas ius formuna, yani “aequitas scripta” hâline getirilmekteydi. Aequitas'a ilişkin bu yorum tarzı Cicero'ya kadar uzanmakta ve daha sonra Glossatorların²²³ hukuk teorilerinin temeli olarak da görülmüştür. Böylelikle, hukuk ve hakkaniyet kavramları, birlikte “suum cuique”²²⁴ ulaşan adâletin temel sütunları olarak görülmekteydi. Bu görünüm digesta'nın birkaç kez tekrarlanan cümlesinde de görülmektedir: “ius est ars boni et aequi”^{225 226}.

Aequum, iustum ve legitimum ifadelerinin her biri, esas itibariyle adâlet duygusunu belirtmek istemektedir. Buna rağmen bu kavramlar arasında bir ayırım yapılarak “iustum”un pozitif hukuku, yani mevcut hukuku ifade ettiği, “legitimum” ise kamu hukukunu ifade ettiği, “aequum”un ise adâlet duygusunu ifade ettiği ileri sürülmektedir²²⁷.

Daha klasik zamanlarda aequitas'ın görevi, içerdiği bağlayıcı ve adâlet değeri ile, katı biçimde olan arkaistik hukuka karşı ve ius civile'nin sertliğini aşmak olduğundan, benignitas (lütuf), humanitas (insanlık), clementia (yumuşak, hafif) veya

²²³ İtalya'nın Germen kavimleri tarafından 5. yy.da işgal edilmesi sebebiyle, corpus Iuris Civile tamamen unutulmuştu. Bu açıdan Roma hukuku yaklaşık olarak 550 yıl boyunca karanlık içinde kaldı ve ancak 11. yy.da Glossatorlar okulu tarafından yeniden ele alınmış ve parlak bir yaşama kavuşturulmuştu. Glossator okulunun kurucusu Irnerius'tur. Hocaların corpus iuris Civiles için yaptıkları incelemelerinde aldıkları notlar, yaptıkları açıklamalara vb. Glossa denildiği için bu hocalara Glossator adı verilmekteydi. bkz. **KOSCHAKER/AYİTER**, s.35-36; Glossatorlar'ın, hakkaniyet konusundaki yorumları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **JOACHIM**, s.35 vd.; ayr. bkz. **JANSEN, Nil**: Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik ausserverträglicher Ansprüche auf Schadenersatz, Tübingen 2003, s.242 vd.

²²⁴ Cicero bu şekilde adâleti “herkese hakkını (ait olanı) vermek” olarak tarif etmektedir. Cicero officii I, 5, 15; bkz. Wörterbuch der Antike, Stuttgart 1976, (Kröners Taschenausgabe: Bd. 96) Achte, verbesserte und ergänzte Auflage (bkz. suum cuique).

²²⁵ Dig. 1.1.1. pr.

²²⁶ ius est ars boni et aequi = Hukuk, iyi ve adil olma sanatıdır. **HENF**, s. 45; **JOACHIM**, s.24.

²²⁷ **HENF**, s.45.

pietas (yumuşaklık veya af) kavramlarıyla, yumuşaklık (Milde) ve (Schonung) merhamet veya affetme gibi kavramları içinde barındırdığı bulunduğu söylenebilir. Bu kavramlar, iustitia (adâlet) kavramında da olduğu gibi, eş anlamlı olmadıkları hâlde çoğu zaman aequitas ile bağlantılaştırılmış veya onun yerine koyularak kullanılmıştır²²⁸.

Bununla birlikte, belirtilen bu kavramlar, aequitas'ın temel unsuru olarak görülmemekteydi²²⁹. Somut olayın özelliğine göre, aequitas'ın anlamı, bazen merhamet karakterine sahipti, bazen de belirli şartlar altında aequitas'ın utilitas (yararlılık) anlamını ile bir tutulduğu görülmekteydi²³⁰.

Diğer yandan eşitlik kavramı da aequitas ile aynı anlamda kullanılmıştır. Eşitlik kavramının esas itibariyle aequitas kavramının oluşumunda başlangıç noktası olarak yer almaktadır²³¹.

Bu şekilde, hukuk literatüründe ve mahkeme kararlarında aequitas'a, değişik içeriklere sahip olacak şekilde anlamlar yüklenmişti. Buna örnek olarak, kişinin işlem ve eylemlerinin sonuçlarına katlanması ve özellikle sözleşmeye uygun davranması gerektiği, yabancı bir kusurun ne bir yarar ne de bir zarar oluşturabileceği, yardıma muhtaç kişilerin korunması gerektiği, haksız kazançların denkleştirildiği veya tarafların lehine veya aleyhine olarak taraflar arasında dağıtılacağı hep aequitas'ın gereği olarak yapılacağı belirtilmiştir²³².

Yorumlayıcı veya tamamlayıcı olsun, mahkeme kararlarında görüldüğü gibi, devletin oluşturduğu hukuktan bağımsız olarak toplum tarafından kabul gören bir

²²⁸ **JOACHIM**, s.22-23; **HENF**, s.46; **FROSINI**, s.184.

²²⁹ **GRAMSCH**, s.32; **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.48 vd.; **HENF**, s.45.

²³⁰ **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.27; **HENF**, s.46; **KASER**, § 36 III, 5. s. Romalılar hukuku, özel ve genel utilitas = faydaya ilişkin kuralların heyeti umumiyesi olarak telakki ediliyorlar ve hukukun amacını bonus et aequum (iyi ve adil) yani herkesin menfaatlerinin adil bir şekilde korunması olarak kabul ediyorlardı. İşte bu utilitas ile bonum et aequum unsurlarının birbiriyle imtizacı Romalılarda hukuk kavramının esasını oluşturmaktaydı. Bununla birlikte, hukukun amacı olan "fayda" dahi, hukuk kuralının ve uygulamasının adilane, yani daima genel hukuk duygusuna uygun olmalarını dilerdi. Bunu Romalılar, etimolojisi eşitlik, dolayısıyla adâlet demek olan aequitas, aequus = eşitlik, adil terimleriyle ifade ederlerdi. bkz. **DI MARZO**, s.23-24.

²³¹ **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.3; **HENF**, s. 46.

²³² **RÜMELIN**, (Die Billigkeit im Recht), s.26; **SCHMÖLDER**, s.87; **HENF**, s. 47.

düzenin bulunduğu ve kanunun buna izin verdiği ölçüde mahkemeler tarafından bu düzenin uygulanması gerektiği düşüncesi vardı. Diğer yandan digestalarda²³³ bir kanun hükmünün veya bir hukuk normunun genel bir hakkaniyet oluşturacağı hususunda kanaat getirildiği ve bunun da halk tarafından kesinlikle destek bulabileceği inancının var olduğu hâllerde bir naturalis aequitas, yani doğal hakkaniyetin var olduğu düşüncesi hakimdi. Bu ifade bugünkü hukukumuzda “doğası gereği” (Natur der Sache) adını almaktadır²³⁴.

Daha sonra kanonist hukukta ortaya çıkan ve pozitif hukukun da üstünde yer alan doğal hukukun düşüncesi ile, hâkimin kanuna aykırı olarak da karar verebileceği Romalı hukukçulara yabancıydı²³⁵.

Ius civile açısından bakıldığında ise, genellikle aequitas’ın hüküm boşluklarını doldurmakla kullanıldığı görülmektedir²³⁶.

Roma hukukunda ancak sonraki zamanlarında, doğu okul doktrininde aequitas kavramından, hâkimin, ius strictum’un ius aequum’a aykırı olması hâlinde ius aequum’a öncelik tanındığı ve bu şekilde verilen kararın hakkaniyetli olduğu kabul edilmektedir. Bu gelişme, klasik okul doktrininin ius naturale’nin sadece ideal hukuk olarak değil, hakkaniyetin esas itibarıyla, geçerli düzeni oluşturduğu ve tanrısal adâletten (aequitas, iustitia) doğduğu kabul edilmiştir²³⁷.

V. Hakkaniyet Kavramının Tanımı

Yukarıda anlaşılabacağı üzere, hakkaniyet kavramı konusunda şu âna dek kesin bir tanım yapılamamıştır. Bununla birlikte kanımızca, Aristoteles’ten gelen ve hakkaniyeti, “doğru olan hukukun uygulanması” şeklindeki tanım, hakkaniyeti en iyi ifade eden tanımdır.

²³³ Örneğin; Dig.13. 5, 1.1; 2, 14, 1.1; Dig. 44 1.1; Dig. 43, 26, 1. 2 § 2; Dig. 12, 4 1. 3; Dig. 38, 8, 1.2; Dig. 38, 16, 1.1 § 4; Dig. 37, 5. 1.

²³⁴ HENF, s.47

²³⁵ HENF, s. 47-48.

²³⁶ RÜMELIN, (Die Billigkeit im Recht), s.26; HENF, s. 48; KASER, § 3 I 1.

²³⁷ HENF, s.48; KASER, § 3 III 3d.

Bununla birlikte, hukukî anlamda hakkaniyet kavramından bahsedilmesi hâlinde, esas itibariyle, hukukun adil bir şekilde uygulanmasından bahsedilmektedir. Bu nitelikte, belirlenen kuralın, formüle edilen kanunun ve onun uygulanması söz konusudur. Bu anlamda, “hakkaniyet ve hukuk kavramları”nın, uluslararası hukukçular tarafından adâletin genel ilkelerinden olduğu kabul edilmektedir²³⁸.

Bu anlamda kanımızca da hakkaniyet, hukukun adil bir şekilde uygulanması sorunudur ve doğru olan hukukun uygulanmasıdır. Hâkim, doğru olan hukuka ise, vicdanî kanaati çerçevesinde ulaşacaktır; ancak bunu yaparken, sübjektif etkilerle hareket etmeyecek, objektif olarak, kanun koyucunun amacını (ratio legis) yorumlayacak, tarafların menfaatini ve toplumun kanaatini de dikkate alarak en adil sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Başka bir ifadeyle “makul olanı” uygulamaya çalışacaktır. Bu şekilde de hakkaniyetli davranabilecektir. Anılan ifadelerden, hakkaniyetin, aslında adâletin sağlanmasına yönelik bir araç olduğu söylenebilir. Bu şekilde, hakkaniyet adaleti ılımlı yaptığı söylenebilir. Zira, adalette eşitlik esastır ve adâlet geneldir; ancak ilkelerle ilgilenir. Oysa, hakkaniyet, bir olayın özel durumlarıyla ilgilenir ve iyilikçi tutumuyla, adâletin eşitlik ilkesini bozabilir. Başka bir olayın gerektirdiği özel şartlar önünde, hakkaniyet özel durumları göz önünde tutar ve böylece hukuk kuralının katılıklarını yumuşattığı söylenebilir²³⁹.

²³⁸ “the majority of international lawyers seem to agree that these words – law and equity – are to be understood to mean general principles of justice”. bkz. **GRAMSCH**, s. 25.

²³⁹ bkz. **DİNÇKOL**, s.180.

İKİNCİ BÖLÜM
AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU

§ 5. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HAKKANİYET
SORUMLULUĞU VE DİĞER HAKKANİYET SORUMLULUKLARI

I. Genel olarak

Hakkaniyet, tazminat hukukunda dayandırılan genel nitelikteki ilkelerden biridir. Gerek hukuk dilinde, gerekse genel konuşma dilinde sık olarak bir konunun hakkaniyete uygun veya aykırı olduğundan bahsedilir. Bununla birlikte hakkaniyetin ne olduğu konusu üzerinde durulması gereken bir konudur. Hakkaniyet kavramı, daha evvel görüldüğü üzere, esas itibariyle hukuk felsefesine girmekle beraber, biri genel, diğeri tazminat hukukuna ait olmak üzere özel iki anlamı daha vardır²⁴⁰.

Hakkaniyet kavramı, değişik kanunlarda olduğu gibi²⁴¹, Medeni Kanununun²⁴² ve Borçlar Kanununun değişik maddelerinde kullanılan hakkaniyet kavramının açıklanması bu açıdan önem taşımaktadır.

II. Hâkimin Hakkaniyet Çerçevesinde Karar Vermesi (MK.md.4)

Hakkaniyet kavramının tarihsel boyutlarda hangi aşamalardan geçtiği yukarıda incelenmişti. Genel itibariyle, hakkaniyetin “doğru olan hukukun uygulanması” şeklinde tanımlandığı, ayrıca hakkaniyetin, bir norm boşluğunun bulunması hâlinde devreye gireceği kabul edilmekteydi²⁴³.

²⁴⁰ bkz. § 4, I.

²⁴¹ Diğer yandan, Türk Ticaret Kanununun 169. maddesi, 360. maddesi; 1035. maddesinde hakkaniyet kavramı geçmektedir.

²⁴² Medeni Kanunun, şu hükümlerinde “hakkaniyet” kavramı geçmektedir: md.176; md.227; md.230; md.236; md.249; 251; md.252, md.254; md.304; md.305; md.355; md.365; md.674; md.691; md.745; md.753; Borçlar Kanununda ise, şu hükümlerde “hakkaniyet” geçmektedir: md.26; md.29; md.39; md.44; md.52; md.54; md.332; md.336; md.347; md.349; md.367; md.514; md.517.

²⁴³ bkz. § 4, II vd.

İşte bu düşüncenin bir yansıması olarak, Medeni Kanununun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi, kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile, Medeni Kanunumuz, hâkime belirli hâllerde, geniş bir takdir yetkisi, hatta kanun boşlukları doldurmak konusunda hukuk kuralı koymak (hukuku yaratmak) yetkisi vermektedir²⁴⁴. Bu durumlarda, hâkim, Medeni Kanununun 1. maddesinin birinci fıkrasına göre, kanunu, sözü ve özüyle uygulamalıdır; kanunda bir boşluk bulunması hâlinde, hâkim, örf ve âdet kuralını, bu da yoksa, kendisi kanunkoyucu gibi hareket ederek hukuk kuralı koymakla görevlidir. Bunu yaparken de, doktrin ve mahkeme içtihatlarından faydalanacaktır (TMK md.1/3).

Diğer yandan Medeni Kanununun 1. maddesi, aynı kanunun 4. maddesi ile tamamlanmıştır. Buna göre, “kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir²⁴⁵”.

²⁴⁴ Türk hukukuna göre hâkim, kendisine sunulan meselelere adâlete uygun bir çözüm bulmak ve maddî hayatın değişiklikleri ile bozulan dengeyi yeniden kurmakla görevlidir. Bu şekilde hukuk, mahkeme içtihatları aracılığı ile, gelişme imkânı bulacaktır. Kanunkoyucu bazen bilerek ve isteyerek, bazen de bilmeyerek, yani sonradan meydana gelen iktisadî ve sosyal sebeplerle oluşan kanun boşluklarının, mahkeme içtihatlarıyla aracılığıyla doldurulması esas ve kuralını kabul ederek, fikirlerin gelişmesine ve modern hayatın isteklerine uyulmasını sağlamaya yönelik açık bir kapı ve imkân yaratmıştır. bkz. **İMRE, Zahit**: “Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk Var mıdır?)”, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), C.LV, S.4, İstanbul 1997, s.154 ve 155; Bu hükmün adâlet anlayışını gerçekleştirme açısından çok büyük bir adım olduğunu; yaşamızın sıkı sıkıya kelimelerle sınırlanmış hukuk uygulamasını büyük ölçüde genişlettiğini, hâkimin bu yetkisini kullanırken elbette genel hukuk kurallarına dikkat etmesi gerektiğini belirtmiştir. Hâkim, bunu yaparken, büyük ölçüde “doğal hukukçu” olacak, vicdanı ile, yani adâlet duygusunun doğduğu yerle başa kalacaktır. bkz. **MUMCU**, s.106.

²⁴⁵ Yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisinin 4. maddesi bu durumu, “hâkim hak ve nisfete göre karar verir” şeklinde ifade etmiş, bununla birlikte, bu kavram “hakkaniyete göre karar verir” şeklinde yorumlanmaktaydı ve doktrinde “hak ve nisfet” ibaresi çoğu kez eleştirilmekteydi. bkz. **İMRE**, (İktisadî Mesele), s.156; Medeni Kanununun İsviçre’den alınmasının sebeplerinden biri, kıta Avrupası hukukunda alışagelmışin de ötesinde esnek ve akılcı bir yapıya sahiptir. Esnekliğin söz konusu olabilmesi için pek çok konuda kesin, açık hükümler koymak yerine, bunları, durumun gereğine göre yasa, geniş zaman süreci içinde benimsenip özümlemesi kolay bir duruma gelir, halkça da yabancılaşmadan kabul edilebilir. Bu yönde Borçlar Kanununun 47. ve 54. maddesinde olduğu gibi, pek çok konunun çözümü hâkime bırakılmıştır. **SAYMEN**, s.36; **MUMCU**, s.106-107.

Madde metninden anlaşıldığı gibi hâkime, ya bizzat kanunun tanındığı hâllerde veya söz konusu somut olayın (durumun) gerekli kıldığı hâllerde veya haklı sebeplerin bulunduğu durumlarda hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmiştir.

Medeni Kanununun ve Borçlar Kanununun birçok maddelerinde hâkime, hakkaniyete göre kullanılmak üzere, birçok maddelerinde takdir hakkı tanınmıştır. Hâkime tanınan takdir yetkisinin bulunduğu kanun kuralları, Medeni Kanununun 4. maddesinde üç grup içinde toplanmıştır.

İlkin, kanunun, hâkime takdir yetkisini açıkça verdiği veya hâkimin hakkaniyete göre karar vermesini doğrudan doğruya belirttiği hâller girmektedir. İkinci olarak, kanunun bir çok maddelerinde, hâkimin somut olayın özelliklerine göre karar vermesini açıklayarak, takdir yetkisi verdiği hâllerdir. Bu grubun içine, kanun maddelerinde “edebilir veya yapabilir” gibi ihtiyar ifade eden hükümler girmektedir. Son olarak, hâkimin muhik (gerekli) sebeplerle (önemli ve haklı sebeplere) dayanarak karar vermesi gereken hâllerdir²⁴⁶.

Hâkim, kararını verirken hakkaniyet kurallarıyla çelişmeyen bir çözümü bulmak zorundadır. Bu bakımdan, hakkaniyet kuralları, yargıcın takdir yetkisinin kullanılmasını sınırlamaktadır. Hâkimin kararı, objektif ve maddî sebeplere dayanmalıdır. Zira hakkaniyet alanında özel menfaatin, sırf sübjektif ölçülerin yeri yoktur; hatta insanlık mülahazaları da göz önünde tutulamaz²⁴⁷.

²⁴⁶ İMRE, (İktisadi Mesele), s.166-167.

²⁴⁷ Alman hukukunda insanlık ve yardım mülahazalarının hakkaniyete dayanan kararlarda da etkili olması yolunda bir eğilim gözlemlendiği ileri sürülmektedir. bkz. **ENECCERUS/NIPPERDEY**, s.306; **EDİS**, s.219; Hakimin takdir yetkisini sınırlayan hususlardan biri, onun sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, mevcut hukukî kuralların, yasaların sınırlarını aşamamasıdır. Hâkim, kendi yetkilerini, kanun koyucunun hukukî kurullarla çizdiği sınırlar içinde ve onların hükümlerine saptadığı esaslara, yasaların gayesine, maksadına tamamen uygun olarak kullanmak zorundadır. Diğer yandan hâkim sahip olduğu serbest hareket yetkisini kullanırken, hakkaniyete uygun davranma zorunluluğu gibi bir ilkeyle daha bağlıdır. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, dışarıdan hukuk kuralları ile bağlı olduğu gibi, içeriden de yerine getirdiği görevin yapısından, niteliğinden, amacından doğan “hakkaniyet” gibi bir iç direktifle sınırlanmış ve bağlı kılınmıştır. Bu nedenle hâkim, takdir yetkisini kullanırken, keyfî hareket etmemelidir. bkz. **DİNÇKOL**, s.179.

III. Hakkaniyet Sorumluluğu

A. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Olanların Verdikleri Zararların Giderilmesi (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı)

Hakkaniyet sorumluluğu denildiğinde esasen, çalışmamızın konusunu oluşturan ve Borçlar Kanununun 54. maddesinde yer alan düzenleme kastedilmektedir. Bu nedenle bu konu üzerinde çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bilgi verilecektir. Dolayısıyla, tekrardan kaçınmak amacıyla, burada Borçlar Kanunu tasarısı ile getirilen önemli değişikliklerden bahsedilmesi yerinde olacaktır.

Borçlar Kanunu Tasarınının 64. maddesine göre, “Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararı, uygun biçimde gidermesine karar verebilir” şeklinde düzenlenmektedir. Diğer yandan aynı maddenin ikinci fıkrasında da, “Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır” şeklinde düzenlemesiyle hakkaniyet sorumluluğunu ayırt etme gücünden yoksun kimselere de uygulanacağı hükmü getirilmektedir.

Tasarıya bakıldığında hakkaniyet sorumluluğunun, sorumluluğu ortadan kaldıran tüm sorumluluk hâllerine uygulanacağı sonucu çıkarılabilir. Buna göre, artık sadece ayırt etme gücünden yoksunluk sonucunda meydana gelen hâllerle sınırlı olmaksızın, zarar gören ile zarar veren arasında ekonomik durumları karşılaştırıldığında, hakkaniyet sebeplerinin gerektirmesi hâlinde bir sorumluluk doğabilecektir. Başka bir ifadeyle, zarar verene herhangi bir kusur yüklenemediği diğer hâllerde dahi, hakkaniyet gerektirdiğinde bir hakkaniyet sorumluluğu doğabilecektir. Örneğin, kazaen, karşı tarafın bir zarara uğraması hâlinde, hakkaniyeti gerektiren sebeplerin varlığı hâlinde bir hakkaniyet sorumluluğu söz konusu olabilir. Böylece yeni Borçlar Kanunu ile hakkaniyet sorumluluğunun kapsamı genişletilmiş ve kusurun bulunmadığı diğer hâllere uygulanmasını kabul etmiştir.

Bu açıdan bakıldığında, sanki haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurlarının, yani illiyet bağı, hukuka aykırılık ve zararın bulunmadığı hâllerde, hakkaniyet sorumluluğuna gidilebileceği yorumu getirilebilse bile, bu yorum kabul edilemez. Bu husus, tasarının gerekçesinden çıkarılabilir. Tasarıda anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir: “Maddenin birinci fıkrasında, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür.” Görüleceği üzere, meydana gelen zarar sonucunda, bir kimseye kusur yüklenemezse, şartların varlığı hâlinde, hâkim hakkaniyet çerçevesinde bu kimseyi sorumlu tutabilir.

Böylece tasarının kanunlaşması hâlinde, zararverene herhangi bir kusur yüklenemese bile, uygun illiyet bağı, zarar ve hukuka aykırılık kavramlarının oluşması gerekmektedir. Bu nedenle, mücbir sebep hâlinde illiyet bağının bulunmaması gibi durumlarda hakkaniyet sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna karşın, umulmayan hâlde diğer şartların bulunmasıyla, hakkaniyet sorumluluğu mümkün olacaktır²⁴⁸.

B. Üçüncü Kişinin Hilesi Sonucu Diğer Tarafın Uğradığı Zararların Giderilmesinde

Borçlar Kanunumuzun 29. maddesinde, üçüncü kişinin hilesine maruz kalan borçluya, sözleşmeyi iptal etme yetkisi vermesine rağmen, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan kimsenin zararlarını hakkaniyet çerçevesinde gidermek zorunda kalabileceği düzenlenmiştir.

²⁴⁸ bkz. § 8, I, 5.

Buna göre, sözleşmede yer alan diğer taraf, üçüncü kişinin hilesini bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa, hakkaniyet gerektirdiği hâllerde, sözleşmeyi iptal eden tarafça zararların giderilmesini talep edebilecektir.

Borçlar Kanununun 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince hâkimin bir tazminata karar verebilmesi için öncelikle, bir akdin bulunması gerekir. Bunun dışında, sözleşmeyi iptal eden tarafın, sözleşmenin yapılması konusunda bir üçüncü kimse tarafından korkutulmuş olması gerekmektedir. Son olarak da bu korkutma sebebiyle sözleşme iptal edilmelidir. Bunun dışında, karşı akit, üçüncü kişinin korkutmasını bilmemesi ve bilmesi de gerekmemesi koşulu aranmalıdır.

Görüldüğü gibi, üçüncü kişinin hilesinden dolayı, kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyen kimseye, sözleşmeyi iptal yetkisinin verilmesiyle birlikte, tamamen olaylardan habersiz ve iyiniyetli olan diğer sözleşme tarafının uğradığı zararların hakkaniyet çerçevesinde giderilmesini öngörmüştür²⁴⁹. Buradaki tazminatın amacı da tamamen toplumsal adâlet düşüncesinden ortaya çıkmaktadır ve korunmaya muhtaç olan kimselerin korunmasına hizmet etmektedir. O hâlde, hâkim burada, hakkaniyet sebeplerinin varlığını araştırarak ve somut olayın özelliklerine göre, tazminatın kapsamını belirleyecektir. Bunu yaparken de hâkim, söz konusu tarafların malî durumunu, sözleşmenin iptalî ile tarafın uğrayabileceği olası zararları kapsamlı derecede tespit edecektir ve ona göre kararını verecektir (TMK.md.753).

C. Zorda Kalma Durumunda (Iztırar hâli)

Borçlar Kanununun 52. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kendisini veya diğerini zarardan, yahut derhâl meydana gelecek bir tehlikeden kaçınmak için başkasının mallarına zarar veren kimsenin, vermiş olduğu zararın ne kadarına katlanacağını, başka bir ifadeyle, tazminat miktarını ne kadar olacağını, hâkim, hakkaniyet çerçevesinde belirleyecektir.

²⁴⁹ EREN bu hususta, fedakârlığın denkleştirilmesinden bahsetmektedir. s.378 (bu durum,1999 yılı baskısında bulunmakla beraber, son baskıda yer almamaktadır); TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.451. ayr. bkz. aşağı. § 9, II, C.

Buna göre, bir kimse, kendi şahsını veya mallarını tehdit eden çok yakın bir tehlike içinde olmalı ve kendisini veya bir başkasını bu tehlikeden korumak üzere bir başkasının malına zarar vermesi gerekmektedir²⁵⁰. Bu hâllerde, bir başkasının malına verilen zararlardan dolayı, zararı veren kimsenin kusurlu davranışı olmadığı hâlde, meydana getirdiği zarardan dolayı hakkaniyet çerçevesinde sorumlu olacağı kabul edilmiştir²⁵¹.

Bununla birlikte dikkat edilmesi gereken husus, ıztırar hâlinin ancak eşyaya karşı meydana gelen zararlar açısından mümkündür. Şahısvarlığında meydana gelen zararlardan dolayı, ıztırar hâli söz konusu olmayıp tam bir tazminat sorumluluğu söz konusudur²⁵². Kusursuz sorumluluk hâllerinin kanuniliği, başka bir ifadeyle ancak bir kanun ile oluşturulabilmesi sebebiyle, ıztırar hâlinin şahısvarlığına karşı işlenen zararlı davranışları kapsamamaktadır. Bununla birlikte bu durum, ancak tazminatın belirlenmesi açısından bir indirim sebebi sayılabilecektir.

ıztırar hâlinde de, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyen kimseye, meydana getirdiği zararlı davranıştan dolayı bir tazminat yükü getirmektedir. Borçlar Kanununun 52. maddesinde hâkimin hangi hâllerde bir tazminata karar vereceği ve bunun miktarının ne olacağı konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. İşte bu hâlde, hâkim yine tarafların malî durumu verilen zararın niteliği, tehlikenin boyutları gibi unsurları dikkate alarak bir karar verecektir.

²⁵⁰ Zaruret hâlinin oluşması için gerçekleşmesi gereken şartlar için bkz. aşağı. (§ 8, I, A, 1, c, ff)

²⁵¹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.488; **ULUSAN**, (Fedakârlığın Denkleştirilmesi) s. 309; bu sorumlulukta, mağdurun ıztırar hâlindeki bir kimsenin mallarına zarar vermesine katlanarak fedakârlık göstermek zorunda olmasına karşılık, ıztırar hâlinde zarar veren kimsenin de hukuka aykırı olmayan fiilinin verdiği zararı hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazmin ederek, ona uygun bir fedakârlıkta bulunması gerektiği esasına dayandığını belirtmektedir. bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s.608; buradaki hakkaniyet, hakkaniyet fikrine dayanmaktadır. Burada, kanun ıztırar hâlinde bulunan kimsenin başkasına zarar vermesi izin vermekle birlikte, bu zararın en adil bir şekilde karşılanmasını emretmekte ve tazminat yükümünü dağıtmaktadır. bkz. **SAYMEN/ELBİR**, s.453; Eren ise, burada bir nevi hakkaniyet veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin bulunduğunu ileri sürmektedir. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.571.

²⁵² Şahısvarlığına karşı meydana gelen zararlardan dolayı meşru müdafaa durumu da oluşmaz. Zira, meşru müdafaa tehlikeyi bertaraf eden fiil bizzat tehlikeyi yaratan kimseye karşı işlenmekle birlikte ıztırar hâli tamamen tehlikenin dışında üçüncü bir kimsenin malına zarar verilmesiyle oluşmaktadır.

Borçlar Kanununun Tasarısında ızdırar hâlinin hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller başlığı altında düzenlemiştir. Buna göre, zorunluluk sonucunda bir zararın doğması hâlinde 63. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkim hakkaniyet gerektiriyorsa, zarar veren kimseye, eylemi hukuka uygun olsa dahi bir sorumluluk yükleyebilecektir.

D. Yetkisiz Temsilcinin Kusurlu Davranışı Sonucunda Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararların Giderilmesinde

Borçlar Kanununun 39. maddesinin ikinci fıkrasında, haksız fiil olarak sayılmasa da bir hakkaniyet sorumluluğu kabul edilmiştir. Buna göre, yetkisiz temsilcinin kusurlu davranışı sonucu meydana getirdiği zararlardan dolayı, hakkaniyetin gerektirmesi hâlinde, menfi zarardan fazlasına da hükmedebilmektedir.

Buna göre, temsil olunan yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşmeye icazet vermemesi hâlinde, sözleşme kesin olarak hükümsüz hâle gelir. Diğer yandan temsilci de kendi adına hareket etmediği için sözleşmenin de tarafı olmaz. Bununla birlikte, temsilcinin yetkisiz olarak hareket etmesinden dolayı, üçüncü kişi (sözleşmenin diğer tarafı) bir zarara uğramış olabilir. İşte bu zararın karşılanması amacıyla, Borçlar Kanununun 39. maddesinin birinci fıkrasında, zarar gören kişiye bu zararını talep etme yetkisi verilmiştir. Öngörülen bu tazminat menfi zarara ilişkindir ve temsilcinin kusurlu olmasını gerektirmez. Diğer yandan Borçlar Kanununun 39. maddesinin ikinci fıkrasıyla²⁵³, temsilcinin kusurlu olması hâlinde ve hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim daha fazla tazminata hükmedebilir. Tazminatın sınırını ise, müspet zarar oluşturur²⁵⁴.

²⁵³ Borçlar Kanununun Öntasarısının 47. maddesinin ikinci fıkrasında aynı hüküm muhafaza edilmiş ve “temsilci gibi davrananın kusurlu olması durumunda hakkaniyet gerektiriyorsa diğer zararların giderilmesi de istenebilir” şeklindeki düzenleme getirmiştir.

²⁵⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.205; **EREN**, (Borçlar), s.416; **GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Bd., 6. Aufl., Zürich 1995, N.1420; **BECKER, Hermann**: Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art.1-183, Bern 1941, Art.39, N.7; **SUNGURBEY**, s.177; Federal mahkemeye göre, “...temsilcinin kusuru hâlinde hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa, onu daha önemli tazminata, özellikle sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminine mahkum edebilir.” Bu ifadeden de anlaşıldığı gibi, kusur hâlinde tazminatın, mutlaka bütün müspet zarar miktarınca olması zaruri değildir; daha az da olabilir. BGE 90 II 404. Yargıtay’ımız ise, doktrinde hakim olan eğilime uygun olarak fazla zarar tabirinden, akdın yerine getirilmemesinden doğan zararları,

Eren, buradaki, tazminatın niteliğini bir culpa in contrahendo sorumluluğu olarak kabul etmektedir. Zira, burada Medeni Kanununun 2. maddesi gereğince güven ilkesinden doğan özen yükümlülüğü, aydınlatma, bilgi verme borçlarının ihlâl edilmesinden doğan bir sözleşme sorumluluğunun olduğu ve dolayısıyla bu sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanması gerektiği fikrindedir²⁵⁵.

Kanımızca, burada, bir culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı söz konusu değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, culpa in contrahendo sorumluluğu, Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralından çıkarılmaktadır. Olayımızda, temsilcinin, sözleşmenin tarafı olarak kabul edilseydi, bu görüşe katılmamız mümkün olabilirdi. Ancak, Borçlar Kanununun 39. maddesi gereğince, sözleşmeye icazet verilmemesi hâlinde, artık sözleşme kesin anlamda hükümsüz sayılmakta ve temsilci de hiçbir şekilde sözleşmeyle bağlı olmamaktadır, zira hiçbir zaman sözleşmenin tarafı olmamıştır; ne sözleşme görüşmeleri sırasında, ne de sözleşmenin kesin olarak hükümsüz hâle gelmesinden sonra. Bu nedenle kanımızca, temsilcinin culpa in contrahendo'dan, yani sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğünden dolayı sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir.

Anılan sebeplerden dolayı, Borçlar Kanununun 39. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sorumluluk kanımızca da hakkaniyet sorumluluğu olarak kabul edilmelidir²⁵⁶.

E. Trafik Kazası Sonrası Yardım Faaliyetinde Bulunma

Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesinin dördüncü fıkrasına göre işleyen, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zararlardan da sorumlu

yani müsbet zararları anladığını belirtmektedir. bkz. YG. 4. HD. 31.12.1949 T. ve E.6717/7077 (ÖZTÜRK/ERULUÇ/AKÇOLLU/ŞENTÜRK, 4.HD. Emsal Kararları, Ankara 1959, s.19-20).

²⁵⁵ EREN, (Borçlar), s.416; ayr. bkz. von TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s.404; BECKER, Art.39, N.5; SUNGURBEY, s.134; OĞUZMAN/ÖZ, s.183.

²⁵⁶ Bu görüşte olup da, daha sonra tazminatı culpa in contrahendo sorumluluğuna dayandıran TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 499 ve s. 205.

tutulabilir. Ancak bu durumda işletenin sorumlu tutulabilmesi, kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yapılması gerekir.

Bu maddeye göre, işleten esasen birbirinden iki farklı hâlde sorumludur. Gerçekten, bu maddeye göre, işleten sorumlu tutulabilmesi için, ya da kazadan, kendisinin sorumlu olması, yani kazaya kendisinin sebebiyet vermesi veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yapılması gerekir. Burada işleten, Karayolları Trafik Kanunu 85. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında öngörülen şartlar dışında, kazadan sonra yapılan yardım çalışmaları nedeniyle yardım edenin uğramış olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur.

Kanunkoyucu, hâkimin, kaza sonrasında, kazadan kendisinin sorumlu tutulamayan kimseye yapılan yardım faaliyetlerinden dolayı, yardımda bulunanların bir zarara uğraması hâlinde, bunun giderilmesine karar verebileceğini öngörmüştür. Burada esas itibariyle aracın işletilmesiyle gerçekleşen zarar arasında çoğu zaman uygun bir illiyet bağı bulunmasa da, işleteni, hakkaniyet düşüncesiyle sorumlu tutmuştur²⁵⁷. Kanımızca menfaatler arasında bir dengenin korunması amacıyla sorumluluğun varlık ve sebebinin belirlenmesi yönünden hâkime, geniş bir takdir hakkı tanınması, öngörülen sorumluluk türünün de esas itibariyle bir hakkaniyet sorumluluğu olduğu sonucuna varmamızı gerektirir.

Karayolları Trafik Kanununun çerçevesinde hâkim, takdir hakkı içinde tazminattan indirim yapabilir, özellikle zararın doğum veya artmasında yardım edenin sebep olduğu durumlar varsa, hâkim bunları göz önünde tutabilir²⁵⁸.

F. Kaynaklara Zarar Verilmesi

Medeni Kanunun 757. maddesinin birinci fıkrasında, “önemli ölçüde yararlanılan veya yararlanmak amacıyla suyu biriktirilen kaynakları veya kuyuları kazı, yapı veya benzeri faaliyetler yüzünden kısmen olsun keserek ya da kirleterek

²⁵⁷ EREN, (Borçlar), s.668-669; OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2, Zürich 1972, s.551-552.

²⁵⁸ EREN, (Borçlar), s.669; OFTINGER, II/2, s.553.

malikine veya onda hak sahibi olana zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlü” olduğu düzenlendikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında, “zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü takdir eder” şeklinde düzenlenmiştir.

Anılan hüküm çerçevesinde, kaynak sahibi ve taşınmaz maliki, kaynağın kirlenmesine veya kesilmesine sebep olan kişiye karşı, tazminat davası açabilme yetkisi vermiştir. Ancak, zararın kasten veya ihmal şeklinde gerçekleşmemesi hâlinde; başka bir ifadeyle kusur olmadan bir zarar meydana gelmişse, tazminata hüküm verip vermeme ve bunun miktarını tespit etme bakımından, hâkime bir takdir hakkı verilmiştir²⁵⁹.

Kanımızca, burada söz konusu olan sorumluluk bir hakkaniyet sorumluluğudur. Buna göre, hâkim, somut olayın şartları çerçevesinde tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceğini araştırarak ve bunu yaparken, tarafların ekonomik durumları gibi sebepleri dikkate alacaktır.

§ 6. HAKKANİYET SORUMLULUĞUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Hakkaniyet sorumluluğun hukukî niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Sorumluluğun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda bu konudaki görüşler ortaya konulacaktır.

I. Kişisel Sorumluluk Teorisi

Kişisel sorumluluk teorisi, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin sorumlu tutulmasını, her insanın, kişiliğinin sonuçlarına katlanması gerektiği düşüncesinden hareket ederek açıklamaktadır²⁶⁰. Bu çerçevede, insanın varolma

²⁵⁹ **ERTAŞ, Şeref:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2006; Knr.2478.

²⁶⁰ Bu teorinin savunucuları, **BINDING, Karl:** Die Normen und ihre Übertretung : eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten es Delikts, Bd. II, 2.Hälfte, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Leipzig 1890, s.471; **CROME, Carl:** System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, Tübingen - Leipzig 1902, , s.1045; **HÖCHSTER, E.:** “Die Grenzen der Haftung Unzurechnungsfähiger”, Archiv für Civilistische Praxis Bd. 104, Heft 3,

ilkesinin sonucu olarak, herkesin bir kişiliğe sahip olduğu ve bu kişilik çerçevesinde, toplum içinde yaşamasından dolayı, bundan doğan sonuçlara da katlanması gerektiği ileri sürülmektedir²⁶¹.

Max Rümelin bu konuda bir tür yüklenebilirlik ehliyetinden (isnat kabiliyeti) bahsetmektedir. Sorumluluğa yol açan durum, fiilden dolayı oluşan yüklenebilirlik değil, normal insan tipinden sapan kişiliktir. Kanunun öngördüğü normal davranıştan sapma dolayısıyla doğan sorumluluk, kusur ilkesinden doğmaktadır²⁶².

Bu teoriye göre, zaten özel hukukta yer alan culpa, yani kusur kavramı, kişinin normal tipin sergilemesi gereken davranışı yapmamasıdır. Kusur kavramı, belirlenirken, ahlâkî ödevler ve kişinin irade ve zekâ noksanlıkları ile ruhsal durumları dikkate alınmamaktadır. Borç kavramının objektif unsurlarının tamamlanmasıyla borç ilişkisi doğmuştur; bunun bir çocuk veya akıl hastası tarafından gerçekleşmiş olup olmaması, bu açıdan önem taşımamaktadır. Önemli olan bu normal tipe ait davranıştan bir sapmanın meydana gelmesidir²⁶³.

Böylece, bu teoriye itibar edilecek olunursa, sorumluluk, makul suretle hareket etme kabiliyetine sahip olmayan kimseye de genişletilecek, başka bir ifadeyle, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler dahi sorumlu tutulabilecektir. Çocuklarda ve akıl hastalarında, varolan anormalite (normal dışılık) sorumluluğun doğmasında temel gerekçedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin bu durumu, kendisine bir kusur gibi isnat edilmektedir (yüklenilmektedir)²⁶⁴.

1909, s.429; **STROHAL, Emil**: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstück im 2. Teil des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs zum österreichischen Advocatentag von 1880, (u.a. Pfaff, Leopold / Randa, Anton) s.149; **HOMBERGER, Arthur**: “Haftpflicht ohne Verschulden”, ZSR, Bd.49, Heft 3, Basel 1930, s.4a; olarak sayılabilir. Ayr. bkz.; **BIENENFELD**, s.271.

²⁶¹ **RÜMELIN, Max**: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg, Leipzig 1896, s.67; **HÖCHSTER**, s.429; **RÜMELIN, Max**: Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910, s.18; ayr. bkz. **LEHNERTZ, Friedericke**: Zur Problematik des § 829 BGB, Bonn 1968, s. 29; **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.17.

²⁶² **RÜMELIN**, (Die Gründe), s.68; ayr. bkz. **SCHIRMER, Bernhard**: Der Anspruch aus § 829 BGB, Leipzig 1915, s.25.

²⁶³ **RÜMELIN**, (Schadenersatz ohne Verschulden), s.52; **SCHIRMER**, s.25.

²⁶⁴ **LEHNERTZ**, s. 30.

Bu görüşlere karşılık olarak şunlar söylenebilir. Öncelikle bu teori, adâlet duygularına hitap etmemektedir. Çocukların ve akıl hastalarının (daha doğrusu ayırt etme gücüne sahip olmayanların) bu özel durumları sebebiyle sorumluluklarında bir sınırlama getirilmek istenmiştir, yoksa bu durumlarından dolayı sorumlu tutulmaları gerekçe olarak gösterilemez²⁶⁵. Diğer yandan, zaten özel hukukta, bir sorumluluğun doğması için, zarar görenden hareket edilmekte ve kişinin normal bir davranışta bulunabilme yeteneğine sahip olmasına rağmen, bu tarz bir davranış sergilememesi hâlinde bir tazminat yükümlülüğü oluşur. Ancak, kişide bu yeteneğin bulunmaması hâlinde, bu kimsenin (ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin) korunması öncelikli olarak kabul edilecek ve zarar görene, olağan talep hakkı verilmeyecektir²⁶⁶.

Neticede bu teori, kusur sorumluluğun genişletilmesinden başka bir şey değildir. Diğer yandan kanun koyucu, hakkaniyet sorumluluğunu oluştururken bu durumdan hareket etmediği, esas amacı, burada ayırt etme gücünden yoksun olanları korumak ve sorumluluklarını ancak belirli bir sınırdan tutmak istemesi karşısında, bu teorinin hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini açıklamada kabul edilmesi mümkün değildir.

II. Tehlike Sorumluluğu Teorisi

Tehlike teorisi çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, bu anormallikleri sebebiyle bir tehlike yaratmaktadırlar ve bundan dolayı sorumlu tutulmalıdırlar. Bunun için, hukuka aykırı bir fiile ve farazi bir kusura ihtiyaç yoktur. Ayırt etme gücüne sahip olmayan insanların normal insan tipinden farklı olan hâlleri çevre için tehlikeli bir durum yaratır. Bu görüş çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseler bu sebeple, yani arz ettikleri tehlike sebebiyle sorumlu tutulurlar²⁶⁷.

²⁶⁵ SCHIRMER, s. 26.

²⁶⁶ LEHNERTZ, s. 29.

²⁶⁷ SJÖGREN, W.: "Zur Lehre von den Formen des Unrechts und Tatbestände der Schadenstiftung", Jherings Jb., Bd 35, s.343 vd.; MERKEL, Rudolf: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895, s.148-149; ayr. bkz. UNGER, Joseph: Handeln auf eigene Gefahr, Ein Beitrag zur Lehre von Schadenersatz, 3. Aufl., Jena 1904, 62-63; YUNG, s.486; ARAL, s.737; İmre, G. Ripert'e atıfta bulunarak, aynı

Tehlike sorumluluğu temelini (kamu) genel menfaatler sebebiyle, belirli bazı tehlikeli kurumların dikkate alınması zorunluluğuna dayanmaktadır. Bununla birlikte bundan menfaatler sağlayan kimselerin, yani bireysel menfaatlerine dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle, bu özel menfaat sebebiyle kusursuz bir sorumluluk oluşturulmuştur²⁶⁸.

İşte bu düşünceden hareketle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu tehlike teorisine göre açıklanmaya çalışılmıştır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse, bir illiyet bağı serisini devreye sokmakta ve bu şekilde zararlı sonuca etkili olmaktadır. Bu kimseye bir hareket serbestisi tanınması, kendi çıkarına olduğundan meydana gelen sonuçlara da katlanmak zorundadır. Akıl hastası bir kimse için fizikî hareket serbestisi, normal insanlar için çok daha değerlidir, zira toplum çıkarı doğrultusunda hareket edilseydi, bu kimsenin zincire vurulması gerekirdi. İşte bu nedenle onu insancıl duygularla (gerekçelerle) serbest bırakılırsa, bu onun için önemli bir yarar sağlamaktadır. Bunun sonucunda da meydana gelen zararlı sonuçlara katlanmak zorundadır. Bunun gibi, küçükler için daha geniş bir hareket alanının oluşturulması onun gelişimi ve eğitimi açısından yarar sağlamaktadır, dolayısıyla meydana getirdiği zararlı davranışlardan sorumlu tutulmalıdır²⁶⁹.

Yargıtay'ımız da İsviçre Federal Mahkemesinin 1976 yılında²⁷⁰ verdiği karar gibi, Borçlar Kanununun 54. maddesi ile ilgili değişik kararlarında²⁷¹, ayırt etme

düşüncüyü paylaşmakta olduğunu belirtmektedir. Buna göre tehlikeli bir hastalıkla makul surette hareket etme gücünü kaybeden kimselerin sorumluluktan kurtulmasını eleştirmekte ve makul derecede hareket edenlerin bu insanlardan dolayı zarar görmelerinin haksız sonuçlara yol açtığını bunların toplum içerisinde serbestçe dolaşmalarına izin verilmeleri hâlinde bunların haksız fiiller sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmektedir. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.805-806; Kaneti'ye göre akıl hastalığı yada akıl zayıflığı her türlü iradî eğilimi ortadan kaldıracak nitelikte ise, bu kimselerin hareketleri fiil niteliğini taşımayacaktır. Bu nedenle bu kimselerin fiillerinden ve de fiillerinin hukuka aykırı sayılması mümkün olmayacaktır. Borçlar Kanununun 54. maddesi bu durumda bulunan kimseler için oluşturduğu sorumluluk aynı zamanda bir tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. bkz. **KANETİ, Selim**: Haksız Fiillerde Hukuka Aykırılık Unsuru, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1964, s.12, dpn.40; ayr. bkz. **HELVACI**, s.150; **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.15-16; **DEUTSCH**, (Verschulden) s.89.

²⁶⁸ **SCHIRMER**, s.29-30; **LEHNERTZ**, s.30.

²⁶⁹ **BURCKHARDT, Carl, Christoph**: "Die Revision des schweizerischen OR. In Hinsicht auf das Schadenersatzrecht", ZSR, Bd. 42, Heft 4, Basel 1901, s.529-530; **SJÖGREN**, s.343 vd.; ayr. bkz. **SCHIRMER**, s.31; **LEHNERTZ**, s.31; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.806.

²⁷⁰ bkz. aşağı. dpn. BGE 102 II 226 vd.

gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğunun bu kimselerin özel tehlikeden dolayı meydana geldiğini belirtmiş, ancak bu tehlike dışında sorumluluğun belirlenmesinde hakkaniyetin dikkate alınması gerektiğini belirterek sorumluluğun niteliğini tehlike sorumluluğu ile birlikte hakkaniyete dayandırmıştır:

“Anılan hükmün amacı, sorumluluğu hakkaniyet düşüncesiyle kusur sorumluluğu hâli dışında genişletmek olup, mümeyyiz olmayanın eyleminden hukukî bir sonuç doğmayacağı hakkındaki genel kurala bir istisna koymaktadır. İşte Borçlar Kanununun 54 maddesinin birinci fıkrası hükmü, bu istisnalardan biri, belki de en önemlisidir. Hâkim, adâletin gerektirdiği yerde, temyiz kudretinin bulunmamasından dolayı zararın sebebiyet verene isnadının kabil olmamasını bir kenara bırakabilecektir. Burada hâkime geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Her olayda, zarar uğrayan kimsenin haksız eylemi işleyen gayrimümeyyizden tazminat isteyip isteyemeyeceği, olayı saran hâl ve şartlara bakılarak tayin edilecektir. Bu hâl ve şartlar arasında mümeyyiz olmayanın hürriyetinin doğurduğu özel tehlike, temyiz kudreti olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı, zarara uğrayanın olay sırasında, zarar failine karşı davranışı ve öncelikle mümeyyiz olmayanın iktisadi gücünün büyüklüğünü, zarara uğrayanın ki ile karşılaştırılması gösterilebilir”²⁷².

²⁷¹ YG. 4.HD., 14.4.1972 T., E.12194, K.3418 verdiği karar ise şu şekildedir: “...Borçlar Kanununun 54. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında söz bakımından bir farklılığa değinilmeksizin (zarardan) söz ederek, temyiz gücünden yoksun olan eylemi işleyen hakkaniyet (= adâlet) gerektiriyorsa zararla sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bu esas, kuşkusuz, tazmin sorumluluğunun kusurlu durumlar dışında genişletilmiş bir biçimdir. Bir yandan tazmin sorumluluğu için yasanın öngördüğü bütün öteki koşulların varlığı, fakat kusurun bulunmaması hâlinde, şayet hakkaniyet gerektiriyorsa, zararı meydana getiren, en fazla temyiz gücü olan reşit derecesinde zararla sorumlu olacaktır. Öte yandan şayet zararı temyiz gücü olan kişi meydana getirseydi doğru olmayan bu davranışının ve eyleminin toplumun kurallarına aykırı bulunuşunun idraki içine olacak idiyse, hakkaniyet sorumluluğu düşünülebilir. Bu iki ayrı durumun birleştiği ânda gerçekleşen sorumluluk üçüncü kişilerin korunmasını amaç tutmaktadır. Bu amacın esası da kişiyi özel tehlikeye, kötülük yapmaya karşı, ancak zarar verenin ekonomik üstünlüğe de önemle gözetilerek, bu koşullarla korunmadır” bkz. **UYGUR**, s.2615; aynı yönde, bkz. YG. 4. HD., 15.2.1990 T. ve E.6593, K.1343, **UYGUR**, s.2616; ayr. bkz. **KARAHASAN, M. Reşit**: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.4, İstanbul 2004, s.637-640; İmre’ye göre hukukumuzda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğu tehlike ve hakkaniyet düşüncelerine dayanmaktadır. Ancak hakkaniyet gerektirdiği takdirdedir ki, ayırt etme gücünden yoksun kimseler işledikleri haksız fiillerden sorumlu tutulurlar. Bu yönde kısaca tarafların mal varlığı ve servet durumlarının dikkat edilmesi gerekir. Bu açıdan ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunun getirilmesinde sosyal adâlet ve hakkaniyet düşüncesi önem kazanmaktadır. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.806.

²⁷² YG. 4. HD., 1.12.1978 T., E. 1943, K. 13526, bkz. **UYGUR**, s. 2613-2614.

Kanımızca, Borçlar Kanununun 54. maddesindeki sorumluluğun hukukî niteliğini tehlike sorumluluğu ile açıklamak mümkün değildir. Zira, bu teorinin kabul edilmesi hâlinde, tüm çocukların ve akıl hastalarının genel toplum yararı için, kısıtlanıp zararsız hâle getirilmeleri gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, çocukların ve akıl hastalarının kapalı bir yerde tutulmaları veya kendilerine deli yeleğine sarmak gibi bir sonuca ulaşılmasına gerekecektir. Şüphesiz, akıl hastalarının toplumda bir tehlike oluşturmaları mümkündür, bununla birlikte bu teorinin hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini açıklamada kabul edilmesi kanımızca da hiçbir şekilde mümkün değildir, zira belirtilen bu yararlar ne akıl hastaları açısından ne de çocuklar açısından gerçeklerle bağdaşmamaktadır²⁷³. Diğer yandan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, çeşitli hâllerde özel ağırlıkta bir tehlikeye yol açabilecektir. Ancak bu tehlikeyi önceden tanımlamak mümkün olmadığından sorumluluğun sebebinin bu görüşle açıklamak mümkün değildir²⁷⁴.

III. İlliyet Teorisi

Kusur sorumluluğundan farklı olarak, hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini illiyet bağı ilkesiyle açıklayan bu görüşe göre, zararlı davranış ile zarar arasında bir illiyet bağının bulunması, sorumluluğun doğması açısından yeterlidir. Bunun sonucunda kişinin sorumlu tutulabilmesi için mutlaka kusurlu olması gerekmez. Bu görüşe göre, kişinin akıl hastalığına yakalanma şansızlığına yakalanarak bir başkasının mallarına zarar vermesi hâlinde, zarar gören kimse zarar veren kimseden çok daha az kusurludur. Bu nedenle zararlı davranışın sonucuna zarar görenin değil, zarar veren katlanması gerektiği görüşü savunulmaktadır²⁷⁵.

Bu görüş çerçevesinde hareket edilecek olunursa, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin sorumlu tutulamayacağı hâllerde dahil olmak üzere, her hâlde sorumlu tutulmaktadır²⁷⁶. Başka bir ifadeyle,

²⁷³ SCHIRMER, s.31-32, RÜMELIN, (Schadenersatz ohne Verschulden), s.51; LEHNERTZ, s.32.

²⁷⁴ HELVACI, s.151; bu hususta geniş bilgi için bkz. TANDOĞAN, (Tehlike Sorumluluğu) s.11; ARAL, s.737-738.

²⁷⁵ von GIERKE, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. III, Schuldrecht, München und Leipzig 1917, s.908; BIENENFELD, Rudolf: Die Haftung ohne Verschulden, Berlin, Wien 1933, s.271 vd.; ayr. bkz. SCHIRMER, s.27.

²⁷⁶ LEHNERTZ, s.34.

bu görüşe göre ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin yaptığı davranış, ayırt etme gücüne sahip olan bir kimse tarafından yapılsaydı bu kimsenin sorumlu tutulamayacağı hâllerde bile sorumlu tutulmaktadır.

Bu görüşe karşı da yeterince eleştiriler getirilmiştir. Başta, kişinin sonucunu öngörmesi mümkün olmayan hâllerde dahi sorumlu tutulması, adâlet duygularını rencide etmekte²⁷⁷ ve bu şekilde kişilerin hareket serbestisini engellenmekte ve her türlü teşebbüs ruhunu zedeleme sonucuna ulaşıldı ve ayırt etme gücüne sahip olan kimselerin dahi her türlü davranışları sorumluluğun doğmasına neden olacaktır²⁷⁸.

Borçlar Kanununun 54. maddesini incelendiğinde, hakkaniyet sorumluluğunun, esas itibariyle ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin korunması amaçlandığı ve bir sınırlama getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, bu teorinin kabul edilmesi hâlinde, tamamen tersi bir sonuç elde edilecek ve ayırt etme gücüne sahip kimsenin sorumlu tutulmadığı davranışlarda dahi, ayırt etme gücünden yoksun kişinin sorumlu tutulması gerekecektir.

IV. Kusur Teorisi

Hakkaniyet sorumluluğunun niteliğini kusur ilkesi temeline dayandırarak açıklamaya çalışan bir teori olarak kusur teorisi karşımıza çıkmaktadır. Bu teori kabul edilecek olunursa, iki açıdan önemli avantajlar elde edilecektir. Bir yandan bu şekilde, kusur teorisinden başka bir teorinin oluşturulmasına gerek kalmayıp kusur ilkesi çerçevesinde sorunsuz şekilde sorunun cevabına ulaşmış olacağız. Diğer yandan bu ilkeyle sorumluluk sınırlarının da belirlenmesi daha rahat olacaktır. Genel bir illiyet bağı teorisinin oluşturulmasında başarı sağlanamasa da, objektif sonuca ulaşan teoriler, sorumluluğun sınırını çizmekte (başarılı) doğru olarak kabul edilmelidir. Kusur, burada bir bağlantı kurarak fiil ile fail arasında varolması gereken

²⁷⁷ SJÖGREN, s.343; RÜMELIN, (Die Gründe), s.25; SCHIRMER, s.27.

²⁷⁸ RÜMELIN, (Schadenersatz ohne Verschulden), s.34; MERKEL, R.,s.61; RÜMELIN, Gustav: "Culpahaftung und Kausalhaftung" AcP, Bd. 88, Heft 2/3, 1898, s.292-293; HEDEMANN, Justus W.: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Teil I, Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910, s.83; UNGER, s. 133.

sübjektif ilişkiyi oluşturmaktadır²⁷⁹. Bu şekilde, ayırt etme gücüne sahip olmayanların hukukî sorumluluğunu yine kusura dayandırılmaktadır²⁸⁰.

Bu teoriye göre de hakkaniyet sorumluluğu da kusur sorumluluğunun objektif ve sübjektif tüm şartlarını yerine getirmelidir. Böylece, ayırt etme gücü haricinde, normal sorumluluğun tüm şartları mevcut olmalıdır. Fail, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için kusur sayılabilecek bir davranışta bulunmuş olması gerekmektedir. Hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı da kusur sorumluluğu ilkesine dayanmakta, sadece bir temel noktada kusurdan ayrılmaktadır. Bununla birlikte, bu sebepten dolayı, sorumluluğun hukukî niteliği değişmemekte olup, sadece etkisi biraz hafifletilmektedir²⁸¹.

Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı çerçevesinde bir hakkaniyet sorumluluğunun doğması için kusur ve kast'ın bulunup bulunmaması gerektiği hususu daha büyük bir sorun oluşturmaktadır. Bu teori çerçevesinde, yukarıda belirtilen durumda hakkaniyet sorumluluğunun oluşması için bir kast veya ihmalin bulunması gerektiği sonucuna varılmaktadır²⁸².

Bununla birlikte, hemen hakkaniyet sorumluluğunun doğması için, kast veya ihmalin aranması durumunun ayırt etme gücü ile ne derece bağdaştırılabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünün yokluğu karşısında, kast ve ihmalden bahsedilmesi doğru mudur? sorusu akla gelebilir. Hemen belirtelim ki, ayırt etme gücünün yokluğu karşısında kast veya ihmalden söz edilmesi mümkün değildir. Aşağıda hakkaniyet sorumluluğunun şartları ortaya koyulurken de görüleceği üzere, ayırt etme gücünün sahip olmayan bir kimsenin

²⁷⁹ RÜMELIN, G., s.285; HEINSHEIMER, s.240; SCHIRMER, s. 9-10.

²⁸⁰ HEINSHEIMER, s.240; RÜMELIN,G., s.308; RÜMELIN, (Schadenersatz ohne Verschulden), s.51. vd; DITTENBERGER, Heinrich: Schutz des Kindes gegen die Folgen eigener Handlungen, Berlin 1903, s.67.

²⁸¹ SCHIRMER, s.10; bu konuda ayr. bkz. HOMBERGER, s.6a.

²⁸² bkz. § 8, I, A, 4, b.deki açıklamalara.

kusurlu bir harekette bulunması mümkün değildir²⁸³. Bu sebeple hakkaniyet sorumluluğunu kusur teorisi ile açıklamak yerinde bir görüş değildir.

Borçlar Kanununun Tasarısındaki 64. maddesinde görüldüğü üzere, kusursuz sorumluluk başlığı altında, hakkaniyet sorumluluğu alt başlığı bulunduğu göre, bunun kusursuz sorumluluk hâlleri içerisinde hakkaniyet sorumluluğuna girdiği kabul edilmiştir. Buna göre, zarar verene kusur yüklenemese bile, bir sorumluluk doğduğuna göre, hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini kusur olarak açıklamak mümkün değildir.

V. Ekonomik Zarar Teorisi

Bu görüşe göre, Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı hazırlanırken, Avusturya Medeni Kanununda benzer bir madde olan 1830. paragrafında belirtildiği üzere, tarafların ekonomik durumu, sorumluluğun doğmasında esas tekil ettiği ve bu nedenle sorumluluğun hukukî niteliğinin, tarafların ekonomik durumları olduğu ileri sürülmüştür. Bu nedenle birçok yazar, kanunun, tarafların ekonomik ilişkisini dikkate almasını, hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini açıkladığını ileri sürmüşlerdir. Bunlara göre, hakkaniyet sorumluluğunun gerekçesi, ekonomik açıdan daha güçlü olanın zarardan sorumlu tutulmasıdır²⁸⁴.

Alman Medeni Kanununun 829. paragrafında subjektif kusur aranmadığından, burada objektif denkleştirme dikkate alınmalıdır. Sorumluluğun hukukî niteliği, tarafların ekonomik durumun dikkate alındığı bir objektif sosyal ana (zaman kesitine) dayanmaktadır. O ân için malvarlığının durumuna göre, zararı, ekonomik açıdan daha güçlü olan taraf katlanmalıdır²⁸⁵. Bu teori, hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini, adil bir malvarlığı dağılımının gereği olarak ortaya çıkan bir yükümlülük olarak öngörmektedir²⁸⁶.

²⁸³ **SCHIRMER**, s. 17; İmre de ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunun kusur esasına dayandırılmasının mümkün olamayacağını, zira bunların kusur ehliyetleri bulunmamaktadır. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.805.

²⁸⁴ **UNGER**, s.139-140.

²⁸⁵ **LEHNERTZ**, s.32; **SCHIRMER**, s.36; teorinin eleştirisi için bkz. **HOMBERGER**, s.5a.

²⁸⁶ **BROCK, Walther:**, Die negative Vertragsinteresse, Berlin 1902, s. 192; **STEINBACH, Emil:** Die Rechtsgrundsätze über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888, s.78; ayr. bkz.

Bu görüşün tamamıyla ekonomik bir görüş oluşturup, hukukî bir nitelik taşımadığı hemen anlaşılmaktadır. Diğer yandan bu görüş, hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliğini açıklarken, zenginlik ve yoksulluk kavramlarını birer hukuki unsur hâline getirmektedir. Böylece tarafların bulunduğu sosyal ân, hukukî niteliği oluşturmaktadır. Ancak bu, kanımızca da yerinde değildir, zira, bu kavramlar hakkaniyet sorumluluğunun niteliğini açıklamaktan ziyade, sadece sorumluluğun doğmasına neden olan sebeplerden biri olarak ortaya çıkmakta ve tazminatın miktarının belirlenmesinde rol oynamaktadır²⁸⁷. Hâkim, ayırt etme gücünden yoksun ve malvarlığı bakımından zengin bir kimseye, tazminat yükümlülüğünü yüklemekten kaçınabileceği gibi, hakkaniyet gerektirmesi hâlinde ayırt etme gücünden yoksun ve çok zengin olmayan bir kimseye hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminat borcu yükleyebilir. Ayrıca bu görüşün kabulü hâlinde, hakkaniyet sorumluluğuna neden olan diğer sebeplerin açıklanması mümkün olmayacaktır²⁸⁸.

Borçlar Kanunu tasarısının 64. maddesinde yer alan düzenlemede, hâkimin sadece tarafların ekonomik durumlarını dikkate alması ve hakkaniyet gerektirmesi hâlindeki düzenleme her ne kadar bu fikri destekler nitelikte görünse de, kanımızca hükmün bu şekilde dar yorumlanmaması gerekmektedir. Bu nedenle ekonomik durum gibi, hakkaniyeti gerektiren diğer hâllerde de bir sorumluluğa karar verilebilecektir.

VI. Somut Olaydaki Hakkaniyet Teorisi

Borçlar Kanununun 54. maddesi dikkatlice incelendiğinde hakkaniyet sorumluluğunun hukukî niteliği, kanunun lafzından çıkarılabilmektedir. Kanundan da anlaşıldığı üzere, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin zararlı davranışları sonucunda her zaman bir sorumluluk doğmamaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun

SCHIRMER, s.35 vd.; **STAMMLER, Rudolf**: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1902, s.471; **LEHNERTZ**, s.32 vd.; **HERTEL**, s.59-60.

²⁸⁷ **SCHIRMER**, s.37; **MATAJA,Victor**: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888, s.68; **LEHNERTZ**, s.32.

²⁸⁸ **LEHNERTZ**, s.33.

kimse, zararlı sonucun meydana geldiği somut olayda, ancak hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulabilecektir. Bu nedenle sorumluluğun hukukî niteliğinin “hakkaniyet” olduğunu söylemek doğru olacaktır²⁸⁹. Diğer yandan Borçlar Kanunu Tasarısının 64. maddesinin başlığına bakıldığında sorumluluğun hakkaniyet sorumluluğu şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Bu açıdan söz konusu düzenleme, savımızı destekler niteliktedir.

Kusur sorumluluğunda, sorumluluğun sebebini kusur oluşturduğu gibi, hakkaniyet sorumluluğunun sebebini de hakkaniyet oluşturmaktadır. Bu teoriyi, ilk olarak Hedemann ortaya atıp, sorumluluğun türüne “somut hakkaniyet ilkesi” adı vermiştir. Schirmer, bu ilkeyi, Alman Medeni Kanununun 829. paragrafının ortaya çıkış tarihini dikkate alarak gerekçelendirmeye çalışmıştır²⁹⁰.

Kelime olarak “hakkaniyet” bize, sorumluluğun hukukî gerekçelendirilmesi ile ilgili bir ipucu vermemektedir. Bununla birlikte hakkaniyetin mahiyetinden bu sebepler çıkarılabilmektedir. Hakkaniyet hukuku, somut olayın durumuna göre uygulanabilecek hukuk olarak nitelendirilmektedir. Belirli bir sebepten ziyade, hakkaniyet sorumluluğunun sebepleri, somut olayın durumuna göre araştırılacak ve belirlenecektir. Bu sebeplerin neler olduğunun tek tek sayılması gibi, somut olarak örneklendirilmesi de mümkün değildir, zira hakkaniyeti doğuran sebepler, değişik olaylarda, değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle hakkaniyetin kendisi, sorumluluğun hukukî niteliği olarak ortaya çıkmaktadır²⁹¹.

Bu görüş, hakkaniyet ilkesinin sorumluluğunun, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseleri dikkate alarak düzenlendiğini ortaya koymuştur. Yazarlar, bu

²⁸⁹ Alman hukukundaki hakkaniyet sorumluluğu ile ilgili olarak bkz. **SCHIRMER**, s.41; **LEHNERTZ**, s. 34-35; Yargıtay da, 16.06.1966 tarihinde verdiği kararda da, “temyiz kudretine haiz olmayan kimsenin sorumluluğu, BK. md.54 maddesinde açıklandığı üzere, *hakkaniyet ilkesine dayanan bir sorumluluktur*. Temyiz kudretini taşımayan küçük ya da mahcur, meydana getirdiği zarardan bu ilke uyarınca, 41. ve 54. maddeler hükümleri gereği, öteki koşullar varsa sorumludur” diyerek sorumluluğun niteliğini açıklamıştır. bkz. 4. HD. 16.6.1966 T. ve E.6799, K.6839, bkz. **KARAHASAN**, C.4, s.640-641; **KELLER**, (Haftpflicht), s.153; **TİFTİK**, s.41; **BRUNNER, Hans Ulrich**: Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991, s.151.

²⁹⁰ **HEDEMANN**, s.107 vd.; bkz. **SCHIRMER**, s.42-46; **STAMMLER**, s.118; **BROCK**, s.183 vd.; bkz. § 1, II.

²⁹¹ **LEHNERTZ**, s.35; karş. **SCHIRMER**, s.41; **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.17-18.

düzenlemenin sebebi olarak, kanun koyucunun, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin fiillerini, kusur yeteneğinin bulunmamasından dolayı daha ağır olan bir sebep sorumluluğuna tabi tutmak yerine, bu kimselerin somut olayın durumuna göre, hakkaniyetten doğan sebeplerle, yine hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulması esası gösterilmektedir²⁹².

Nitekim, Alman Medeni Kanununun oluşturulması sırasında hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin tartışmalar²⁹³, hakkaniyet sorumluluğunun, hakkaniyet esasına dayandığını açıkça göstermektedir. Hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin 829. paragrafı kusur sorumluluğunun bir istisnası oluşturacak şekilde şu gerekçeyle kabul edilmiştir²⁹⁴: “Tazminat yükümlülüğü, bireylerin haklarını korumasını tamamlamaktadır. Sorumluluk kuralları da, zararın ne kadar ile, sınırlandırılmış, başka bir ifadeyle bu hakları gerçekleştirme açısından, ölçünün ne olduğunu düzenlemektedir. Bununla birlikte, sorumluluk açısından esas olan kusur sorumluluğudur; zira kusur, sorumluluğun, belirlenmesi açısından en belirgin ve en kesin ölçüttür. Bununla birlikte, haksız fiil ilişkisinin taraflarından birinin yapmış olduğu zararlı davranışın etkilerini idrak edememesi hâlinde, bu sorumluluk sınırının belirlenmesinde, kusur kavramı yetersiz kalmaktadır. İşte, bu sorumluluk sınırının belirlenmesinde oluşan boşluk, kanunî bir yükümlülük tarafından doldurulacaktır. Başka bir ifadeyle sorumluluğun saptanması ve sınırının belirlenmesi, hakkaniyet çerçevesinde getirilen kanunî bir yükümlülük ile yapılacaktır”.

²⁹² **SCHIRMER**, s.41-42; **LEHNERTZ**, s.35-36; **HELVACI**, s.151; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.58-59; **BUCHER**, Art.12, N.45; **OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm**: Zürcher Kommentar, Bd. V/1, Obligationenrecht, Komm. zu Art.1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 54, N.4; **BECKER**, Art.54, N.2; **EREN**, (Borçlar), s.606; **ARAL**, s.737.

²⁹³ Bu tartışmalar, hakkaniyet çerçevesinde kusur sorumluluğu ilkesine bir istisna getirilip getirilemeyeceği hususunda olup, özellikle Otto von Gierke’nin “hakkaniyet dahi olsa, kusur sorumluluğuna bir istisna getirilmesi mümkün değildir” şeklindeki görüşü bunu açıkça göstermekteydi. Bunun sonucunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimseye herhangi bir kusur isnat edilemediğine göre, herhangi bir sorumluluk da yüklenilememekteydi. Buna karşı görüş olarak ise, ayırt etme gücünden yoksun ve maddî malvarlığı yerinde olan bir kimsenin, meydana getirdiği zararlardan dolayı, ahlâk ve görgü kuralları çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmekteydi. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimse, hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **von GIERKE, Otto**: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, s.260. Bunun dışında, sadece ayırt etme gücünden yoksunluk hâli dışında, kusurun bulunmadığı diğer hâllerde de, bir hakkaniyet sorumluluğunun gerektirdiği görüşü ileri sürülse de bu görüş çok taraf bulmamıştır. bkz. **SCHWARTZ**, s.2; **FUCHS, A.**, s.89-90.

²⁹⁴ Komisyon çalışmalarına ilişkin bilgiler için bkz. **SCHIRMER**, s.41 vd.

Kanaatimizce de sorumluluğu, hakkaniyet fikrine dayandırmak daha doğrudur. Ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin işlediği fiilden sorumlu tutulamayan bir kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle sorumlu tutmak, adâlet duygularına ve hukuk mantığına aykırı bir durum oluşturur.

Hakkaniyet sorumluluğu tamamen toplumsal adâlet ve hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Buna göre, tipik örneğimiz olan zengin akıl hastasının, fakir bir kimseye verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulması ile zaten ekonomik anlamda kötü durumda olan kimsenin daha da kötü duruma gelmesi önlenmektedir. Bu, adâlet duygusuna da uygundur. Hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde, ekonomik bakımdan zayıf olan kimse korunmuş ve bozulan ekonomik durumu biraz olsun düzeltilmiş olmaktadır²⁹⁵.

Bu görüşün kabul edilmesiyle diğer görüşlerden farklı olarak, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, bu güce sahip kimselerden daha ağır bir sorumluluk altına girmesi engellenmiş olur. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanununun 54. maddesinde bir kusursuz sorumluluk hâli mevcuttur; ancak bu sorumluluk, ne bir basit objektif sorumluluk, ne de ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hâli oluşturmaktadır. Zira ne objektif bir özen ediminin ihlâlinden, ne de ağır bir tehlikeden söz etmek mümkündür. Bu nedenle, buradaki sorumluluk, hakkaniyet esası ile yumuşatılmış özel bir kusursuz sorumluluk hâlidir²⁹⁶.

Borçlar Kanununun Tasarısına bakıldığında hakkaniyet sorumluluğunun sadece ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimselerin fiilleri sonucunda meydana gelen zararın giderilmesi için öngörülmediği belirtilmişti. Bu düşüncenin tamamen hakkaniyet fikrinden kaynaklandığı ve hâkimin hakkaniyetin bulunduğu hâllerde bir

²⁹⁵ **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.58-59; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.806; Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zarar sonucunda hükmedilen gideriminin amacı, mağdurun zararını telâfi edilmesidir. Bu şekilde, nasıl hafif kusurlu fail giderim ile "müzayaka" hâline düşecek ise "hakkaniyet" gereği giderim borcu indirebiliyorsa (BK.md.44/II), aynı "hakkaniyet" düşüncesiyle, malvarlığı oldukça yüksek değerde olan bir ayırt etme gücünden yoksun kimse, yüklenebilirlik olmasa bile, kendi eyleminin sebep olduğu zarardan sorumlu tutulabilmelidir. Tazminatın kapsamı, hakkaniyet gerektirdiği boyutlarda tutulur. bkz. **HATEMİ, Hüseyin**: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci cilt, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s.64; bu görüşün eleştirisi için bkz. **HOMBERGER**, s. 3a.

²⁹⁶ **HELVACI**, s.151.

sorumluluğa hükmedeceğinin düzenlenmiş olması bu fikrimizi doğrular niteliktedir²⁹⁷.

§ 7. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

I. Alman Hukuku

Ayirt etme gücünden yoksunluk, alman hukukunda belirli yaş hadlerine göre belirlenmiştir. Alman Medeni Kanununun 104. paragrafında ayirt etme gücünü olumsuz bir şekilde tanımlamıştır. Buna göre, 7. yaşını tamamlayan kimseler ile, serbest iradesini etkileyecek derecede bir akıl hastalığına sahip olanların ayirt etme gücü yoktur. Diğer yandan, bu durumun geçici bir durum oluşturmaması gerekmektedir. Bunun dışında, 105. paragrafta, bu kimselerin yaptıkları işlemlerin geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bu hüküm geçici bir şekilde ayirt etme gücünü yitiren kimseler hakkında uygulama bulacaktır. Ayrıca, Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklikle, eklenen 105 a paragrafı ile, ayirt etme gücünden yoksun erişkinin, günlük hayata ilişkin bir işlemde bulunursa bu işlem geçerli olacak; bununla birlikte, yapılan işlem ayirt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığını tehlikeye atabilecek nitelikteyse, bu işlem geçersiz sayılacaktır.

Alman Medeni Kanunu, bir yandan ayirt etme gücünü bu şekilde belirlerken 823. paragrafında haksız fiilleri düzenledikten sonra 827. paragrafı gereğince, bir kimsenin, baygınlık veya serbest iradesini etkileyen ruhsal bir bozukluk gibi diğer bir sebepten dolayı başkasına zarar vermesi hâlinde, bu zarardan sorumlu tutulamayacağını düzenlemiştir. Ayrıca bir kimse kendi kusuruyla, iradesini ortadan kaldıracak bir hâle sokmuş ve bu hâle bir zarara sebebiyet vermişse, bu zarardan tamamen sorumlu olacaktır. Bunun yanında, 828. paragrafta, 7 yaşını ikmal etmemiş çocukların meydana getirdikleri zararlardan hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacakları düzenlendikten sonra, bir kimsenin 7. yaşını doldurmuş, ancak 18 yaşını doldurmaması hâlinde, ancak, zararlı fiil ile meydana getirdiği zarar arasında bir

²⁹⁷ Hükümde, sadece ekonomik durumun dikkate alınarak karar verilmesi gibi bir düzenleme yer alsa da bunun sınırlayıcı bir durum oluşturmadığı daha evvel belirtilmiştir.

idrak kabiliyetinin bulunması hâlinde sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan aynı paragrafın sağır ve dilsizler açısından da uygulama bulacağı son fıkrada düzenlenmiş, buna karşın bu hüküm, Alman Medeni Kanununun 2000 tarihindeki değişiklik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Alman Medeni Kanununun 828. paragrafında, çocukların ve ayırt etme gücünden yoksun kimselerin işledikleri fiillerden sorumlu tutulamayacaklarından, 829. paragrafında ise bu kimselerin ancak hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir.

Alman Medeni Kanununun 829. paragrafında, 823-826. paragraflarında belirtilen hâllerde, meydana gelen zararlardan dolayı 827. ve 828. paragrafları çerçevesinde sorumlu tutulamamaları hâlinde, zarardan bir başkası sorumlu tutulamaması şartıyla, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulacaktır.

II. Avusturya Hukukunda

Avusturya Medeni Kanununda ayırt etme gücü bakımından kabul edilen yaş sınırı 14 olarak kararlaştırılmıştır. Bunun dışında ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumlu tutulabilmesi için, bazı ek şartlar gerekmektedir. Buna göre zarar görenin, zararın meydana gelmesine hiçbir şekilde katkısı olmamalıdır (§ 1308); meydana gelen zarardan dolayı bir gözetim görevi ile sorumlu bir üçüncü kişi sorumlu tutulmalıdır, başka bir ifadeyle sorumluluk talî niteliktedir (§ 1309). Bu koşulların gerçekleşmiş olmasına rağmen, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için üç ek şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, somut olaya göre, davranışı kusurlu olarak sayılabilmeli ve bu davranış ona yüklenebilmeli (§ 1310/I); zarar gören, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması için ona karşı kendini korumamış olmalı (§ 1310/II); zarar verenin malî durumu dikkate alındığında (§ 1310/III) sorumluluğu doğabilmelidir. Bu şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sorumluluk tam bir sorumluluk olmayıp, hâkimin takdiri çerçevesinde

belirlenen bir tazminat olacaktır. Başka bir ifadeyle hakkaniyet çerçevesinde belirlenen bir tazminat olacaktır²⁹⁸.

III. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda 1804 tarihli code civil gereğince, çocukların ne ölçüde sorumlu olacakları tartışmalıydı. Ancak Fransız hukukunda Code civil'in 1310. maddesi gereğince, küçüklerin haksız fiil sorumluluğunun tam olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifadeyle, çocukların hangi yaş itibariyle sorumluluklarının bulunup bulunmadığı konusunda açık bir düzenleme yer almamaktadır²⁹⁹.

Fransız yargı kararlarında, 1977 yılına kadar, çocukların haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için “discernement” şartını aramaktaydı³⁰⁰. Bu açıdan, çocukların ancak, ayırt etme gücüne sahip olmaları hâlinde sorumlu tutulabilmekteydiler. Bununla birlikte, bu tarihten itibaren doktrinde değişik görüşler ve kararlar ortaya çıkmıştır³⁰¹. Ancak, 1984 yılında Fransız temyiz mahkemesi³⁰², “discernement” şartını aramadan, çocukların haksız fiillerden sorumlu tutulacaklarına karar vermiştir. Bu tarihten itibaren, çocuklar herhangi bir ayırım yapmaksızın sorumlu tutulmuşlardır³⁰³.

Böylece Fransız hukukunda kusur, ne soyut (bilinçli serbest irade), ne de somut (bilinçli serbest iradenin fiilen kullanılmış olması) yüklenebilirliği

²⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KOZIOL/WELSER**, (Schuldrecht) s.48 ve s.360.

²⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., s.89-90; **GOECKE**, s. 161-162; **BORGELT**, s.64.

³⁰⁰ **BORGELT**, s.64; “discernement” kavramı, 1791 tarihli Fransız ceza kanunu olan “code penal”dan oluşmaktadır. Buna göre, 16 yaşından çocuklar şu soru çerçevesinde sorumlu tutulabilmekteydi: Le coupable a-t-il comis le avec ou sans discernement”. Bununla birlikte, bu kavramın nereden kaynaklandığı açık değildir. bkz.. **WAIBEL**, s. 21; ayr. bkz. **NIBOYET, Frédérique**: Die Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern nach deutschem und französischem Deliktrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik, Berlin 2001, s.43 vd.

³⁰¹ Bu kararlar için bkz. **HENNINGS, Thomas**: Persönliche Haftung und Mitverschulden von Kindern im französischen Deliktrechts, Berlin 1992, s.72 vd.

³⁰² Cass., Ass.plén., 09.05.1969, s.387, bkz. **HENNINGS**, s.90-91; **NIBOYET**, s.50.

³⁰³ Fransız hukukunda değişik bir görünüm sergilemekte, özellikle son yasal düzenlemeden itibaren kusurun yüklenebilirlik öğesinin tamamen ortadan kalktığı bile ileri sürülmektedir. bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 163; ayr. bkz. **NIBOYET**, s.41-42.

gerektirmektedir. Dolayısıyla ayırt etme gücünden yararlanmayan kişilerin de kusur işleyebilmeleri olanaklı kabul edilmektedir³⁰⁴.

Neticede, Fransız hukukunda, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin ve küçükler konusunda bir hakkaniyet sorumluluğu öngörülmemiştir³⁰⁵.

IV. İspanya Hukukunda

İspanya Medeni Kanunu (Codigo civil) suç niteliği taşımayan haksız eylemlerden doğan sorumluluğu düzenlemektedir. Buna göre, 1902. maddeleri ve devamında sadece, suç olarak nitelendirilemeyen haksız fiiller düzenlenmiştir. Bununla birlikte, İspanya Ceza Kanununun (Codigo penal) 8. ve 20. maddelerinde suç sayılabilecek eylemlerden doğan sorumluluğun ne olacağı düzenlenmiştir. İspanyol hukukunda, suç sayılan eylemlerden ve suç olarak nitelendirilmeyen (haksız) fiillerden doğan sorumluluk hüküm altına alınmıştır³⁰⁶.

Cezaî yüklenebilirlik ehliyetinin oluştuğu yaş sınırı olarak İspanya hukukunda 16. yaş olarak kabul edilmekle birlikte, çocukların özel hukuktan doğan sorumlulukları tamdır. Ancak, sorumlulukları talî niteliktedir. Böylece, İspanya'da ayırt etme gücünden yoksun kimselerin işledikleri zararlı davranışlardan esas itibarıyla onları gözetmekle yükümlü kimseler sorumlu tutulmaktadır. Ancak, bunlar malvarlığı ile sorumlu tutulamamaları hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimseler

³⁰⁴ Koçhisarlıoğlu, bu ihtimalde kusurun soyut, yani geniş anlamda yüklenebilirliğin yok edilmesi için zorunluluk olmadığı, anılan yüklenebilirliğin hak ehliyetine bağlanması suretiyle yüklenebilirliğin söz konusu ögesinin kurtarılabilceğini ve bu şekilde korunabileceği görüşünü ileri sürmektedir. Aynı mantıkla, yüklenebilirliğin diğer ögesi olan somut, yani dar anlamda yüklenebilirliğin de kurtarılabilceği ve korunabileceğini belirtmektedir. Hatta bu sonuncusunun haydi haydi yapılabileceğini düşünmektedir. Zira, davranışın soyut yöntemle değerlendirilmesi, onun yüklenebilirliğini engellememelidir. Olsa olsa, yalnız sübjektif (manevî-psikolojik) yüklenebilirliği engelleyebilir. Oysa, yüklenebilirliğin ille de sübjektif olarak tasarlanması zorunluluğu yoktur. Yüklenebilirlik pekala objektif (maddî) tarzda da tasarlanabilir. Böyle olunca da kusurun objektifleştirilmesi ya da tamamen objektif biçimde kavranmasının onun yüklenebilirlik ögesinin yok olduğu anlamına geldiği iddiası doğru olmadığını iddia etmektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s. 322.

³⁰⁵ **BORGELT**, s.82.

³⁰⁶ İspanya hukukundaki ehliyet kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **QUAST, Andrea**: Die capacidad de obrar Minderjähriger im spanischen Código Civil im Vergleich zu der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2000, s.2 vd.

kendi malvarlıklarından sorumlu olmaktadır³⁰⁷. Buna karşın, çocuğun malvarlığı bulunmaması hâlinde, herhangi bir sorumluluk oluşmayacaktır³⁰⁸.

V. Belçika Hukukunda

Belçika hukukunda, ayırt etme gücünden yoksun kimselere ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen yargı kararları aynı Fransa'daki gibi bir yol izlemiştir. Buna göre, çocukların (ki bunlar discernement olarak tanımlanmaktadır) haksız fiil sorumluluğu yoktur. Ancak, Belçika Temyiz Mahkemesi (Franız Temyiz Mahkemesinden farklı olarak) birçok kararında, makul şekilde hareket kabiliyetine sahip olmayan çocukların yaptıkları eylemlerden sorumlu tutulamayacaklarını düzenlemiştir³⁰⁹.

Yine bu kararda, ayırt etme gücü bakımından Roma hukukundaki 7 yaş sınırı uygulanmış, ancak söz konusu kararda Belçika hukukunda ayırt etme gücü konusunda kesin bir yaş sınırının bulunmadığı kabul edilmiştir³¹⁰.

Belçika hukukunda, 1935 yılında alman hukukundan esinlenerek bir hakkaniyet sorumluluğu getirilmiştir. Bununla birlikte Belçika Medeni Kanununda (Art. 1386 C.c.) hakkaniyet sorumluluğu açısından bir sınırlama getirilmiş ve ancak zihinsel engeli olan kimseler açısından bir hakkaniyet sorumluluğu getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun çocuklar için kural olarak herhangi bir sorumluluk getirilmemiştir. Bununla birlikte, çocukların zihinsel engelli olmaları ve ailelerin sorumlu tutulamamaları hâlinde bir hakkaniyet sorumluluğu devreye girmekte ve hakim, sorumluluğun doğup doğmayacağını ve bunun kapsamını belirleyecektir³¹¹.

³⁰⁷ **von BAR, Christian:** Die Billigkeitshaftung in den kontinentalen Rechten der EU, FS Egon Lorenz, 1994, s.77-78; **GOECKE**, s. 156-157; **BORGELT**, s.69.

³⁰⁸ **GOECKE**, s.157; **BORGELT**, s.69.

³⁰⁹ Cass. 30.05.1969, Pas. S 879; Cass. 03.05.1978, Pas., S.1012, (Naklen **GOECKE**, s. 163).

³¹⁰ Cass. 30.05.1969, Pas. S 879, (Naklen **GOECKE**, s. 163).

³¹¹ **von BAR**, s.78-79; bunun dışında hakim, taraflardan birinde sorumluluk sigortasının bulunmasını dikkate alabilecektir. **BORGELT**, s.82.

VI. Hollanda Hukukunda

Hollanda Medeni Kanunu, 1.1.1992 yılına kadar, çocuklar ve ayırt etme gücünden yoksun kimseler hakkında herhangi bir yaş sınırı öngörmemekteydi ve bu konularda hâkimlere takdir hakkı tanınmaktaydı. Bunun sebebi, o zamana kadar geçerli olan Medeni Kanununun, code civil'den etkilenmiş bulunmasıydı. Bununla birlikte, 1992 yılından itibaren (Nieuwe Burgerlijk Wetboek ile, Art.6:164, 169), çocuklara ilişkin bir düzenleme yer almıştır³¹².

Buna göre, 14. yaşından küçük çocuklar, her türlü sorumluluktan muaftırlar. Bununla birlikte, 14. yaşından sonraki çocukların kusur sorumlulukları bakımından ailelerin gözetim borcunu yerine getirmediği konusunda bir karine vardır. Ancak, hakkaniyet sebeplerinin (rechterlijk matigingsrecht) bulunması hâlinde, hâkim, bu kimselerin sorumluluklarını sınırlandırma yoluna gidebilmektedir. Bu açıdan, Hollanda hukukunda hakkaniyetin bulunduğu hâllerde bir sorumluluk doğmayıp, aksine bu hâllerin varlığı hâlinde sorumluluk sınırlanmaktadır. Buna göre, esas itibariyle bir hakkaniyet sorumluluğu meydana gelmeyip, hakkaniyet sebebiyle gözetim borcu altında bulunan kimselerin sorumluluğu sınırlanmaktadır³¹³.

Bunun gibi, suç olarak nitelendirilmeyen (haksız) fiillerden dolayı sorumluluk, ancak çocukların ayırt etme gücüne sahip olmaları hâlinde söz konusu olacaktır. Buradaki sorumluluk da talî nitelikte olup, çocuğu gözetmekle yükümlü kimsenin sorumlu tutulması hâlinde, çocuğun herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır³¹⁴.

³¹² **GOECKE**, s. 137; **BORGELT**, s.66.

³¹³ **VON BAR**, s.79-80; **GOECKE**, s.137-138; **BORGELT**, s.66-67; Hollanda Medeni Kanununda 1992 yılında yapılan değişiklikten önce, ayırt etme gücünden yoksun kimselere ilişkin olarak bir hakkaniyet sorumluluğu getirilmişti. Bununla birlikte, bu hüküm hâkime çok fazla yetki verdiği düşüncesiyle, yeni Medeni Kanuna (N.B.W.) alınmamıştır. bkz. **BORGELT**, s.81.

³¹⁴ **GOECKE**, s.157-158.

VII. Yunan Hukukunda

1940 tarihli Yunan Medeni Kanunu, Alman Medeni Kanunundan esinlenerek çıkarılmıştır. Yunan Medeni Kanunununda, tam ehliyetsizlerin yaptıkları hukukî işlemler geçersizdir. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimse ile işlemde bulunan kimse, bu durumu, kendi kusuru olmaksızın bilmiyorsa (yani iyiniyetli ise), uğradığı zararı, ayırt etme gücünden yoksun kimseden talep edebilir³¹⁵.

Yunan hukukunda hakkaniyet sorumluluğu, alman hukukundan alınmış, ancak küçükler için yaş sınırı 10 yaş olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, 10-14 yaş sınırı arasında ise, çocuğun somut olayın durumuna göre, ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı araştırılacaktır. Ayrıca, failin aniden bayılması hâlinde, sorumluluktan muaf tutulmuştur³¹⁶.

Bunun dışında, alman Medeni Kanununun 829. paragrafındakine benzer bir sorumluluk getirilmiştir. Buna göre, zararın bir başkası tarafından giderilmesi mümkün değilse, ayırt etme gücünden yoksun kimse hakkaniyet sebebiyle sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte, yunan hukukunda sigorta sözleşmesinin, her iki taraf bakımından da dikkate alınacağı kabul edilmektedir³¹⁷.

VIII. İtalyan Hukukunda

İtalyan hukukunda kusur sorumluluğunun (C. Civ md. 2043.) oluşması için gerekli şart, failin ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ayırt etme gücü, “bir şeyi anlamak (kavramak) ve istemek” (C.civ. md.2046: la capacita d’intendere e di volare) şeklinde tanımlanmıştır. Literatürde ayırt etme gücü, yapılan hareketin amacını kavrayabilme ve değerlendirebilme ile bağımsız bir şekilde hareket edebilme ehliyeti olarak tanımlanmaktadır³¹⁸.

³¹⁵ ATAAY, (Şahıslar), s.82.

³¹⁶ von BAR, s.80-81; BORGELT, s.65-66.

³¹⁷ BORGELT, s.82.

³¹⁸ bkz. GOECKE, s.167 ve orada anılanlar.; DIALINAS, Nikolas: Das Mitverschulden des Minderjährigen, seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen im deutschen, französischen und griechischen Recht München-Florenz 1982, s.158; BORGELT, s.65.

İtalyan hukukunda, çocukların ceza kanunundaki (codice penale md.97) düzenlemeye uygun olarak 14. yaşına kadar, ayırt etme gücünden yoksun olduklarına dair bir karinenin geçerli olduğu ileri sürülse de, İtalyan hukukunda hâkim, her somut olayda ayırt etme gücünü belirlemeye çalışacaktır³¹⁹.

1865'deki düzenlemeden farklı olarak 1942 tarihli İtalyan Medeni Kanununda (codigo civile) 2047. maddesi gereğince bir hakkaniyet sorumluluğu öngörülmüştür. Buradaki hakkaniyet sorumluluğu, aynı İsviçre ve Türk hukukundaki gibidir. Bu anlamda hâkim, sorumluluğun oluşup oluşmadığına karar verirken, tazminatın miktarını da belirlemektedir. Yine aynı şekilde buradaki sorumluluk da talî niteliktedir; çocuk ancak onu gözetmekle yükümlü kimsenin sorumlu tutulamaması hâlinde sorumludur³²⁰.

IX. İsviçre Hukuku

Türk Borçlar Kanununa kaynak oluşturan İsviçre Borçlar Kanununun 54. maddesinde hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu da alman Medeni Kanunundan esinlenerek hazırlanmış, bununla birlikte ayırt etme gücü açısından alman hukukundan farklı olarak belirli yaş sınırları tespit etmeyip, bunu hâkime bırakmıştır. Bunun dışında hakkaniyet sebeplerinin belirlenmesi açısından alman hukuku benimsenmiştir.

Diğer yandan, İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında, 41. maddesi ile haksız fiil sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, bir kimsenin başkasına verdiği zarardan dolayı sorumluluğu, ancak kanun çerçevesinde, kendisine söz konusu zararın yüklenebilmesi hâlinde mümkün olacaktır. Maddenin ikinci fıkrasıyla, hangi hâllerde hukuka aykırı bir zararın kişiye yüklenebileceği düzenlemiştir. Bu durumları da 3 bent hâlinde saymış ve a bendinde, kusurlu bir davranış ile bir zararın meydana getirilmesi düzenlemiştir.

³¹⁹ GOECKE, s.167.

³²⁰ von BAR, s.81-82; GOECKE, s.167.

İsviçre Borçlar Kanunu tasarısının 48 b. Maddesinde, ayırt etme gücünden yoksunluk hâlinde doğan sorumluluğu düzenlemiştir. Buna göre mahkemenin, hakkaniyet gereği ve özellikle tarafların ekonomik ilişkilerini dikkate aldığına, meydana gelen zarardan dolayı, istisnaen, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kısmen veya tamamen sorumlu tutulabileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, İsviçre Borçlar Kanununda yüklenebilirliğin, haksız fiil sorumluluğu bakımından şart olduğunu düzenlemiştir. Diğer yandan istisnaen ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet sorumluluğu söz konusu olabileceğini kabul etmiştir. Sorumluluğunun oluşturulmasında, hakkaniyetin ve özellikle tarafların ekonomik ilişkilerinin dikkate alınması gerektiğini düzenlenirken, “özellikle” demek suretiyle bunun sınırlayıcı olmadığını hüküm altına almıştır.

§ 8. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN HAKKANİYET SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumlu tutulabilmesi için, bazı olumlu ve olumsuz koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Olumlu koşullar bakımından, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin şartlarla birlikte, kusur şartı en azından objektif olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir. diğer yandan, hakkaniyet sebeplerinin varlığı sorumluluğun oluşması için gereklidir. Diğer yandan, olumsuz şartlar bakımından, failin ayırt etme gücüne sahip olmaması gerekir ve söz konusu zarardan dolayı, bir başkasının sorumlu tutulamaması gerekmektedir. Aşağıda hakkaniyet sorumluluğun şartları incelenmiş ve tartışmalı hususlar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

I. Olumlu Koşullar

A. Haksız Fiilin Kusur Dışındaki Unsurlar Gerçekleşmiş Olmalıdır

Ayırt etme gücünden yoksun kimseler, ayırt etme gücüne sahip kimselerden daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutulamazlar. Bu nedenle ayırt etme gücüne

sahip kimselerin sorumlu tutulabilmesi için, kusurun sübjektif tarafı dışında, haksız fiilin diğer unsurları bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimseler, ancak ayırt etme gücüne sahip kimseler tarafından işlenseydi kusurlu sayılabilecek davranışlardan sorumlu tutulabilirler.

Öyleyse ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin unsurlarından, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve zarar unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Diğer yandan daha önce değindiğimiz, Borçlar Kanununun Tasarısının 64. maddesinde, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebileceğine göre öncelikle kusur şartının araştırılması gerekmektedir³²¹. Aşağıda, haksız fiilin şartları arasında yer alan unsurlara ilişkin kısa açıklamalarda bulunulmuştur.

1. Hukuka Aykırılık

a. Genel Olarak

Haksız fiilin unsurlarından biri hukuka aykırılıktır. Bu yüzden ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, bu kimsenin davranışı hukuka aykırı sayılmalıdır. Hukuka aykırılık kavramı, haksız fiil sorumluluğu için aranan kusur kavramıyla karıştırılmaya elverişlidir³²². Bununla

³²¹ Bunun dışında, Borçlar Kanununun Tasarısının 64. maddesinde sadece kusur şartı dışında, haksız fiilin diğer şartlarının varlığını arayıp aranmayacağı aşağı. ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır. (bkz. § 8, I, A, 5.).

³²² Hukuka aykırılık kavramının mutlak ve objektif bir görünüm alması hâlinde, bu kavramla kusur kavramı birbirinden az çok uzaklaşmakta, aksi takdirde yani hukuka aykırılık kavramının göreceli ve sübjektif bir görünüme bürünmesi hâlinde de bu iki kavram birbirine az çok yakınlaşmaktadır. Kendi yönünden kusurun da mutlak ve objektif tarzda kavranabilmesi (tamamen objektif kusur) olanaklı olduğu gibi, göreceli ve sübjektif tarzda kavranabilmesi (tamamen sübjektif kusur) de olanaklıdır onun yanında, kavramın kısmen objektif ve kısmen sübjektif, (bize göre objektif) tarzda kavranabilmesine de herhangi bir engel yoktur. Gerek hukuka aykırılık, gerekse kusurun değişik biçimlerde tasarlanabilmesi, onların belirlenebilmesi ve aralarındaki ilişkilerin mahiyet ve kapsamının saptanabilmesini güçleştirmektedir. Bu kavramların tasarlanma biçimlerine göre, bunların birbirinden ayrılmakta ya da birbirleriyle karışmakta, farklı gerçekleri ya da aynı gerçeği dile getirmekte, yan yana, bitişik veya bileşik olabilmekte, bir diğerinin koşulu ya da ögesi

birlikte, hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu; kusur ise, failin bu hukuka aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle, davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade etmektedir. *Hukuka aykırılık, fiil açısından objektif, kusur ise, fail açısından subjektif bir değerlendirmedir.* Bu açıdan ayırt etme gücünden yoksun bir akıl hastası, bir kimseyi yaraladığı zaman, işlediği fiil hukuka aykırı olmasına rağmen bu kimsenin kusurundan bahsedilmesi mümkün değildir³²³.

Hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda yine iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan biri objektif, diğeri subjektif teoridir. Aşağıda önce bu teoriler ortaya konulacak olup, daha sonra, hukuka aykırı davranış için ayırt etme gücünün bulunması gerekip gerekmediği ortaya konulacak ve hukuka uygunluk sebepleri incelenecektir.

aa. Subjektif Teori

Subjektif teoriye göre, zarar verici fiil, ancak failin bu tarz bir fiili işlemeye yetkili olmaması hâlinde hukuka aykırıdır. Fiile hukuka aykırılık verdiren, failin başkasına zarar verme hakkının olmamasıdır. Burada “hukuka aykırılık”, “haksızlıktır”. Fail, başkasına bir hakkı veya bir yetkisi olmadan zarar verdiği için sorumlu tutulmaktadır³²⁴. Hak, hukuk düzenin kendisine tanıdığı yetki olduğuna

durumuna girebilmektedir. Hukuka aykırılıkla, kusur arasındaki ilişkiler nasıl tasarlanırsa tasarlanırsa, hukuka aykırılıkla kusur birbirleriyle çok yakından ilişkili olduğu kabul edilmelidir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.203; **OFTINGER/STARK**, I, s.184 vd.; **BREHM**, Art.41, N.43, s.24; **BSK-SCHNYDER**, Art.41, N.33.

³²³ **OĞUZMAN/ÖZ**, s.477; **İNAN**, s.277; **BREHM**, Art.41, N.43, s.24; **BOSSHARD, Erich**: Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art.41 OR, Zürich 1988, s.30; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.40-41; **GÜVEN**, II, s.169; **AYBAY**, s.78; Raschein, hukuka aykırılık kavramı ile kusur arasındaki farkın İsviçre Borçlar Kanununun 41. maddesinden çıkarılabildiği, ayrıca, kanunun değişik maddelerinde, örneğin hatayı düzenleyen 26. maddesinde, aynı şekilde 200 ve 207. maddede, bunun açıkça görülebildiğini ileri sürmektedir. Diğer yandan kusur ile hukuka aykırılık kavramında bir ayırımın yapılması ayırt etme gücünden yoksun kimselerin saldırılarına karşı korunması bakımından gerekli olduğunu belirtmektedir. bkz. **RASCHEIN, Heinz**: Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrecht, Malix 1985, s.221-222; **SPICKHOFF, Andreas**: Gesetzesverstoß und Haftung, Köln, Heymann 1998, s.215-216; **DEUTSCH, Erwin**: Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963, s.44 vd.; von Büren ise, hukuka aykırılık ile kusur arasında herhangi bir fark görmeyip, ikisinin de aynı şeyi ifade ettiğini belirtmektedir. **von BÜREN, Bruno**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s.256 vd.

³²⁴ **BECKER**, Art.41, N.37; **OFTINGER**, I, s.128-129, N.4; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.41, **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.173-174; **RASCHEIN**, s.230-231; **KANETİ**, (Kusur), s.38; **İNAN**,

göre, failin bu yetkileri içersinde davrandığı sürece hukuka aykırı bir davranışta da bulunmayacaktır. Bu teori kapsamında, hukuka aykırılık sorunu, bizzat zarar verici davranışta, yani zararlı sonuçta aranmalıdır. Zarar verici her fiil, karineten hukuka aykırı bir fiil oluşturmaktadır. Fail, zarar verici davranışta hakkı olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir³²⁵.

bb. Objektif Teori

Normatif teori³²⁶ olarak da adlandırılan objektif teori çerçevesinde hukuka aykırılık, yalnızca bu davranışın kendisine göre belirlenmekte, onun niteliği dikkate alınmamaktadır. Başka bir ifadeyle, başkasına zarar verme olgusu, tek başına hukuka aykırılığı oluşturmaz. Bu teoriye göre hukuka aykırılık, zarar verme olgusunda değil failin davranışında dikkate alınmalıdır. Bu açıdan bir davranış ancak başkalarının hak ve menfaatlerini koruyan objektif bir hukuk normuyla, yani genel bir davranış kuralıyla çatıştığı zaman, hukuka aykırılık oluşturur. İşte görüldüğü üzere hukuka aykırılık, ancak başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden genel bir kuralının ihlali hâlinde oluşmaktadır³²⁷.

s.267; **EREN**, (Borçlar), s.545; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.477; **BSK-SCHNYDER**, Art.41, N.32; **GABRIEL**, s.56-57.

³²⁵ **EREN**, (Borçlar), s.545; Fransız hukukunda hukuka aykırılık konusunda sübjektif sistem kabul edilmiş olup, başkasına zarar veren her türlü davranış, failin kusurundan ileri geliyorsa bu davranışı hukuka aykırı sayılmaktadır. Bu sisteme göre, davacı, kendisine zarar veren fiilin bir hukuk kuralına aykırı düştüğünü ispat etmek zorunda değildir; zira kusura dayanan her “zarar verici” fiilin hukuka aykırı olması asıldır. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 476; Federal mahkemenin bu teoriyi reddeden kararı için bkz.aşağ. dpn. 317; **BOSSHARD**, s.45 vd.; **BREHM**, Art.41, N.33-a, s.18-19; **İNAN**, s.267; **TİFTİK**, s.48; **BSK-SCHNYDER**, Art.41, N.32; Fransız hukukundaki hukuka aykırılık (faute) kavramı için bkz. **RASCHEIN**, s.209 vd.

³²⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, s.478; bu teori bir anlamda kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kuralı niteliğindeki genel davranış normlarına aykırılık olduğundan normatif teori olarak adlandırılmaktadır. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.546; **BREHM**, Art.41, N.33a, s.19.

³²⁷ **OFTINGER**, I, s.129; **DESCHENAU/TERCIER**, s.41; **İNAN**, s.267; **EREN**, (Borçlar), s.546-547; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.478; **BSK-SCHNYDER**, Art.41, N.31; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.174; **STARK**, N.259; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.18, **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.41, N.8-9; **TİFTİK**, s.48-49; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 476; **BREHM**, Art.41, N.33 ve 34 vd, s.18-19; **GABRIEL**, s.64 vd.

Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında hakim görüş objektif teoridir³²⁸. İsviçre Federal Mahkemesine göre bir davranış, ancak ihlâl edilen hakları, hukukî varlık ve menfaatleri koruma amacıyla konulmuş emir ve yasakları çiğnediği takdirde hukuka aykırı sayılabilir³²⁹.

b. Hukuka Aykırılığın Tanımı

Hukuka aykırılığa ilişkin bu açıklamalardan sonra bu kavramın tanımını verebiliriz. Hukuka aykırılık kavramı, Borçlar Kanununun 41. maddesinde tanımlanmamıştır. Bu nedenle bu tanımlı yapmak doktrine kalmıştır³³⁰. Hakim teoriye göre hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birisinin bulunmaması hâlinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan yada zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her türlü davranıştır. Başka bir ifadeyle, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde koruma amacı güden yazılı veya yazılı olmayan emredici kural ihlâline hukuka aykırılık denir³³¹.

³²⁸ Federal mahkeme, sübjektif teoriyi açıkça reddetmektedir. BGE 82 II 25. Kantonal mahkemeye göre, haklı bir sebep olmaksızın, davalının davacıya ağır cismanî zararlar vermesini hukuka aykırı saymıştır. Bu suretle mahkeme hukuka aykırılık konusunda sübjektif teoriyi kabul etmiştir. Federal mahkemenin, içtihadı ise farklı olmuştur. Federal mahkeme, objektif teoriye dayanarak, hukuk düzeninin, ihlâl edilen hukukî değerleri korumaya hizmet eden yazılı yada yazılı olmayan yasaklarına veya emirlerine aykırı, zarar verici davranışı hukuka aykırı saymıştır. Ayr. bkz. BGE 123 III 312; 122 III 192; 119 II 127; 115 II 18; 113 Ib 423; 108 II 311; **KANETİ**, (Hukuka Aykırılık) s.80. ayr. bkz. **VON TUHR/PETER**, s.408-409, dpn.17; **RASCHEIN**, s.231-232.

³²⁹ **BOSSHARD**, s.91 vd.; Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, her iki teori arasındaki fark daha çok teoriktir. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.547; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.174; teoriler arasındaki bu farklar için bkz. **GABRIEL**, s.61 vd.

³³⁰ Borçlar Kanununun tasarısında yapılan çalışmalarda, hukuka aykırılık kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Buna göre, Borçlar Kanununun öntasarısının 56. maddesinde, hukuka aykırılığı "Hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı değerlerini zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar" olarak tanımlamaktaydı. Ancak, kanun ile b kavramı sınırlamamak maksadıyla olsa gerek, bu hüküm daha sonradan komisyondan çıkarılmıştır ve oluşturulan tasarıda da hukuka aykırılık kavramı tanımlanmış değildir.

³³¹ **EREN**, (Borçlar), s.547-548; **OFTINGER**, I, s.128; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.174 vd.; **KELLER/GABI**, s.36; **YUNG**, s.110; **HONSELL**, s.40; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 42 vd.; **VON TUHR/PETER**, s.408 vd.; BGE 47 II 176-179; 78 II 419-422; 79 II 424-438; 82 II 25-28; 90 II 86-88; 91 II 401-405; 93 II 170-183; 95 II 83-91; 95 II 481-491 vd.; 109 II 123-124; 119 II 127-128; **KOZIOL**, **Helmut/WELSER**, **Rudolf**: Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil Schuldrecht, Bd. I, Wien 1983, s.337; **TİFTİK**, s.49; **REİSOĞLU**, (Borçlar), s.137-138; **KANETİ**, (Kusur), s.39; **AYBAY**, s.77; **BAŞTUĞ**, **İrfan**: Borçlar Hukuku, "Genel Hükümler", İzmir 1977, s.218; **BREHM**, Art.41, N.33, s.18; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.478; **OECHSLER**, § 826, N.24 vd; ayr. bkz. **SPICKHOFF**, s.55 vd.; **DEUTSCH/AHRENS**, s.40; **MEISTER-OSWALD**, s.21; **MEDICUS**, **Dieter**: Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 2003, § 136, N.750.

Hukuka aykırılığın tanımı verildikten sonra, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukuka aykırı davranıp davranamayacağı hususuna değinmek gerekir. Doktrinde baskın görüş bu soruya olumlu cevap vermekle birlikte, bu konuda farklı görüşler de mevcuttur. Bu konuda Müller, hukuka aykırılık kavramının oluşması için mutlaka ayırt etme gücünün varlığını aramaktadır. Müller'e göre, her türlü eylem, insanın iradesi çerçevesinde yapılmalı, iradesinin bir sonucu olarak gerçekleşmelidir. Hukukî önemi bulunan bir eylem, hukukî öneme sahip bir irade sonucunda oluşmalıdır. İşte bu irade, çocuklarda ve akıl hastalarında varolmadığından, bunların ne bir fiil ehliyeti, ne bir işlem ehliyeti ne de bir haksız fiil ehliyeti vardır. Bunların, hukuken geçerli olabilecek herhangi bir eylemde bulunmaları mümkün değildir. Bu nedenle Müller, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin eylemlerini hukukî olarak değil, tıpkı bir hayvanın eylemleri gibi, tesadüfi nitelik taşıdığını ileri sürmektedir. İşte bu görüşten hareketle, Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı çerçevesinde belirtilen sorumlulukta yer alan vakıalar bir hukukî eylem oluşturmadığı için, bu eylemleri bir haksız fiil olarak tanımlamamız mümkün değildir. Müller bu şekilde, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hareketlerini hayvanların veya cansız varlıkların meydana getirdikleri zararlar gibi bir irade neticesinde olmadığını, bu nedenle de bunların eylemlerinde bir hukuka aykırılık oluşamayacağını savunmaktadır³³².

Müller'in bu görüşü doktrinde kabul görmemiş ve Almanya'da eleştiri bulmuştur. Kanımızca da bu görüşe katılmak pek mümkün değildir, zira BGB 829. paragrafı gibi, Borçlar Kanununun 54. maddesi de haksız fiiller faslı altında yer aldığı açıkça görülmektedir. Dolayısıyla, hakkaniyet sorumluluğunun oluşabilmesi için, mutlaka bir hukuka aykırılığın bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun gibi, hukuka uygunluk sebepleri de sorumluluğun doğmasını engellemektedir.

³³² **MÜLLER, Wilhelm:** Der Begriff der unerlaubten Handlungen für das Deutsche Reich, Halle 1900, s.40-42; ayr. bkz. **HERTEL**, s.45-46.

c. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebepleri, birbiriyle çatışan iki hukukî varlık ve menfaatten, iki koruma normundan birinin daha üstün tutulmasını ifade eder. Üstün tutulan varlık veya menfaat, zararverenin menfaatidir. Eğer somut olayda zararveren lehine bir üstün koruma normu ve dolayısıyla bir uygunluk sebebi varsa onun davranışı, hukuka aykırı nitelik taşımayacaktır³³³.

Medeni Kanununun 24. maddesinde kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yalpan her türlü saldırının hukuka aykırı olduğunu belirterek, hukuka uygunluk sebeplerini olumsuz bir tanımla saymıştır.

aa. Kamu Yetkisinin Kullanılması

Kamu hukukundan doğan bir yetkinin ilgili bir memur veya kamu görevlileri tarafından kanuni şart ve sınırları içerisinde kullanılması, hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin, kamu yetkisini kullanması söz konusu olmadığına göre, bu konuya ayrıntılı olarak yer vermeyeceğiz.

Buna karşılık kamu görevlisinin ayırt etme gücüne sahip olmamasına rağmen görevinde devam edip de bir zarar meydana getirmesi hâlinde zarara kimin karşılayacağı hususu tartışılabilir. Bu hâllerde, yapılan, işlemin şekli anlamda görevle ilgili olup olmadığına bakılmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip kimse, görevini ifa ederken işlediği davranışından dolayı bir hakkaniyet sorumluluğu olup olmadığı tartışılabilir.

Kanımızca, devletin işlem ve tasarruflarından dolayı bir zarar meydana gelmesi hâlinde, sorumluluk devletin olmalıdır. Bu anlamda, memurun bir zarar meydana getirmesi hâlinde, zararı öncelikle devlet karşılayacaktır. Rücu ilişkisi

³³³ EREN, (Borçlar), s.563 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.488 vd.; DESCHENAUX/TERCIER, s. 44; KOZIOL, (Haftpflichtrecht) s.75; BGE 101 II 177.

bakımından, devletin hakkaniyete dayanması da mümkün olmamalıdır, zira bu sorumluluğun oluşması için esas itibariyle tarafların ekonomik durumlarına bakıldığından, devletin memur karşısındaki durumu bu şartı yerine getirmeyecektir.

bb. Özel Hukuktan Doğan Bir Hakkın Kullanılması

Kanuni sınırlar içinde kalmak kaydıyla özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması da hukuka aykırılık meydana getirmeyecektir. Örneğin komşuluk hakları çerçevesinde malikin mülkiyet hakkının kullanılmasına katlanmak zorundadır. Ancak bu hakkın kötüye kullanılmaması gerekmektedir, aksi takdirde bu durum da hukuka aykırılık oluşturacaktır. Hakkın kötüye kullanılması hâlinde artık, hukuka uygunluk bakımından çatışan değerler açısından menfaat üstünlüğü de ortadan kalkacağından fiil hukuka aykırılık oluşturacaktır³³⁴.

Bu bakımdan ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin özel hukuktan doğan bir hakkını kullanmasından dolayı bir hukuka aykırılık da meydana gelmeyecektir. Örneğin, komşuluk ilişkileri çerçevesinde mülkiyet hakkının kullanılmasında olduğu gibi.

cc. Zarar Görenin Rızası

Zarar görenin rızası da hukuka uygunluk sebepleri arasında yer almaktadır. Buna karşılık, Borçlar Kanununun 41. maddesinde zarar görenin rızasını hukuka uygunluk sebepleri arasında düzenlemiş değildir. Bununla birlikte Borçlar Kanununun 44. maddesinde bu durumun tazminatın indirilmesi veya hiç tazminata hükmedilmemesi sebebi olarak düzenlenmiştir.

Hak, hukuk düzenin bireylere tanıdığı yetki olduğuna göre, herkes bu yetkilerden kural olarak vazgeçebilir. Bir kimsenin kendisine tanınan haktan vazgeçmesi, hukuk düzenince kendisine tanınan korumadan vazgeçmesi anlamına gelmektedir. İşte zarar görenin zarara rızasının varlığı hâlinde kural olarak hukuka

³³⁴ EREN, (Borçlar), s.563-564; SAYMEN/ELBİR, s.447; İNAN, s.269; BAŞTUĞ, s.220; DESCHENAUX/TERCIER, s. 45; von TUHR/PETER, s.418; REİSOĞLU, (Borçlar) s.139.

aykırılık oluşmaz. Rızanın geçerli olarak verilebilmesi için, fiil ehliyetinin, irade sakatlığının bulunmaması; vazgeçmenin hukuka ve ahlâka aykırı olmaması gerekir³³⁵.

Bununla birlikte, kişilik haklarından kısmen veya tamamen feragat edilmesi mümkün olmadığına göre bu hâllerde rıza da söz konusu olmayacaktır. Bu hâller, Borçlar Kanununun 44. maddesi çerçevesinde hâkim açısından tazminattan indirim sebebi oluşturacaktır.

Bu noktada, zarar verenin ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinde durum ne olacaktır sorusu akla gelebilir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun bir kimseye zarar konusunda bir rıza verilmesi hâlinde, nasıl bir sonuca ulaşılabilecektir. Kişilik hakları dışında meydana gelen zararlarda, herhangi bir sorun yoktur. Bu hâllerde, genel ilkemiz geçerli olacak ve ayırt etme gücünden yoksun kimse, ayırt etme gücüne sahip bir kimseden daha bir sorumluluğa tabi tutulamayacak ve verdiği zararlardan sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, kişilik hakkına verilen zararlar açısından cevabımız bu kadar rahat olmayacaktır.

Borçlar Kanununun 44. maddesinde, hâkimin tazminatta bir indirime gidebileceği veya hiç tazminata hükmetmeyebileceği düzenlenmiştir. Bir yandan Borçlar Kanununun 41. maddesiyle, hâkime hangi hâllerde tazminatı indirme veya hiç tazminata hükmetmemeyi vermiştir. Diğer yandan, kişinin ayırt etme gücünden yoksun durumda olması, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin şartların varlığını gerektirecek midir?

Bu soruların yanıtını bulabilmemiz için, öncelikle Borçlar Kanununun 44. maddesinin hangi hâllerde söz konusu olacağı ve hangi hâllerde bir indirim sebebi veya tazminattan muafiyet hâli oluşturacağı ortaya konulmalıdır. Ancak bu konu

³³⁵ **EREN**, (Borçlar), 564; **İNAN**, s.267; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 44; **von TUHR/PETER**, s.419; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.139; **SAYMEN/ELBİR**, s.447-448; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.75-77; **AYBAY**, s.78; **HATEMİ**, s.40; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.490; **BREHM**, Art.41,N.63, s.34, ayr. bkz. Art.44, s.156 vd.; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.205; **HONSELL**, s.54; **REY**, N.762; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.484; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.179; **DEUTSCH/AHRENS**, s.49-50; **GABRIEL**, s.90 vd.; **MEDICUS**, § 136, N.765.

aşağıda ayrıntılı olarak incelendiğinde oradaki açıklamalara atıfta bulunmakla yetineceğiz³³⁶.

dd. Vekaletsiz İşgörme

Vekaleti olmadan başkası adına iş gören kişinin fiili de hukuka uygunluk sebeplerindedir. Bununla birlikte, vekaletsiz iş görenin başkasının işini görmek niyetiyle harekete ederek, o kişinin menfaatine veya olası iradesine uygun davranışta bulunması gerekir. Örneğin, bilincini kaybetmiş bir kimsenin hastaya hekimin yaptığı müdahâle, evin duvarları yıkılmak üzere olan bir kimsenin bu duvarları tamir ettirmek, iş sahibinin yararına vekaleti olmadan iş görmeyi oluşturur. Vekaletsiz iş görmede iş sahibinin, müdahâleye rızası olduğu varsayımından hareket edilmektedir³³⁷.

İşin görülmesi, iş sahibinin menfaatine veya muhtemel iradesine uygun olmaması hâlinde iş, hukuka aykırı sayılmakla birlikte, haksız fiil de oluşturmaz. Bu hâlde daha çok vekaletsiz iş görmeye dayanan bir hukukî ilişki meydana gelmektedir ve uyuşmazlık bu çerçevede çözüme kavuşacaktır³³⁸.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, vekaletsiz işgörme sayılacak bir davranışta bulunması hâlinde, vekaletsiz işgörme hükümlerinin uygulanması elbette mümkündür.

ee. Meşru Savunma

Borçlar Kanununun 52. maddesinin birinci fıkrasına göre meşru savunma durumu da hukuka aykırı değildir. Meşru savunma, bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının hukukî varlığını, bir kişinin hâli hazır veya çok yakın ve hukuka aykırı bir

³³⁶ bkz. § 12, II.

³³⁷ EREN, (Borçlar), s.567; İNAN, s.270; SAYMEN/ELBİR, s.448; buna karşın Gabriel, vekaletsiz işgörmenin hukuka uygunluk sebebi olarak görmemektedir, zira vekaletsiz İşgörme hükümlerinin hukuka aykırılık durumunu ortadan kaldırmamaktadır, sadece özel bir sorumluluğa ilişkin şartları oluşturduğunu belirtmektedir. bkz. GABRIEL, s.95.

³³⁸ EREN, (Borçlar), s.567; İNAN, s.270.

saldırısından kurtarmak için bu kişinin hukukî varlığını ihlâl eden zorunlu bir savunma fiili olarak tanımlanabilir³³⁹.

Meşru savunmadan bahsedilebilmesi için, meşru savunmada bulunan kişinin kendisinin veya üçüncü bir kişinin şahıs veya malvarlığına karşı yönelmiş bir saldırı olmalıdır. Bu saldırı, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, ırz, namus veya şerefe karşı yönelmiş olabileceği gibi bir malvarlığına karşı da yönelmiş olabilir³⁴⁰. Diğer yandan bu saldırı başlamış veya başlaması çok yakın olmalı ve devam etmelidir. Başka bir ifadeyle, önleyici meşru savunma olamayacağı gibi, saldırı bittikten sonra meşru savunma söz konusu olmayacaktır³⁴¹. Ayrıca, saldırı hukuka aykırı olmalıdır. İztırar hâli ve meşru savunma hâline karşı meşru savunma söz konusu olmaz. Bununla birlikte, saldırının kusurlu bir fiil olması da şart değildir. Bu nitelikte, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin fiiline karşı da meşru savunma söz konusu olabilir³⁴². Son olarak, meşru savunma ile saldırı arasında bir dengenin bulunması ve savunma fiilinin saldırgana karşı kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle, saldırıyı önleme amacını ve sınırını aşan davranışlar hukuka aykırı nitelik taşıyacağı gibi,

³³⁹ FEYZİOĞLU, s.485; REİSOĞLU, (Borçlar), s.140; TANDOĞAN, (Mes'uliyet), s.33; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.467; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.486; EREN, (Borçlar), s.567; ERDOĞAN, İhsan: "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru", SÜHFD., C.3, Ocak-Haziran 1990, S.1, s.114; BAŞTUĞ, s.220; İNAN, s.270; OĞUZMAN/ÖZ, s.489; UYGUR, C.3, s.2586; SAYMEN/ELBİR, s.448; KARAHASAN, C.1, s.402; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.1; DESCHENAUX/TERCIER, s.45; OFTINGER/STARK II/1, s.82; von TUHR/PETER, s.420; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 52, N.6 vd.; BECKER, Art.52, N.2 vd.; BREHM, Art.52, N.6, s.511; DEUTSCH/AHRENS, s.47; HATEMİ, s.36; GABRIEL, s.93.

³⁴⁰ von TUHR, s.372; TANDOĞAN, (Mes'uliyet), s.33-34; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.2; FEYZİOĞLU, s.487; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.486; EREN, (Borçlar), s.567-568; SAYMEN/ELBİR, s.450; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.198; OĞUZMAN/ÖZ, s.489; UYGUR, C.3, s.2586; İNAN, s.271; KARAHASAN, C.1, s.402-403; AYBAY, s.79; TEKİL, s.130; REİSOĞLU, (Borçlar), s.140; GÖKCAN, s.24; BREHM, Art.52, N.10-11, s.511; OFTINGER/STARK II/1 s.83; BGE 93 IV 81-83.

³⁴¹ DESCHENAUX/TERCIER, s.46; OFTINGER/STARK II/1, s.83; von TUHR/PETER, s.420; BECKER, Art.52, N.3 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.450; REY, N.777; KARAHASAN, C.1, s.403; İNAN, s.271; KELLER/GABI, s. 45 vd.; KOZIOL/WELSER, (Schuldrecht) s.338; İNAN, s.270; EREN, (Borçlar), s.568; OĞUZMAN/ÖZ, s 490; Bununla birlikte, saldırıya söz konusu olan eşyanın failde bulunması, onun kaçma hâlinde takibi sırasında meşru savunma gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle, fail ile hakkını savunan kimsenin, savunma konusundaki fiilini devam ettiği sürece, yani doğrudan temasta buldukları sürece geçerli olmaktadır. bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 52, N. 11; BREHM, Art.52, N.12-13, s.511-512; BGE 107 IV 12-14; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.2-3.

³⁴² EREN, (Borçlar), s.568; OĞUZMAN/ÖZ, s.489; KARAHASAN, C.1, s.403-404; HATEMİ, (Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), § 3, N.39; von TUHR/PETER, s.421; BECKER, Art.42, N.4; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 52, N.8; SAYMEN/ELBİR, s.450; İNAN, s.271; BREHM, Art.52, N.17; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.5; OFTINGER/STARK, II/1, s.85; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.199.

üçüncü kişilere karşı işlenen davranışlar meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecektir. Başka bir ifadeyle savunma, haksız tecavüzü önleme amacı gütmeli, bu amaçtan ayrılarak kendi başına bir tecavüz niteliği taşımamalıdır. Bu yüzden, tecavüzü önlemek için zorunlu olmayan fiiller, savunma sayılamaz. Karşılıklı olarak zarara uğratılan değerler arasında aşırı bir oransızlık meydana gelecekse, meşru savunma kabul edilemez³⁴³.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin yukarıdaki şartların varlığı hâlinde, her ne kadar ayırt etme gücünden yoksun olsa bile, davranışı hukuka aykırı sayılmaması mümkün değildir. Ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin, kendisini korumak için saldırganı bir zarara uğratması hâlinde, herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Örneğin, üzerine bir bıçakla yürüyen bir saldırganı defetmek için ona yumruk atan bir akıl hastasının bu davranışından dolayı sorumluluğu da olmaz.

ff. Zaruret (İztırar) Hâli

Borçlar Kanununun 52. maddesi gereğince, kendisini veya diğerini zarardan yahut derhâl meydana gelecek bir tehlikeden kaçınmak için başkasının mallarına zarar veren kimsenin, bu davranışı da hukuka aykırı sayılmamaktadır.

Zaruret hâlinin söz konusu olabilmesi için gereken şartlar şunlardır. Öncelikle bir kişinin şahsını veya mallarını tehdit eden çok yakın bir tehlike bulunmalıdır³⁴⁴.

³⁴³ **EREN**, (Borçlar), s.568-569; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar) s.199-200; **İNAN**, s.272; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.490; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 486; **KARAHASAN**, C.1, s.405-406; YG 4. HD.nin 6.10.1977 T. ve E.8347, K. 9213 sayılı kararından: "...savunmanın haklı sayılabilmesi için, bu savunmanın vaki saldırıyı durdurmak ve defetmek için gerekli ölçüde olması şarttır. Bu ölçü ise, tecavüzü durdurmak için en az zararlı olan yol ve vasıta ne ise onu seçmekten ibarettir." bkz. **KARAHASAN**, C. I, s.403, dnp.79; **BREHM**, Art.52, N.16, s.513; **AYBAY**, s.79; **OFTINGER/STARK**, II/1 s.83; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.46; **BSK-SCHNYDER**, Art.52, N.4; **DEUTSCH/AHRENS**, s.47.

³⁴⁴ **von TUHR**, s.372; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.38; **FEYZİOĞLU**, s.493; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, (Borçlar), s.487; **EREN**, (Borçlar), s.570; **ERDOĞAN**, s.115; **GİRİTLİOĞLU**, Neclâ: Müdahâlenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1984., s.85; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.491; **UYGUR**, C.3, s.2587; **KARAHASAN**, C.1, s.407; **İNAN**, s.273; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar) s.200; **REİSOĞLU**, (Borçlar), s.141; **GÖKCAN**, s.25; **BREHM**, Art.52, N.41 vd., s.520-522; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.46; **von**

Bu kişinin, böyle bir tehlikeden gerek kendisini, gerekse bir başkasını kurtarmak için harekete geçmesi ve zarara bu sebeple yol açmış olması gerekir³⁴⁵. Diğer yandan tehlikeyi etkisiz kılmak isteyen kişinin, ancak başkasının malına zarar verme hakkı vardır; başkasının şahsına zarar veremez³⁴⁶. Tehlike, malı zarara uğratan kişinin, tecavüz oluşturan bir fiilinden ileri gelmemelidir; aksi hâlde, zaruret hâli değil, meşru savunma söz konusu olur³⁴⁷. Başkasının malına verilen zarar, tehlikeyi uzaklaştırmak için gerekli olmalıdır, yani başka türlü hareket etme imkânının olmaması gereklidir; böylece tehlikeyi önlemeye elverişli olmayan tahripler için ve tehlikenin, meydana getirilen zarardan daha önemsiz olduğu açık olan durumlarda bu hüküm uygulanmaz³⁴⁸. Zaruret hâlinde yapılan davranışın sonucunda Borçlar Kanununun 52. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, bir hakkaniyet sorumluluğunun kabul edildiği yukarıda ortaya konulmuştur. Peki ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin ıztırar hâlinde bulunması hâlinde, hakkaniyet sorumluluğu 52. madde çerçevesinde mi, yoksa 54. maddesi kapsamında mı çözümlenecektir.

-
- | | | | | | | |
|----------------|--|-----------------|------------------|-------------------|----------|-------------------|
| | TUHR, | Andreas: | Der | Nothstand | im | Civilrecht, |
| | Heidelberg 1888, s.41 vd. | | | | | |
| ³⁴⁵ | von TUHR, | s.375; | TANDOĞAN, | (Mes'uliyet), | s.37; | FEYZİOĞLU, |
| | TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (Borçlar), s.487; HATEMİ, s.37; EREN, | | | | | |
| | (Borçlar), s.570; ERDOĞAN, s.115; GİRİTLİOĞLU, s.85; AYBAY, s.79; İNAN, s.273; | | | | | |
| | OĞUZMAN/ÖZ, s.491; UYGUR, C.3, s.2587; KARAHASAN, C.1, s.407; KILIÇOĞLU, | | | | | |
| | (Borçlar) s.201; REİSOĞLU, (Borçlar), s.141; SAYMEN/ELBİR, s.451; GÖKCAN, s.25; | | | | | |
| | DESCHENAUX/TERCIER, s.46; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.10; DEUTSCH/AHRENS, | | | | | |
| | s.48; KOZIOL/WELSER, (Schuldrecht) s.338. | | | | | |
| ³⁴⁶ | von TUHR, | s.375-376; | von TUHR | (Nothstand), | s.43; | TANDOĞAN, |
| | FEYZİOĞLU, s.494; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (Borçlar), s.487-488; | | | | | |
| | EREN, (Borçlar), s.569; GİRİTLİOĞLU, s.85; OĞUZMAN/ÖZ, s.491; BSK-SCHNYDER, | | | | | |
| | Art.52, N.11; UYGUR, C.3, s.2588; KARAHASAN, C.1, s.407; KILIÇOĞLU, (Borçlar), s.201; | | | | | |
| | REİSOĞLU, (Borçlar), s.141; GABRIEL, s.93; GÖKCAN, s.25; Ancak bazı durumlarda, | | | | | |
| | meslekî ve ticarî nitelikteki kişisel değerler bakımından da zaruret hâli söz konusu olabilir. | | | | | |
| | Örneğin, bir fabrikanın ürettiği yiyecek maddelerine çok tehlikeli bir zehir karışmışsa, kişileri | | | | | |
| | ölümden kurtarmak için toplumu uyaran ya da bu ürünlerin tümünü yok eden, bu şekilde fabrika | | | | | |
| | sahibinin iflâs etmesine ve ekonomik varlığının yok olmasına sebep olan kişinin davranışı | | | | | |
| | böyledir (ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.467-468). | | | | | |
| ³⁴⁷ | TANDOĞAN, | (Mes'uliyet), | s.38; | FEYZİOĞLU, | s.493; | EREN, |
| | (Borçlar), s.570; | | | | | |
| | TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.488; OĞUZMAN/ÖZ, s.489; | | | | | |
| | KARAHASAN, C.1, s.407; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.201; GÖKCAN, s.25; KELLER/GABI, | | | | | |
| | s.48; OFTINGER/STARK, II/1, s.92; BREHM, Art.52, N.44 vd., s.521. | | | | | |
| ³⁴⁸ | von TUHR, | s.375; | TANDOĞAN, | (Mes'uliyet), | s.39-40; | FEYZİOĞLU, |
| | s.493-494; | | | | | |
| | TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, (Borçlar), s.488; EREN, (Borçlar), s.570; | | | | | |
| | OĞUZMAN/ÖZ, s.491; İNAN, s.274; UYGUR, C.3, s.2587; KARAHASAN, C.1, s.408; | | | | | |
| | REİSOĞLU, (Borçlar), s.136; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.201; BAŞTUĞ, s.220-221; | | | | | |
| | GÖKCAN, s.25; BSK-SCHNYDER, Art.52, N.11 ve 13; BREHM, Art.52, N.42 vd., s.521. | | | | | |

Kanımızca, burada 52. maddesi anlamında bir sorumluluğun kabul edilmesi gerekir. Zira, hukuka 54. maddenin uygulanması için, hukuka uygunluk şartının varlığı aranmalıdır. Buna göre, kararlaştırılan zarar miktarı da buna göre belirlenecektir.

2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Fiili, Objektif Olarak Kusurlu Sayılmalıdır

Bir kimsenin Borçlar Kanununun 54. maddesi anlamında sorumluluğu oluşabilmesi için, sübjektif kusur şartının gerekmediği, hakkaniyet sebeplerinin bulunması durumunda, bu kimsenin sorumlu tutulabileceğini daha önce belirtmiştik. Bununla birlikte, kusur şartının aranmamasına rağmen, ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, yapılan davranışın ayırt etme gücüne sahip bir kimse açısından da kusur olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, aynı davranış, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için kusur olarak nitelendirilemiyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kimse açısından da bir sorumluluk oluşmamalıdır. Aksi görüş, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunu ayırt etme gücünden yoksun kimselerden daha ağır bir hâle sokacaktır³⁴⁹.

Doktrindeki baskın görüş bu olmakla birlikte, özellikle alman hukukunda, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunda, kusurun bulunabileceği ileri sürülmüştür. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışını kusur olarak sayabilmek için öncelikle kusur kavramı ile, ne anlaşılması gerektiği ortaya

³⁴⁹ Failin hareketi, ayırt etme gücüne sahip bir kimse olsaydı, kusur olarak kabul edilebilmelidir; örneğin ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin göstereceği özeni, ayırt etme gücünden yoksun kimseden beklenmemelidir. Ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin, ani bir patlama sesinden ürkererek yumurta sepeti taşıyan birine çarpması, ayağı kayarak düşen ve cadde üzerinde sergilenen bir mala zarar vermesi hâlinde bundan sorumlu tutulması mümkün olmadığına göre, bundan dolayı ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin sorumlu tutulması da mümkün olmamalıdır. bkz. **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.58-59; bununla birlikte, bazı yazarlar, bu şartın Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası için şart olmadığını, dolayısıyla bu hâllerde dahi hakkaniyet sorumluluğuna gidilebileceği fikrindedir. Diğer yandan, hâkimin bu durumu tazminat miktarını belirlerken dikkate alması gerektiği düşüncesindedirler. bkz. **HOMBERGER**, s.3a; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri) s.190-192; **KARAHASAN**, C.1, s.503; **SAYMEN/ELBİR**, s.404; **BREHM**, Art.54, N.17; **OFTINGER/STARK**, II/1 s.145; **BSK-SCHNYDER**, Art.54, N.5; **SPINDLER/BAMBERGER**, **H. GEORG/ROTH**, **H.**: "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Bd. 2, München 2003, § 829, Rn.2; **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.25; **MEISTER-OSWALD**, s.39; **JANSEN**, s.141; **STAUDINGER**, **ANSWAR/Hk-BGB**: Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar 3. Auflage, Baden-Baden 2003, § 829, N.4, 6.

konulmalıdır. Aşağıda, öncelikle kusur kavramına ilişkin olarak bazı açıklamalarda bulunulacak olup, daha sonra bu görüşlere yer verilecektir.

3. Kusur Kavramı

Haksız fiil sorumluluğunda kusur, Borçlar Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrasında, sorumluluğun kurucu unsuru olarak yer almaktadır. Bununla birlikte kusur, Borçlar Kanunu tarafından tanımlanmış değildir. Kusur, doktrin ve uygulamada³⁵⁰, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği bir davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır³⁵¹. Başka bir ifadeyle kusur, hukuka aykırı bir sonucu istemek (kast) veya bu neticeyi istememekle beraber, hukuka aykırılıktan kaçınmak için iradeyi yeterli derecede yormamak şeklinde tarif edilmektedir³⁵². Kusur hangi şekilde olursa olsun, her zaman hukuka aykırı bir davranış gerektirir. Bu açıdan her kusurlu fiil, aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış oluşturacaktır. Kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması söz konusu olamaz³⁵³. Zira hukuka uygun bir davranışın hukuk düzeni tarafından kınanması da söz konusu olmaz³⁵⁴.

Hukuk düzeni, toplum hâlinde yaşayan insanların birbirlerine nasıl hareket etmelerini gerektiğini gösteren bir toplum düzenidir. Diğer bir deyişle, hukuk düzeni insanların birbirlerine zarar vermeksizin birlikte nasıl yaşamalarını ve hangi çaba ve özeni göstermelerini gerektiğini belirleyen ortalama (örnek) davranış biçimleri ortaya

³⁵⁰ Kusur konusunda yapılan tanımlar için bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, C.I, (1.1.2), s.11.

³⁵¹ **OFTINGER/STARK**, I, s.192; **OFTINGER**, I, s.141 vd.; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.49; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 41, N.65; **BECKER**, Art.41, N.92 vd.; **KELLER/GABI**, s.52; **KELLER** (Haftpflicht), s. 74; **LANGE, Heinrich**: Vom alten zum neuem Schuldrecht, 1934, s.343; **KOZIOL**, (Haftpflichtrecht), s. 88 vd.; **BREHM**, Art.41, N.N.168; **HONSELL**, s.57; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.217-218; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.45; **TUNÇOMAĞ**, s.439; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.492; **KANETİ**, s.40 vd.; **İNAN**, s.265; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.144 vd.; **FEYZİOĞLU**, s.477; yine Koçhisarlıoğlu, kusur kavramının tanımlanabilmesinin çok zor olduğu ve kimilerine göre imkânsız olduğunu belirterek, kusuru şu şekilde tanımlamaktadır: “kusur, önce sağduyu, sonra akıl – mantık ve daha sonra da olanak ölçüsünde bilgeliğe aykırı ve hukuka karşı gelen bir davranıştır”. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.53-54 (1.1.4.2); **EREN**, (Borçlar), s.529-530.

³⁵² **UMAR**, s.973; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.510; **HATEMİ**, (Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), § 7, N.11 vd.; **SAYMEN/ELBİR**, s.392.

³⁵³ Fransız hukukunda hukuka aykırılık ve kusur kavramları arasında bir fark ortadan kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle kusur ile hukuka aykırılık aynı ölçüde görülmüştür. Bu durumu, hukuka aykırılık = kusur olarak ifade edebiliriz.

³⁵⁴ **SCHWARZ, Andreas**: Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1948 (çev. Davran,Bülent), s.108 **EREN**, (Borçlar), s. 530.

koyar. Hukuk düzeni insanların bu davranış biçimine uygun davranmasını talep eder. Bu ortalama davranış biçiminden sapıp, ona uygun olmayan bir davranış sergileyen kimsenin davranışına da, kusur adı vermekteyiz³⁵⁵.

Kusur iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan birincisi kast olup, diğeri ihmaldir. Kast ile ihmal arasındaki fark, esas itibariyle bilerek hareket etme veya bilinçli eylem ile ihmal etme kavramı oluşturur. Başka bir ifadeyle, ihmâl davranışta bulunan kimsenin hukuka aykırı sonucu öngörüldüğü hâlde gereken özeni göstermemektedir, kastta ise, zaten bu sonucu istemektedir³⁵⁶.

Kast ve ihmal kavramlarının oluşabilmesi için, ikisinde de bir öngörebilme unsurunun varlığı aranmaktadır. Peki, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu bir davranışta bulunması mümkün müdür? Acaba ayırt etme gücünden yoksun kimsede bu öngörebilme unsurunun oluşması mümkün müdür? Bunun dışında, yüklenebilirlik kavramı kusur açısından zorunlu bir unsur olup olmadığı ortaya koyulmalıdır.

Bu sorunun cevabına geçmeden önce, hemen belirtmek gerekir ki kanımızca, Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde kusur şartı aranmasa da, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için yaptığı eylem, ayırt etme gücüne sahip bulunan bir kimse için de kusur olarak addedilebilmelidir. Başka bir ifadeyle davranış, objektif olarak kusurlu sayılmalıdır.

³⁵⁵ **KELLER/GABI**, s.53; **OFTINGER**, I, s.141; **OFTINGER/STARK**, I, s.210; **REY**, N.834; **BREHM**, Art.41, N.184 vd.; **SAYMEN/ELBİR**, s.393 vd.; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.45; **EREN**, (Borçlar), s.530. Borçlar Kanunu Öntasarısının kusur, 59. madde ile "bir davranışın hukuk düzenince kınanacak şekilde, kasden veya ihmal suretiyle gerçekleşmesidir" şeklinde düzenlenmiş ve iki kavramı aynı maddede şu şekilde tanımlamıştır. "Kast, zararlı sonucun doğumunu öngörerek ve isteyerek davranmaktır". "İhmal, zararlı sonucu istememekle beraber doğmaması için durumun gerektirdiği ve kendisinden beklenen özeni göstermemektir". Bununla birlikte, bu madde tasarıda yer almamış ve kavramların tanımı doktrine bırakılmıştır.

³⁵⁶ **EREN**, (Borçlar), s.536 vd.; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.219; **GÜVEN**, I, s.584 vd.; **İNAN**, s.278 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s 511 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 493 vd.; **SCHWENZER**, § 22.12 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s.440 vd.; **BSK-SCHNYDER**, Art.41, N.45-48; İsviçre/Türk hukukunun aksine alman Medeni Kanununda, 276. paragrafı ihmâl tanımlamıştır. Buna göre, mevcut gerekli asgarî özeni göstermeyen kişi ihmâlî davranışta bulunur.; ayr. bkz. **DEUTSCH/AHRENS**, s.56 vd.; **KÖTZ/WAGNER**, s.44; **SCHLECHTRIEM**, Peter: Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl. Tübingen 2003, s.368.

Diğer yandan ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, kusurlu davranışta bulunup bulunamayacağı, kabul edilecek kusur teorisine bağlı olarak değişecektir. Genel olarak objektif ve sübjektif teoriler açısından ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu davranışta bulunamayacağı kabul edilse bile, tamamen objektif kusur teorisi çerçevesinde bu kimselerin kusurlu davranışta bulunabileceği kabul edilmektedir. Aşağıda bunlara ilişkin bilgiler verilecektir.

a. Sübjektif Kusur Teorisi

Bu teori kusuru, failin psikolojik ve moral (ahlâkî) şartlarına göre değerlendirir. Bir davranışın, faile kusur olarak yüklenebilmesi için, onun, haksız fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartların, kişisel (ferdî) yeteneklerinin, yetişme durumunun, eğitim ve öğretim düzeyinin, fizikî güçlerinin, meslekî becerilerinin göz önünde tutulmasını gerektirir. Kusur, zarar verici davranışla değil, failin iradî ve zihnî yapısıyla ilgilidir. Bir davranış, faile kusur olarak yükletilirken, onun kişisel ve bireysel nitelik ve yeteneklerinden soyutlanamaz. Bu teori çerçevesinde kusur, faildeki bir irade zayıflığı, bir irade eksikliği olarak nitelendirilmektedir³⁵⁷. Bu şekilde kusur, bireydeki davranış hatası, onun kınanabilir bir tutumdur. Zarar veren fail, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilir, bundan kaçınabilme ve başka bir türlü davranabilme yeteneğine sahip olduğu hâlde, gerekli iradî çabayı göstermediği için kusurlu sayılmaktadır. Bu nedenle kusur, failin kişisel özellik ve kişisel yeteneklerine ve meslekî becerilerine göre somut olayda, bir yandan davranışının zararlı sonuçlarını önceden görebilmeyi, diğer yandan da bundan kaçınabilmeyi gerektirmektedir³⁵⁸. Burada sübjektif bir ölçü kullanılmalıdır. Buna göre “somut olaydaki fail, yeteneklerine dayanarak zararın gerçekleşmesini önceden öngörüp, buna göre davranabilir miydi” sorusunun cevabı aranmalıdır.

³⁵⁷ **EREN**, (Borçlar), s.530; **KOZIOL**, (Haftpflichtrecht) s.99; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 663-664; **GÜVEN**, II, s.154 vd.; **von LIZST, Franz**: Die Deliktobligationen im System des BGB, Berlin 1898, s.55; ayr. bkz. **DEUTSCH** (Fahrlässigkeit), s.22 vd.; **LEONHARD, Franz**: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, Marburg 1913, s.17.

³⁵⁸ **KOZIOL**, (Haftpflichtrecht) s.99; **EREN**, (Borçlar), s.531; sübjektif kusur teorisi çerçevesinde, kusurun oluşabilmesi için üç öğenin bulunması gerekmektedir. Bunlar, davranış normunun ihlâl edilmesi ve bu ihlâlin davranışta bulunan kişiye somut olarak ve tamamen kişisel tarzda yüklenebilmesi ve son olarak da bu yükleme işlemine imkân veren bilinçli bir irade, yani ayırt etme gücüdür. Bu öğelerden birinin eksik olması hâlinde kusur oluşmaz. bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.109, (1.3.1.1)

Bununla birlikte, bu sorunun cevabında, failin yeteneklerinin zararın önlenmesine yeteceği sonucunda varılması hâlinde, onun irade eksikliğinden ve dolayısıyla kusurundan söz edilebilir³⁵⁹.

b. Objektif teori

Bu teoride³⁶⁰ bir davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, zarar veren, yani fail değil, objektif bir tip göz önüne alınmaktadır. Bu tip, failin bağlı olduğu sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek (model) davranış olarak ele alınmakta ve bununla failin davranışı kıyaslanmaktadır³⁶¹. Zarar veren borçlu veya failin davranışı, belirtilen bu örnek davranıştan sapması hâlinde, bu örneğe uymayan davranışı, kusur olarak nitelendirilecektir. Böylece bu teori, zarar verenin kişisel durumu, bireysel nitelikleri, fizikî gücü, meslekî becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif makul insan tipinin, yetenek, durum, meslekî beceri, fizikî ve fikrî gücünü esas almakta ve davranışı ona göre belirlemektedir³⁶².

³⁵⁹ **EREN**, (Borçlar), s.531; **KARAHASAN**, C.1, s.424; Kaneti ise subjektif kusur görüşünü savunmaktadır, **KANETİ**, (Kusur) s.53-54.

³⁶⁰ Koçhisarlıoğlu bu teoriyi, objektifleştirilmiş kusur teorisi olarak adlandırmaktadır, zira ona göre, bu teoride kusurun bir yönü objektif biçimde değerlendirilmekte, ama bir yönü de subjektif biçimde değerlendirilmektedir. Bu yüzden kusur, kısmen objektif, kısmense subjektif tarzda belirlenmektedir. Ona göre, davranış normu ve onun ihlâli, objektif ölçütlerle saptanırken, bu ihlâlin yüklenebilirliği subjektif ölçülerle saptanmaktadır. İşte bu nedenle bu görüşü objektif-subjektif veya objektifleştirilmiş kusur teorisi olarak adlandırmaktadır. Koçhisarlıoğlu, bu görüşte bile subjektif unsurların arandığını ve bu konuda yazarlar arasında bir görüş birliği mevcut olmadığını, bu nedenle objektifleştirilmiş kusur, soyut değerlendirme ve objektiflemenin ölçüsüne göre, bir yandan tamamen objektif, diğer yandan da tamamen subjektif kusura yaklaşmakta, onunla iç içe bir görünüm sergilemektedir. Bu açıdan kusurun ayırt etme gücü şartı subjektif, davranış normunun ihlâli koşulu ise objektif olarak değerlendirilebileceği gibi, ayırt etme gücü objektif, davranış kuralının ihlâli de subjektif olarak değerlendirilebilecektir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, (1.3.1.2) s.140-143.

³⁶¹ **EREN**, (Borçlar), s.531; **OFTINGER/STARK**, I, s.199; **OFTINGER**, s.141-143; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.53; **KELLER/GABI**, s.52-53; **BREHM**, Art.41, N.184; **HONSELL**, s.59 vd.; **DEUTSCH**, (Verschulden) s.88; **KARAHASAN**, C.1, s.428; **REY**, N.834; **von TUHR/PETER**, s.429 vd.; **İNAN**, s.265; **KOÇHİSARLIOĞLU**, s.147 (1.3.1.2.2.); **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.50; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.146; **TUNÇOMAĞ**, s.443; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri) s.25 vd.; ayr. bkz. YG 4. HD.9.10.1980 T., 9386/11399 (YKD., 1981/8, s.964 vd.); **DEUTSCH/AHRENS**, s.62 vd.; **DEUTSCH** (Fahrlässigkeit), s.30 vd.; **RÜMELIN, Max**: Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1909, s.44 vd.; **LEONHARD**, s.1 vd.; **KÖTZ/WAGNER**, s.46; **SCHOLZ, Karsten**: Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktrecht, Berlin 1996, s.134-135.

³⁶² **EREN**, (Borçlar), s.531.

Bu görüşün en belirgin özelliği, kusurun varlığı için davranışta bulunan kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması gerektiğidir³⁶³. Bu nedenle bu teori çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip olmayanlar kusur işleyemeyecekleri kabul edilmelidir³⁶⁴.

Objektif teori çerçevesinde, kusur, zararlı sonucun önceden görülebilmesi unsuruyla öyle bir sonucun kaçınma unsurunu içermektedir. Bununla birlikte, bunlar borçlu veya faile göre değil, borçlu veya failin içinde yaşadığı sosyal çevredeki objektif tipe göre belirlenmektedir³⁶⁵.

Görüldüğü üzere, öngörebilme ve kaçınabilme imkânları, kusurun belirlenmesinde her iki teoride de esas alınan unsur arasındadır. Daha önce de görüldüğü üzere, ayırt etme gücünün belirlenmesinde, davranışın sonuçlarını öngörebilme yeteneğinin gerektiği ortaya konulmuştu. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin bu yeteneği olmadığına göre, kendisine herhangi bir kusur yüklenmesi de mümkün değildir. Bununla birlikte aşağıda görüleceği üzere bu davranış, onun açısından da, objektif tipe göre kusur olarak atfedilebilmelidir³⁶⁶.

³⁶³ Bu unsur, bu teoriyi tamamen objektif kusur teorisinden ayırmaktadır. bkz. aşağı. § 8, A, 3, c.

³⁶⁴ Kusur konusunda yüklenebilirlik (isnat kabiliyeti) kavramının varlığına işaret eden Koçhisarlıoğlu, bu açıdan ayırt etme gücünden yoksun kimselerde bu kabiliyetin bulunmadığını, dolayısıyla bunların kusur işleyemeyeceğini açıklamaktadır. bkz. **KOÇHİSARLIOĞLU**, (1.3.1.2.2.) s.145-146.

³⁶⁵ **EREN**, (Borçlar), s.553; **KELLER/GABI**, s.52-53; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 41, N.65; **HÄBERLİN**, s.44; **İNAN**, s.265; **KARAHASAN** (Sorumluluk), s.138; YG. 4.HD, 9.10.1980, T.9386/11399/ (YKD., 1980/8, s.964 vd); Koçhisarlıoğlu, yüklenebilirlik kavramına bağlı olarak yaptığı değerlendirmede, objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisinin, kusuru, objektif tarzda değerlendirdiğini, bununla birlikte soyut yüklenebilirliği temsil eden ayırt etme gücünün subjektif tarzda değerlendirdiğini ve bunun bir çelişki oluşturduğunu belirtmektedir. **KOÇHİSARLIOĞLU**, (1.3.1.2.3.) s.161; ayr. bkz. “Yüklenbilirlik” konusundaki açıklamalara. (§ 2, V, B, 1). Diğer yandan Koçhisarlıoğlu, objektifleştirilmiş teoriyi eleştirmektedir. Ona göre, objektifleştirilmiş teori, hem kast ve hem de ihmal kavramlarını objektif tarzda değerlendirmektedir. Böylece, kusurun klasik subjektif yönün önemli ölçüde yok edilmiş, yalnız ayırt etme gücünü kapsar hâle getirilmiştir. Kusurun tüm diğer öğeleri objektif yöntemle belirlenirken, (soyut yüklenebilirliği ifade eden) ayırt etme gücünün subjektif yöntemle belirlenmesini açıklamanın güç olduğunu savunmaktadır. **KOÇHİSARLIOĞLU**, (1.3.2.) s.186.

³⁶⁶ bkz.aşağı. § 8, I, A, 4.

c. Tamamen Objektif Kusur Teorisi

Bu görüşe göre, kusur tamamen objektif bir kavramdır. Davranış normunun ihlâl edene bu davranışı yüklenebilmesi şart değildir. Bu nedenle, davranışta bulunanın soyut olarak ayırt etme gücüne sahip (bilinç ve irade sahibi) olması gerekmediği gibi, davranışta bulunurken somut olarak bilinçli ve iradeli davranmış olması da gerekmemektedir. Bu nedenle ne somut ve ne de soyut yüklenebilirlik kusurun bir koşulunu oluşturmamaktadır. Bu görüş çerçevesinde, davranış normu, onun ihlâli ve yüklenebilirliği hep soyut – objektif bir yöntemle belirlenmelidir. Bu açıdan kusur, toplumsal açıdan anormal ve düzen bozucu bir kavram olarak tasarlanmalı ve tamamen kişisel ve sübjektif nitelikte kıstaslar bu kavrama dahil edilmemelidir³⁶⁷.

Bunun için kusur, kusuru söz konusu olan kişiye ilişkin psikolojik, biyolojik ve çevresel verilerden tamamen arındırılmalıdır. Onun, örneğin yaşı, ayırt etme gücü ve derecesi, yetenekleri, becerileri, karakteri, ekonomik olanakları, almış olduğu terbiye, kalıtsal özellikleri, ait olduğu toplumsal kesit, içinde yaşadığı çevre vb. göz önüne alınmamalıdır³⁶⁸.

Objektif kusur görüşü ile objektifleştirilmiş kusur teorisi arasında esas fark, ayırt etme gücü bakımındandır. Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, bir kimsenin kusurlu davranabilmesi için mutlaka ayırt etme gücüne sahip olması gerekirken, objektif teori çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kimseler dahi, davranışı, somut olarak elverişli olması hâlinde kusurlu davranabileceklerdir³⁶⁹.

Elbette ki bu görüşü kabul etmek imkânı yoktur. Özellikle de ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusur işleyebileceği kabul edilemez. Zira, davranışlarının bilincinde olmayan yada olsalar bile bu bilince uygun davranabilme iradesine sahip bulunmayan kişilerin dahi, kusur işleyebileceğini söylemek anlamsız

³⁶⁷ KOÇİSARLIOĞLU, (1.3.1.3.1.) s.167 vd.

³⁶⁸ KOÇİSARLIOĞLU, (1.3.1.2.3.) s.173.

³⁶⁹ Bu, bir başkasının eksikliğinin, diğerlerinin katlanmak zorunda bulunmadıklarını ifade ederek bu yönde bir görüşün çok da katı olarak nitelenememesi gerektiğini ileri sürmektedirler. bkz. KOÇİSARLIOĞLU, (1.3.1.3.3.) s.179.

kaçmaktadır³⁷⁰. Diğer yandan, bu tarz bir görüşün kabul edilmesi, kusur kavramını hukuka aykırılık kavramları arasındaki farkı tamamen ortadan kaldıracaktır³⁷¹.

4. Eylem Ayırt Etme Gücüne Sahip Bir Kimse İçin Objektif Olarak Kusurlu Sayılmalıdır

a. Genel Olarak

Yukarıda da görüldüğü üzere, kusur kavramının oluşabilmesi için kasten veya ihmal dışında mutlaka failde ayırt etme gücü şart koşulmaktadır. Borçlar Kanununun 54. maddesi anlamında sorumlu tutulacak kişiler bu yetenekten yoksun olduklarından, kanımızca bu kimseler açısından kusur kavramının teknik anlamda oluşması da mümkün değildir. Ancak, biraz evvel belirttiğimiz gibi, davranışın en azından somut olarak, bu kimsenin, ayırt etme gücüne sahip bir kimse olsaydı, kusur olarak yüklenebilmelidir³⁷². Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusurlu davranışta bulunamayacağına ilişkin görüş çerçevesinde bazı yazarlar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, davranışının en azından objektif (somut) olarak kusurlu olması gerektiğini savunmaktadır³⁷³. Bu anlamda, Borçlar Kanununun 54. maddesi kusura ilişkin tüm şartları aramaktadır, sadece “ayırt etme gücü” kavramını kapsam dışında bırakmaktadır.

Doktrinde hakim görüş bu olmakla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, ayırt etme gücüne sahip kimselerin kusurlu davranışta bulunup bulunamayacaklarına ilişkin doktrinde görüşler şu kutuplarda merkezileşmektedir³⁷⁴. Buna göre, bir yandan akıl hastalarının kusurlu davranışta bulunabileceklerine ilişkin

³⁷⁰ KOÇHİSARLIOĞLU, (1.3.1.3.3.) s.180.

³⁷¹ KOÇHİSARLIOĞLU, (1.3.1.3.3.) s.182; ayr. bkz. HOMBERGER, s.22a.

³⁷² BREHM, Art.54, n.17, s.544; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 54, N.4; von TUHR/PETER, s.452; BUCHER, Art.17/18, N.83, (Verschulden, s.310-311); İNAN, s.284; OFTINGER, I, s.135; HEINSHEIMER, s.253 vd.; OFTINGER/STARK, II/1, s.145; HOMBERGER, s.3a; JAEGER, Peter: Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen, Diss. Zürich 1946, s.34, BGE 55 II 35-38; BGE 24.3.1982, Bopst/Favilene, n.p; İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.807-808; REY, N.813; BRUNNER, s.151; IGNEY, s.23-24.

³⁷³ bkz. aşağı. § 8, I, A, 4, b.

³⁷⁴ Yüklenebilirlik kavramı açıklanırken de görüldüğü üzere, tamamen objektif kusur teorisi taraftarları, kusur kavramında ayırt etme gücünü şart koşmamaktadır. Bu görüş çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin fiili hukuka aykırı olması, onun sorumlu tutulması için yeterli olacaktır. Bkz yuk. § 2, V, B ve § 8, I, A, 3, c.

görüŖ; diğer yandan bunların kusurlu davranmalarının mümkün olmadığı yönündeki görüŖtür³⁷⁵. Bunun dıŖında birinci gruptaki yazarlara göre, ayırt etme gücünden yoksun kimseler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, akıl hastalarıyla, çocukların durumu birbirinden ayrı tutulmalıdır. Kimilerine göre ise, bunların akıl hastalığının çeŖidine göre kasten hareket edebilecekleri gibi, yine hastalığın derecesine göre göstermek zorunda olacakları özenin derecesi değişmekte; çocuklar açısından da, yine kimi yazarlarca, bunların kastî eylemlerde bulunamamakla birlikte, ihmal açısından gösterecekleri özen dereceleri de birbirinden farklı olacaktır. Yine bazı yazarlarca da, çocuklarda da kast ve ihmalin ikisinin de bulunabileceği kabul edilmektedir.

b. Kusuru Ŗart Gören GörüŖ

Alman hukukunda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için kusurun Ŗart olup olmadığı tartışma konusu yapılmıŖ ve bazı yazarlar kusuru türleri açısından, yani ihmal ve kast açısından irdeleyerek bir sonuca varmaya çalıŖmıŖtır. Bu konudaki temel görüŖ, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet gereğince sorumlu tutulması için, kusur dahil, haksız fiil unsurlarının tüm Ŗartları gerçekteŖmiŖ olmalıdır³⁷⁶. Yazarlar, Alman Medeni Kanununun lafzına atıfta bulunarak, ayırt etme gücüne sahip olanların kusurlu davranabileceğini ileri sürmektedirler. Buna göre, Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı gereğince bir kimse, ancak Alman Medeni Kanununun 823. vd. paragraflarında³⁷⁷ sayılan koŖulların gerçekteŖmesi hâlinde sorumlu tutulabilecektir. Bu hükümler de, bir tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için mutlaka kusurun gerçekteŖmesi Ŗart koŖmaktadır. Diğer yandan bu Ŗartların Alman Medeni Kanununun 829. paragrafında aranmayacağına yönelik herhangi bir hüküm

³⁷⁵ Bu konuda bazı yazarlar, ayrıntıya girmeden, bunların kusurlu davranmalarının mümkün olmadığını belirtmektedirler. bkz. **CROME**, Bd. I, § 109 - § 111; **ENDEMANN, Friedrich**: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl, Bd. I, Berlin 1903, § 201.

³⁷⁶ **HEINSHEIMER**, s.239; **HERTEL**, s.70-71; **OERTMANN, Paul**: Privatrechtsschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen, in Seuff. Blätter, Rechtsanwendung, Bd. 74, Nr.19; Nürnberg, 1.11.1909, s.573; **ROSANES**, Die Voraussehbarkeit des Erfolges Unzurechnungsfähiger, Breslau 1901, s.51.

³⁷⁷ BGB § 823/I. paragrafı, “her kim bir başkasını kasten veya ihmalen yaşam, beden, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer sair haklarını hukuka aykırı bir şekilde ihlâl ederse, bu yüzden meydana gelen zararı karşılamak zorundadır” şeklinde düzenlenmiŖtir. Görüldüğü gibi paragraf, haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağını düzenlemiŖtir.

mevcut olmadığına göre, sorumluluğun doğması için bu şartların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Yazarlar sorunu, kusurun türlerine ayırarak, ihmal veya kastın gerçekleşmesi açısından ayrı ayrı değerlendirmektedir. Buna göre, Alman Medeni Kanununun 823 vd. paragrafları genel olarak uygulama bulacaktır; kısaca bu hükümler, ayırt etme gücünden yoksun kimseleri kapsam dışında bırakmamıştır. Alman Medeni Kanununun 827., 828., 823. paragrafları sınırları çerçevesinde bir istisna getirerek belirli kimselerin meydana getirdikleri zararlı sonucun, sahip oldukları niteliklerinden dolayı kendilerine yüklenememesini düzenlemektedir. 829. paragrafı ise, 827. ve 828. paragraflarında belirtilen duruma ilişkin olarak sorumluluğun sınırını çizerek bir alt istisna getirmektedir³⁷⁸.

Yazarlara göre eğer, 829. paragrafı ile, kusur kavramı bertaraf edilmiştir denilirse, hâkimin, sınırsız illiyet bağı çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimseleri, zarar ile eylem arasındaki her türlü nedensellikte sorumlu tutmasını gerektirecektir, ki bu sorumluluğun sınırını aşırı derecede genişletecektir. Bu şekilde de, çoğu durumda, ayırt etme gücünden yoksun kimse, normal insanlardan daha kötü duruma düşecek ve sorumluluğun kapsamı onlar açısından daha geniş tutulacaktır, ki kanun ile, istenilen sonuç bu değildir³⁷⁹.

Anlaşılacağı üzere kusurun varlığını şart gören görüş çerçevesinde, 829. paragrafı açısından ihmal ve kast kavramlarının aranmaması için herhangi bir sebep yoktur. Bununla birlikte esas olarak, önemli olan sorunun, ayırt etme gücünden yoksun kimseler için kast ve ihmal kavramlarının oluşabilme imkânının olup olmadığına tespit edilmesidir³⁸⁰.

³⁷⁸ Bu mantıksal bakış bile, BGB'nin 823-826. paragraflarının 829. paragrafa uygulanmasını gerektirdiğini açıkça göstermektedir. Hertel'e göre bu görüşün aksini savunmak, başka bir ifadeyle 823-826. paragraflarının sadece normal (ayırt etme gücüne sahip) insanlara uygulanacağını savunmak, 827. ve 828. paragrafların ve 829'daki atfın bir önemi kalmayacaktır, hatta bunları gereksiz kılacaktır. **HERTEL**, s.71; Diğer yandan, eğer 276. paragrafının (ki bu paragraf, ihmal ve kast tanımlarını vermiş ve bu hükmün 827 ve 828. paragraflarda uygulama bulacağını düzenlemiştir), 827. ve 828. paragrafına uygulanması, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hiçbir şekilde kasıtlı ve ihmalen hareket etmeleri anlamına gelmez. Bu, ancak onların sorumlu tutulmayacaklarını açıklamaktadır. Bu durum, aynı ceza hukukundaki gibi, bir ayırt etme gücünden yoksun kimsenin eyleminin bir suç olarak kalmasını sağlamakta, ancak onun cezalandırılmasını engellemektedir, yani suçun ona isnat edilmesini önlemektedir **HERTEL**, s.71.

³⁷⁹ Bu görüşte bkz. **HEINSHEIMER**, s.241; **HERTEL**, s.72.

³⁸⁰ **HEINSHEIMER**, s.242; **HERTEL**, s.72.

Bu konuda bir görüş, öncelikle yüklenebilirliğin (ayırt etme gücünün = Zurechnungsfähigkeit), kast ve ihmâl kavramının bir unsuru olmadığını ortaya koymaktadır. İhmâl ve kast kavramlarının, bir doğal vakıa ve somut durumlarda kişilerin bireysel özelliklerini dikkate almadığını ortaya koyarak, aksine ayırt etme gücünün somut olaydaki durumunu dikkate alındığı iddia edilmektedir³⁸¹. Stammler tarafından, bu husus (yüklenebilirlik) “bir kimsenin öngördüklerini, başka insanlarınkinden kıyaslamaya yarayan ve ona göre belirlemeye yarayan bir sübjektif imkân” olarak nitelendirilmektedir. Yüklenebilirlik, failin eylemlerinden dolayı onu sorumlu kılabilecek kişisel bir özelliktir. Yüklenebilirliğin bulunup bulunmadığı konusu ise, ancak kast ve ihmâl kavramlarının olayda gerçekleştiğinin ispat edilmesiyle araştırılabilir. Başka bir ifadeyle, yüklenebilirliğin varolup olmadığı, somut olayda kast ve ihmâlî bir davranışın bulunması hâlinde araştırılabilecektir³⁸². Bu açıdan, yüklenebilirlik kavramı (ayırt etme gücü), kast ve ihmâl kavramının unsurları arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte bu unsurun, kanunun haksız fiil sorumluluğu içerisinde şart koştuğu ve (teknik anlamda) kusur olarak adlandırdığı kavramın oluşumunda, yani ihmâl ve kastın yanında yer alması gerektiğini belirtmektedir. Eğer, bu kimsede, yüklenebilirlik unsuru mevcut değilse, bu kimsenin Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için hâlen kusurlu (yani kastî ve ihmâlî) bir davranışı bulunmalıdır. İşte bu kusurlu davranış, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yüklenebilirlik olmamasına rağmen sorumlu tutulmasına neden olmaktadır³⁸³.

Bu görüş taraftarları, hakkaniyet sorumluluğunun oluşması için, mutlaka kusurlu bir davranışın mevcut olması gerektiğini ileri sürdükten sonra, yüklenebilirlik ehliyetine sahip olmayan (ayırt etme gücünden yoksun) kimselerin

³⁸¹ Yazarlar, burada isnat edilebilirlik unsurunun aynı ceza hukukundaki gibi olduğunu iddia etmektedirler. Bildiğimiz gibi, ceza hukukunda bir eylemin öncelikle suçun maddî unsurlarına uyup uymadığını tespit edilmesi gerekmekte, eğer eylem suçun maddî ve manevî unsurlarına uyması hâlinde, failin isnat kabiliyetinin bulunup bulunmadığının araştırılmaktadır. Ancak bu husus, eylemin niteliğini değiştirmeyecek, başka bir ifadeyle bu eylemin suç olmaktan çıkarmayacak, sadece fail isnat kabiliyeti bulunmadığı için cezalandırılmayacaktır. **HERTEL**, s.74 – 75; **HEINSHEIMER**, s.242.

³⁸² **STAMMLER, Rudolf**: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897, s.16, ayr. bkz. **HERTEL**, s.74 - 75.

³⁸³ **HÖCHSTER**, s.430; **HEINSHEIMER**, s.245-246; **HERTEL**, s.74; **ROSANES**, s.11.

gerçekten de ihmâlî ve kasten hareket etmelerinin mümkün olup olmadığını ortaya koymayı çalışmışlardır.

İhmal ve kast, yukarıda görüldüğü üzere, failin bir iradi eylemini şart koşmaktadır. Bununla birlikte, bu konuda bazı yazarlar, bu görüş içinde bazı ayrımlara gitmektedir. Buna göre baygın durumda bulunan kimseler ile akıl hastaları ve çocukların durumları birbirinden farklıdır. Baygın olan kimselerin herhangi bir iradeleri olmadığından bunların ihmâlî ve kastî eylemlerde bulunmaları da mümkün değildir ve bu nedenle bunların bir hakkaniyet sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır³⁸⁴.

Diğer yandan bu görüş çerçevesinde yazarlar, çocukların ve sağır dilsizlerin serbest iradelerin mevcut olduğunu ileri sürmektedirler. Çocukların ilk aylarında ayırt etme gücüne sahip olunmadığı, dolayısıyla bunların hakkaniyet sorumluluğunun doğmasının da mümkün olmadığını kabul etmektedirler. Bununla birlikte, çocuğun gelişimi ile bunların iradeleri de geliştiği ortaya koyulmaktadır. Bu konuda Endemann³⁸⁵ ve Müller'in³⁸⁶ çocukların bir iradesi olmadığı ve zaten bu durumun kanun tarafından düzenlendiği ve 7 yaşından küçük çocukların bu nedenle sorumlu tutulamayacaklarını ileri sürmektedir. Yazarlara göre, 7 yaşından küçüklerin iradesinin olmadığına ilişkin görüşüne karşı olarak çocukların bir serbest (doğal) iradesinin bulunduğunu ileri sürmektedir. Diğer yandan aynı yazarlar, çocukların irade açıklamalarının herhangi bir sonuç bağlamadığını düzenleyen Alman Medeni Kanununun 104. paragrafı, irade açıklamasının yöneldiği hukukî sonucun, yani çocuğun yapmak istediği hukukî sonucu geçersiz saydığı, yoksa onların tazminat hukukunda olduğu gibi meydana gelen somut sonucu geçersiz saymadığını ileri sürerek, bu düzenlemenin Alman Medeni Kanununun 829. paragrafının

³⁸⁴ Bu görüşe göre, Alman Medeni Kanununun 827. paragrafının, serbest iradenin tamamen yitiren kimseler hakkında düzenlendiği ve iradenin hiç oluşmadığı durumlara ilişkin olarak (örneğin, depreme düşen bir akıl hastasının hiçbir iradesi yoktur) düzenlemediği ileri sürülmektedir. **HEINSHEIMER**, s.248-249; **DITTENBERGER**, s.82; **HERTEL**, s.75; **HÖCHSTER**, s.434; **BRUNSWIG, Peter**: Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem BGB, in Rostocker rechtw. Studien I, Leipzig 1904, s.149.

³⁸⁵ **ENDEMANN**, s.127, dpn.8.

³⁸⁶ **MÜLLER,W.**, s.39 vd.

uygulanabilmesi için kusurun varlığının şart koşulduğunu desteklediğini iddia etmektedirler³⁸⁷.

Yazarlara göre ihmal ve kast kavramının oluşabilmesi için, sadece bir zararlı sonuca yönelik bir “istemenin” bulunması yeterli değildir. Öncelikle kast için bir öngörme ve ihmal için bir öngörebilme unsurunun bulunması gereklidir, ki bu unsurlar, ayırt etme gücünden yoksun kimseler için de geçerlidir³⁸⁸.

Dittenberger, bu durumu şu şekilde açıklamaktadır: “Akıl hastası veya çocuk, zararlı sonucu öngörmüş (varsaymış) olması gerekmemektedir. Onların bilmedikleri, bu sonucun başkasının mülkiyet hakkını ihlâl ettiği, yani hukuka aykırı olduğudur³⁸⁹. Çocukların ve akıl hastalarının yaptıkları eylemin neticesini öngörebildikleri, nasıl bir sonuç elde edebilecekleri çoğu kez ortadadır. Örneğin, bir akıl hastasının ateş yakması sonucunda bir yangının çıkacağını tahmin etmektedir ve buna rağmen ateşi yakmaktadır. Diğer yandan, küçük bir çocuğun, öç alma duygusuyla arkadaşını itelediği ya da ona vurduğu sıkça görülmektedir. Bu hâlde dahi, arkadaşının bir acı hissedeceğini bilmektedir. Bu hâllerde, kastın tüm unsurları gerçekleştiği söylenebilir”³⁹⁰.

İhmal açısından (tamamen) objektif teori çerçevesinde, bir kimsenin ortalama bir kimsenin göstereceği özeni göstermek olduğuna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimse, bu ortalama davranışı göstermemiş, onun altında kalmış olması gerekmektedir. Bu ortalama kişi açısından çocukluk ve akıl hastaları arasında bir ayırım yapılması gerekir. Yazarlar, genç olmayı tipik, hasta olmayı ise kişisel bir durum olarak nitelendirmektedir. Genç bir çocuk, kendi yaşlıları arasında bulunanların göstermesi gereken azamî dikkati göstermek zorundadır. Onun

³⁸⁷ MÜLLER, W., s.39 vd.; ENDEMANN, s.127, dpn.8; Aynı görüşte HEINSHEIMER, s.249; HERTEL, s.76-77; aksi görüş için bkz.IGNEY, s.26.

³⁸⁸ DITTENBERGER, s.48; HEINSHEIMER, s.249-250; HERTEL, s.77.

³⁸⁹ DITTENBERGER, s.68; aynı şekilde bkz. HERTEL, s.77.

³⁹⁰ HEINSHEIMER, s.249; HERTEL, s.77; PFIZER, Gustav: “Verschulden eines Kindes unter sieben Jahren”, Deutsche Juristenzeitung, IX, s.712 vd.

psikolojik açıdan geri kalması, kişisel bir durumdur ve dikkate alınamaz. Bu kimsenin yaşı ne kadar genç ise, o kadar daha az dikkat sarf etmek zorundadır³⁹¹.

Akıl hastaları açısından ise, bunların anormallikleri kişisel bir durum olup, ortalama bir özenin gösterilmesi onlardan her zaman beklenemez. Buna göre, bir kimse akıl hastasının uygun olduğu kategorideki ortalama insan gibi davranmak zorundadır, başka bir ifadeyle, normal kişinin göstereceği özeni göstermelidir³⁹².

İşte bu açıklamalar çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin de ihmalî ve kasfî eylemlerde bulunabileceği, başka bir ifadeyle bunların da kusurlu davranabilecekleri ileri sürülmektedir³⁹³. Aksine bir görüşün de mantıksız olduğu belirtilerek, kanunun hiç kimsenin kusurlu davranamayacağını düşünmediğini iddia edilerek, Alman Medeni Kanununun 829. paragrafı çerçevesinde dahi, kusurun aranması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimseler arasında ayrımlar yapılmalı, zira, yeni doğmuş bir çocuk ile genç bir çocuk arasında, tamamen akılsız bir kimseyle daha akıllı bir kimse ve tamamen iradesini yitirmiş akıl hastaları birbirlerinden farklı nitelikte olduğu kabul edilmelidir³⁹⁴.

Bunun dışında bu görüşe göre, uygun illiyet bağına bakıldığında 829. paragrafının tazminat hukukuna ilişkin olarak haksız fiile ilişkin tüm unsurların arandığı belirtilmektedir. Hertel, 829. paragraftaki düzenlemenin, Alman Medeni Kanununa hakim olan kusur ilkesi çerçevesinde hazırlandığı ve bu yüzden kusur şartının aranması gerektiğini, fakat isnat kabiliyeti açısından bir ayırımın yapılması gerektiğini ileri sürülmektedir. Bu hâlde ise, kanun sorumluluk sebebi çerçevesinde

³⁹¹ **HÖCHSTER**,s.436; Heinsheimer'e göre, gösterilecek özenin ölçüsü araştırıldığında, zararlı davranışta bulunan kimsenin kategorisi içerisindeki bir kimse dikkate alınmalıdır. Örneğin, 13 yaşında bir çocuk için, 18 yaşında reşit bir kimsenin göstereceği özen farklı olacaktır. Dolayısıyla, 13. yaşındaki çocuktan bu derece bir özenin beklenmesi mümkün değildir. bkz. **HEINSHEIMER**, s.252; **HERTEL**, s.78.

³⁹² Yine Heinsheimer, (digestaya atıfta bulunarak, dig.9,2; 1.8 § 1: et infirmatis culpae adnumeratur). gösterilecek özenin sarf edilmesinde, kişinin akıl hastası olduğunu ileri sürmesi kendisi için bir özür oluşturmayacaktır. **HEINSHEIMER**, s.253; **HERTEL**, s.79.

³⁹³ **HEINSHEIMER**, s.25; **HERTEL**, s.79.

³⁹⁴ Hertel, bu iddiayı güçlendirmek için BGB'nin hazırlık protokollerini göstererek, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zararlı davranışı hâlinde, kişinin kusurlu olup olmadığını araştırmak zorunda olduğunu belirtmektedir. **HERTEL**, s.79.

bir değişiklik yapmayıp, sadece sorumluluk açısından daha hafif bir sorumluluk öngörmektedir. Bu sorumluluk ise, zarar verenin sübjektif durumu sebebiyle hafifletilmektedir ve tazminatın tutarı, hakkaniyet çerçevesinde belirlenmektedir³⁹⁵.

c. Kusurun Objektif Olarak Gerçekleşmesi Gerektiğini İleri Süren Görüş

Hakkaniyet sorumluluğunda, kusurun gerçekleşmesi gerektiği görüşüne karşıt olarak doktrinde baskın görüş, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin herhangi bir şekilde iradelerinin olmadığından, kusurlu davranışta bulunamayacaklarıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, kusuru şart gören görüş esas itibariyle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunu, haksız fiil teorisi çerçevesinde kabul etmektedir. Yukarıda ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulmalarının hukukî niteliği konusunda açıklandığı üzere, haksız fiil sorumluluğu görüşü çerçevesinde hareket eden yazarlar, haksız fiilin tüm unsurlarını da kabul etmektedirler. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız hakkaniyet görüşü çerçevesinde bu görüşe itibar etmemiz mümkün değildir³⁹⁶.

Yukarıda gördüğümüz gibi, ayırt etme gücü ve kusur kavramları arasında bir ayırım yapılmaktaysa da, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusurlu bir davranışta bulunmaları mümkün değildir. Zira, kusurlu bir davranışta bulunabilmesi için, bir iradenin bulunması gerekmekte ve eylem ile gerçekleştirilen hukukî sonuç dikkate alınmış olması gerekmektedir³⁹⁷. Hukukî sonucun, hukuka aykırı bir nitelik taşıdığıının biliniyor olması ise, ne ayırt etme gücünden yoksun kimseler için, ne de ayırt etme gücüne sahip kimseler için şarttır. Dolayısıyla, bir kimsenin kusurlu davranabilmesi için mutlaka bir iradeye sahip olması gerekmektedir. Ayırt etme gücünden yoksun kimseler için bu söz konusu olmadığına göre, bunlara herhangi bir şekilde kusur atfedilmesi mümkün değildir. Başka bir

³⁹⁵ HERTEL, s.80; HEINSHEIMER, s.254.

³⁹⁶ bkz. § 6, IV. ve VI.

³⁹⁷ Schirmer burada Heinsheimer'i ve dolayısıyla Hertel'i eleştirmektedir. Ona göre, isnat edilebilirlik ile ayırt etme gücü aynı şeylerdir. İhmal ve kast kavramları da kusuru ifade etmektedir. Her ikisinde de bir şeyi öngörmeyi gerektirdiğinden, ayırt etme gücünden yoksun kimseler açısından kusur kavramının oluşması da mümkün değildir. SCHIRMER, s.51.

ifadeyle ayırt etme gücünden yoksun bir kimse, kusurlu sayılamaz³⁹⁸. Ayırt etme gücünden yoksun kimse daima kusursuzdur³⁹⁹. Doğal olarak da bu kimselerin yüklenebilirlik yetenekleri (isnat kabiliyetleri) yoktur.

Ayrıca, alman hukukunda baygın kimselerin ve 7. yaşından küçük çocukların iradelerinin bulunmadığı, dolayısıyla hakkaniyet sorumluluğunun da söz konusu olmayacağı yönündeki görüş, hakkaniyet sorumluluğunun düzenlenmesindeki amaçla bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, çocukların serbest (doğal) bir iradesinin bulunduğu ve bu nedenle kendilerinde kast ve ihmalin oluşabileceğine ilişkin görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira, yukarıda açıkladığımız gibi ayırt etme gücü kavramının oluşabilmesi için, bir kimsenin yapmış olduğu fiilin, anlam ve sonuçlarını idrak etmek (anlamak) ve bu anlayışa uygun hareket edebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Bir çocuk, yaptığı fiilin anlamını ve sonucunu idrak edebiliyorsa ve buna rağmen hukuka aykırı bir fiilde bulunuyorsa, bu onun ayırt etme gücüne sahip olduğunu gösterir. Dolayısıyla, zaten kusurlu bir şekilde hareket etmesi mümkündür⁴⁰⁰.

Anılan sebeplerden dolayı, kanımızca bir kimsede bir kusurun oluşabilmesi için mutlaka ayırt etme gücünün bulunması aranmalıdır. Zira bir kimsenin kusurlu, yani ihmali veya kasten hareket edebilmesi için, mutlaka yapmış olduğu eylemin sonucunu öngörebilmeli, bu sonucu istemeli veya gereken önlemi alabilmesi gereklidir. Başka bir ifadeyle bir iradesinin olması gerekmektedir. Bu unsur da ayırt

³⁹⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 496; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.807; **HOMBERGER**, s.2a.

³⁹⁹ "...kusur bir irade eksikliği olarak tanımlandığına göre, kusurdan söz edilebilmek için kişinin kusur ehliyetine (ayırt etme gücüne) sahip olması gerekir. Kusur ehliyetine sahip olmayan kişinin kusurundan söz edilemez". bkz. Yargıtay 4. HD. 13.3.1989 T. ve E.10059, K.2236 (**KARAHASAN**, C.4, s.851-852).

⁴⁰⁰ Alman hukukunda ise, çocuklarda ihmal ve kast kavramları, her çocuk bakımından ayrı ayrı değerlendirilmeyip, her bir yaş için ayrı ayrı gruplar (Gruppenfahrlässigkeit) oluşturulmaktadır. Buna göre, her gruptaki çocuklar için ihmalin veya kastın oluşup oluşmadığı araştırılacaktır. bkz. BGH, 22.11.1966, VI ZR 58/65, VersR 1967, s.158; BGH, 28.2.1984, VI ZR132/93, VersR 1994, s.1440; **GOECKE**, s.31; **IGNEY**, s.18, 21; bu yaş grupları konusunda ayr. bkz. **BOSCHER**, VersR 1964, s.888 vd.

etme gücünden yoksun kimselerde olmadığına göre, bunlara bir kusur yüklenilmesi mümkün değildir⁴⁰¹.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu bir davranışta bulunması mümkün olmamakla birlikte, bu davranışı en azından, objektif (somut) olarak kusurlu bir davranış olarak sayılabilmelidir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, ayırt etme gücünden yoksun kimse içinde kusurlu olarak kabul edilebilmelidir. Davranış, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için bile kusurlu sayılmıyorsa, hakkaniyet sorumluluğuna gidilmemelidir⁴⁰². Örneğin, bir akıl hastası yüksek bir yerde çalışırken geçirdiği kalp krizi sonucu elindeki çekici düşürmüş ve bir kimsenin yaralanmasına neden olmuştur. İşte bu olayda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, diğer şartların da varolduğu kabul edilirse, hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutabilmek mümkün değildir; zira örneğimizde olduğu gibi akıl hastası ayırt etme gücüne sahip olsaydı, kalp krizi sonucunda böyle bir kazaya sebebiyet verseydi sorumlu tutulamayacaktır⁴⁰³.

Kanımızca da, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, yapılan eylemin, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için kusur olarak nitelendirilmelidir. Aksi görüş, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin durumunu,

⁴⁰¹ bkz.yuk. § 2, I-III.

⁴⁰² Diğer yandan bazı yazarlar, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, işlenen fiilin hukuka aykırı olmasını yeterli görmektedir bkz. **EGGER**, Art.18, No.15; **AKINCI, Şahin**: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2003, s.158; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.807; **TİFTİK**, s.40-41; **CEYLAN**, s.51.

⁴⁰³ Borçlar Kanunu Tasarısıyla bu sorunun pek bir önemi kalmayacaktır, zira örneğimizde olduğu gibi, bir kimsenin kalp krizi geçirmesi sebebiyle çekici düşürmesi sonucunda birine zarar vermesi hâlinde, tasarının 64. maddesi gereğince tarafların ekonomik durumları dikkate alınarak hakkaniyet sorumluluğu doğabilecektir. Bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun kimse ile bu hususta bir ayırım önem taşımayacaktır; **OFTINGER**, I, s.155; **BECKER**, Art.54, N.2; **İNAN**, s.284; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.54, N.4; **BREHM**, Art.54, N.17, s.544; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501; **KARAHASAN**, C.1, s.503; Alman hukukunda da, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, kusur yüklenemeyen hâllerde, ki bu durumlar, teknik olmayan veya doğal kusur (untechnische veya natürliche Schuld) olarak nitelendirilen durumlardır, sorumlu tutulamayacakları ileri sürülmektedir. bkz. **SCHOLZ**, s.154; **ZEUNER, Albrecht**: Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Bd. 5/2, Schuldrecht IV/2, 12.Aufl., (§§ 823-853) 1998, § 829, N.2; **WILTS** NJW 1962, s.1852; **WILTS**, VersR 1963, s.1098; **MEDICUS**, § 136, N.772; **BRÜGGEMEIER**, s.45.

ayırt etme gücüne sahip kimseler karşısından daha kötü duruma düşürecektir. Bu durum ise, kanun tarafından amaçlanmadığı ortadadır⁴⁰⁴.

Yapılan eylemin, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için de kusur olarak sayılması gerektiği ortaya konulduktan sonra, değinilmesi gereken husus, kusurun objektif kusur teorisi çerçevesinde belirlenmesi gerektiğidir. Bununla birlikte yukarıda belirtildiği gibi, objektif teori çerçevesinde, kusur, zararlı sonucun önceden görülebilmesi unsuruyla, öyle bir sonucun kaçınma unsurunu içermesi gerekir. Bu belirlemenin de borçlu veya faile göre değil, borçlu veya failin içinde yaşadığı sosyal çevredeki objektif tipe göre yapıldığı açıklanmıştır. Kanımızca, ayırt etme gücünden yoksun kimse için de bu şekilde bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak elbette, ayırt etme gücünden yoksun kimse açısından bir öngörme oluşamazsa da, yaptığı eylem objektif bir tip için de kusurlu sayılmasını gerektirmektedir. Bu nitelendirmede yine objektif bir tip dikkate alınacaktır. Yoksa buradaki kusur, sübjektif teori çerçevesinde araştırılmayacaktır⁴⁰⁵.

Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse, yolda yürürken yerin buz tutmuş olması nedeniyle kayması sonucunda, bir insana çarpsa ve yaralanmasına neden olması hâlinde, yine bu davranışı objektif tipin aldığı önlemler açısından değerlendirilmelidir. Örneğin, bu yolda, ayırt etme gücüne sahip bir kimse, lastik ayakkabı değil de kösele ayakkabı giymişse, buzda düşebileceğini öngörebildiği hâlde yürümesi, (farazi anlamda) ihmâlî davranışına örnek gösterilebilir. Ayırt etme gücünden yoksun kimse de bu hâlde, kösele ayakkabı giymişse kendisine bu ihmâl olarak yüklenebilir. Ancak, ayırt etme gücünden yoksun kimse, lastik ayakkabı giymiş, fakat buna rağmen yere düşmüşse, artık bunu bir kaza olarak kabul etmek gerekir ve kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceği için, artık sorumlu tutulmaması gerekmektedir.

⁴⁰⁴ Bu görüş Homberger tarafından eleştirilmektedir. Homberger, kusurun objektif olarak aranması, kusur dahil, hakkaniyet sorumluluğu için, haksız fiile ilişkin tüm şartların olayda gerçekleşmesi aranacağı sonucunun oluşacağını belirtmektedir. bkz. **HOMBERGER**, s. 3a-4a.

⁴⁰⁵ bkz. § 8, I, A, 3, b.

5. Uygun İlliyet Bağı

a. Genel olarak

Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla, söz konusu sonuç arasındaki bağı, uygun illiyet bağı denir⁴⁰⁶.

Olayların normal akışına ve genel tecrübelerine göre, gerçekleşen türden bir sonucu meydana getirmeye elverişli olan sebep, sorumluluğu doğuran sebeptir. Böylece bu sonucun gerçekleşmesi, söz konusu sebeple kolaylaştırılmış görülür. Bu tarz bir sebebe, uygun sebep; sonuca ise uygun sonuç, bu nitelikteki illiyet bağına ise uygun illiyet bağı adı verilir⁴⁰⁷. Diğer yandan sorumluluğu gerektiren nedensellik

⁴⁰⁶ **EREN**, (Borçlar), s.492; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.76 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s.450; **SAYMEN/ELBİR**, s.483-484; **İNAN**, s.292-293; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.213; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.573; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.497 vd.; **SCHWARZ**, s.127-128; **RÜMELIN, Max**: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, AcP, Heft 2, 90; 1900, s.180 vd.; **KARAHASAN**, C.1, s.443; **OFTINGER**, I, s.71 vd.; **OFTINGER/STARK**, I, s.113; **ATAAY**, (Borçlar), s.95; **BECKER**, Art.41, N.29 ve 30; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 41, N.79 vd.; **von TUHR/PETER**, s.97; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.82, s.174 vd.; **SCHWENZER**, § 19,03-04; **REY**, N.525; **GAUCH/SCHLUEP**, II, N.2712 vd.; **DEUTSCH**, (Haftungsrecht) s.143; **ATAMER, M. Yeşim**: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s.39 vd.; **DEUTSCH/AHRENS**, s.25 vd.; **BREHM**, Art.41, N.121, s.57; BGE 33 II 564, 41 II 94, 57 II 39, 60 II 419; 63 II 114; 80 II 344; 81 II 445; 83 II 411; 87 II 127; 89 II 250; 91 II 210, 93 II 337; 95 II 107; 96 II 397; 98 II 291; 101 II 69; 102 II 237; 107 II 276 vd.; 112 II 442; BGE 123 III 110, 113; 121 V 45; 112 II 439; 102 II 232.

⁴⁰⁷ BGE 89 II 232, 95 II 107, 93 II 337; 91 II 210; 87 II 127, 83 II 411; 81 II 445; 80 II 342; 96 II 397; 98 II 291; 101 II 69; 102 II 237; 107 II 276 vd.; **KELLER/GABI**, s.27; **OFTINGER/STARK**, I, s.110-111; **OFTINGER**, I, s.72-73; **İNAN**, s.292; **BSK-SCHNYDER**, Art.41,N.16; **SCHWARZ**, s.128; **EREN**, (Borçlar), s.492; **KARAHASAN**, C.1, s.443; **FEYZİOĞLU**, s.509; **AYBAY**, s.83; Uygun illiyet teorisinin amacı, bir davranış veya olayın, meydana geldiği zararlı sonuçlardan hangisinin, ne ölçüde zarar verenin sorumluluk alanına girdiğini tespiti ve objektif ölçüler koymaktır. Uygun illiyet bağı teorisi çerçevesinde çeşitli olay türleri arasındaki ihtimal ilişkisi araştırılmakta, herhangi bir davranış veya olay sonucu meydana gelen arzi, tesadüfi ve atipik zararların anormal bir biçimde sırf tesadüfen birleşerek meydana getirdikleri olağanüstü zararların tazmini söz konusu olmaz. **EREN**, (Borçlar), s.511-512; **FUCHS**, s.68; **KÖTZ/WAGNER**, s.60-61; **SCHLECHTRIEM**, s.360-361; **EMMERICH**, § 20 III N.8.

bağının bulunup bulunmadığı araştırılırken, sadece mantık kuralları değil, günlük hayat tecrübeleri ve hayatın normal akışı da dikkate alınmalıdır⁴⁰⁸

Konumuz açısından da, gerek Borçlar Kanununun 54. maddesindeki hakkaniyet sorumluluğu açısından, gerekse tasarıda yer alan hakkaniyet sorumluluğunda daha en başta bir sorumluluk doğabilmesi için uygun illiyet bağına ihtiyaç vardır.

b. İlliyet Bağını Kesen Sebepler

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için fiil ile meydana gelen zararlı sonuç arasında bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bu bağın bulunmaması hâlinde ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimse sorumlu tutulamaz.

Bu noktada, Borçlar Kanununun 54. maddesinin sadece ayırt etme gücünün bulunmadığı hâllere değil, kusurun bulunmadığı tüm hâllere uygulanması gerektiğini ileri sürerek, illiyet bağının bulunduğu diğer hallerde de bir hakkaniyet sorumluluğunun doğabileceğini kabul eden görüşün açıklanması gerekmektedir. Bu şekilde, ayırt etme gücüne sahip bir kimse, kusuru olmaksızın başkasına zarar vermesi hâlinde dahi, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaktadır⁴⁰⁹. Bunun aksinin kabulü, kusursuzluğun ayırt etme gücünden ileri gelmesiyle, diğer bir sebepten; örneğin organik bir reaksiyondan ileri gelmesi arasında yapmacık bir fark

⁴⁰⁸ **TANDOĞAN, Hâluk:** “Hukuka Aykırılık Bağı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.7; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.637.

⁴⁰⁹ Tekinay, bu görüşünü Yargıtay 4.HD.nin 15.6.1963 T. ve 962/2279, K.6171 sayılı kararı ile gerekçe gösterilmeden onanan İstanbul 8. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 958/1032, K.779 sayılı ve 25.11.1960 tarihli kararında hakkaniyet sorumluluğunu genişlettiğini ortaya koymaktadır. Buna göre olay şu şekildedir: Kabataş Arabalı Vapur iskelesinde, karşıya geçmek için sıraya giren bir kamyon sahibi, kamyonu muavine bırakarak ayrılmıştı. Zira kamyon ancak gece yarısına doğru vapura girebileceği anlaşılmıştı. Kamyon sahibi, gece yarısına doğru kamyonun başına gelince muavinini bulamadı. Ve kısa bir süre sonra arabalı vapura girmek için hareket etmek zorunda kaldı. İşte bu sırada kamyonun altından bir feryat yükseldi. Meğer muavin, uyumak için kamyonun altına yatmış ve uykuya dalmış. Kamyon hareket edince de tekerleklerin altında kalarak ağır surette yaralanmış. Olayda kamyon sahibinin hiçbir kusur tespit edilemedi. Buna rağmen mahkeme, muavinin malî durumunu uzun zamandır kamyon sahibine yaptığı hizmetleri... göz önünde tutarak, kamyon sahibini 9.000 lira tazminat ödemeye mahkum etti. bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501-502, 2c no’lu dpn.

gözetilmiş olunurdu ki, bu görüş çerçevesinde bu durumu haklı gösterecek herhangi bir sebep yoktur. İşte bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimse, bir kaza (umulmayan hâl) sonucu sebebiyet verdiği zararlardan dolayı yine hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir⁴¹⁰.

Borçlar Kanununun 54. maddesinin diğer kusursuz eylemlere de uygulanacağına ilişkin görüşü ise, de lege feranda açısından kabul etmek mümkünse de, mevcut hukukî durum açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, sorumluluk ilkeleri açıklanırken, kusursuz sorumluluk hâllerinin ancak kanun ile düzenlenebileceği ortaya konulmuştur. Oysa, mevcut Borçlar Kanunumuz, ayırt etme gücünden yoksun kimseler istisna olmak üzere, kusurun bulunmadığı diğer hâllerde hakkaniyet sorumluluğunun uygulanacağını öngörmemiştir⁴¹¹. Dolayısıyla, kanunda buna ilişkin bir hükmün bulunmayışı, hakkaniyet sorumluluğunu genişletici bir yorumun yapılmasını mümkün kılmamaktadır⁴¹².

⁴¹⁰ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.501-502; **HOMBERGER**, s.49a; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri) s.190-192; Yargıtay'ın 4. HD. E. 2003/406 K. 2003/7768, 16.6.2003 tarihli kararında, araç seyir hâlindeyken kalp krizi geçirmesi ve ardından meydana gelen trafik kazasında, mahkemenin davalıların sorumluluklarının dayanağının da, miras bırakanlarının kusuruna (BK. md.41 vd.) bağlı olduğu; buna karşın mahkemece, somut olayın özelliği hiç tartışılmadığı; bu bağlamda, kusura dayalı sorumluluk itibarıyla, mücbir sebep veya umulmadık hâlin söz konusu bulunup bulunmadığı ve bunun nedensellik ilişkisine etkisi ile değeri (BK. md.41); yine, ayırt etme gücünün kaybedilmiş sayılıp sayılamayacağı (BK. md.54) ve son olarak da; durumun özelliği (BK. md.43/1) anlamında hakkaniyetin sorumluluğun kapsamına etkisi irdelenmeyip, gerekçede değerlendirilmemesi, usul ve yasaya aykırı olup; bozmayı gerektirmiştir. (HUMK. md.388/b.3, md.428/son). bkz. Kazancı mevzuat bankası: (www.kazanci.com.tr), 8.5.2006; İmre, ayağı kayarak düşen ve cadde üzerinde sergilenen bir mala zarar veren çocuk; normal bir şekilde bir sokağın köşesini dönerken karşı taraftan sıçrayarak hızla gelen bir çocuğa çarpan akıl hastası; ani bir patlamadan ürkererek refleks sonucu yumurta sepeti taşıyan bir kadına çarpan bir akıl zayıfı, ayırt etme gücüne sahip kimselerden daha fazla sorumlu tutulmaması gerektiğini belirtmektedir, zira bunların bu güce sahip olmaları hâlinde sorumlu tutulmayacaklardır. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.807; **İNAN**, s.284; **GAUCH, Peter**: Die Vereinheitlichung der Delikts und Vertragshaftung, Bd. 116, ZSR 1997, s.329.

⁴¹¹ **ATAAY**, (Şahıslar), s.90, (Borçlar), s.336; Diğer, yandan kanımızca söz konusu kararda, hakkaniyet sorumluluğu dışında olay, karayolları trafik kanunu çerçevesinde çözümlenmeliydi ve muavinin ortak kusurun bulunup bulunmadığı şeklinde bir araştırma yapılmalıydı. Bu açıdan hakkaniyet sorumluluğu açısından bir değerlendirme de doğru olmayacaktır; karşı. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.809; Deutsch, alman hukukunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bu durumlarda sorumlu tutulamayacağı inancındadır ve alman federal mahkemesinin bu yönde verdiği kararları eleştirmektedir. Diğer yandan, avrupadaki yasal düzenlemeleri örnek göstererek, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, buna sahip olanlara oranla daha kötü bir duruma düşürülmemesi gerektiğini iddia etmektedir. bkz. **DEUTSCH**, (Verschulden) s.89-90.

⁴¹² **OĞUZMAN/ÖZ**, s.605.

Buna karşın, Tekinay'ın bu görüşü, Borçlar Kanunu Tasarısının 64. maddesinde dikkate alınmış ve hâkimin hakkaniyet gerektiriyorsa, kusura bağlı bulunmaksızın, zarar verenin sebep olduğu zararı uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Tasarının kanunlaşması hâlinde, örneğimizde olduğu gibi, kusurun bulunmadığı diğer hâllerde dahi, bir hakkaniyet sorumluluğunun doğması mümkündür.

Aşağıda daha ayrıntılı görüleceği üzere, mücbir sebep niteliğine ulaşmayan bazı olaylar, umulmayan olay olarak nitelendirilmektedir. Umulmayan hâl olarak nitelendirdiğimiz, bazı davranışların sonucunda, bir kimseye zarar verilmesi hâlinde bu kimsenin kusurlu sayılamaması nedeniyle sorumlu tutulması da mümkün değildir.

İşte tasarının kanunlaşması hâlinde, kişi, umulmayan bir hâl sonucunda birisine zarar verse bile, tarafların ekonomik durumları dikkate alındığında, hâkim hakkaniyet ölçüsünde zararın karşılanmasına karar verebilir. Bu nedenle, aşağıda mücbir sebep ve umulmayan hâl kavramlarının açıklanmasında fayda vardır.

aa. Mücbir Sebep ile Umulmayan Hâl

Mücbir sebep kavramı, genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder⁴¹³. Mücbir sebep kavramının tanımına herhangi bir kanunda rastlanılmasa da, kavramın değişik kanunlarda⁴¹⁴ kullanıldığı görülmektedir.

⁴¹³ Mücbir sebep kavramı, Almanca “Höhere Gewalt”, Fransızca “Force Majeure” terimleriyle anılmakta ve esas itibarıyla Roma hukukundan gelmektedir. Roma hukukunda bu kavram “vis major”, “damnumfatal”, “casus majores” terimleriyle ifade edilmekte olup, casus olay, hâl anlamına gelmekteyken, majore de büyük anlamını taşımaktadır. **GÖZÜBÜYÜK, Pulat:** Mücbir Sebepler Beklenmeyen Hâller, Üçüncü Bası, Ankara 1977, s.22-24; **TANDOĞAN,** (Mes’uliyet), s.463 vd.; **ERZURUMOĞLU,** s.14-15; **İMRE,** (Kusursuz Mesuliyet), s.818; **SAYMEN/ELBİR,** s.732.

⁴¹⁴ Borçlar Kanununun çeşitli hükümlerinde mücbir sebep bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiştir. Örneğin Borçlar Kanununun 293. maddesine göre, “kiracı noksan eşyanın, kiralayanın kusuru ile yahut mücbir kuvvetin tesiri ile telef olduğunu ispat ederse tazmin borcu sakıt olur.” Diğer yandan 478. maddede, “otelciler, hancılar, nazil olan yolcuların getirdikleri eşyaların duçar olduğu telef ve hasar sirkatten ve zararın bizzat yolcuya veya onu ziyarete gelen veya refakatinde bulunan kimseye isnadı kabil olduğu veya mücbir sebepten neş’et ettiğini ispat etmedikçe mesul olur.” Yine 481. maddesinde buna benzer olarak mücbir sebebin ispatı ile sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Ticaret Kanununda da birçok hükümde mücbir sebepten bahsedilmiştir. Örneğin 777. maddesinin kenar başlığı ve 780/II. maddesi böyledir. Diğer yandan Karayolları

Doktrinde ve yargı kararlarında mücbir sebep, doğal kuvvetler veya herhangi bir şekilde, doğal güçler aracılığı ile veya herhangi bir suretle, borçluya yüklenemeyen ve sorumluluğunu gerektirmeyen hâller olarak ifade edilmektedir⁴¹⁵.

Her ne kadar Türk hukukunda mücbir sebep ile umulmayan hâl kavramları arasında⁴¹⁶ alman hukukunda olduğu gibi kesin bir ayırım yapılmış olmasa da her iki kavram, aynı şeyi ifade etmeyip, farklı sonuçları olan farklı durumları ifade eder⁴¹⁷.

Umulmayan hâl, “bir borcun veya bir borcun veya bir ödevin ihlâl edilmesine, kaçınılmaz bir şekilde sebep olan olaydır” dediğimize göre, bir olay⁴¹⁸, bir borcun veya ödevin ihlâl edilmesi (haksız fiile neden olan davranış), illiyet bağı ve kaçınılmazlık unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir⁴¹⁹.

Trafik Kanununun 86. maddesi; ile İş Kanununun 16. ve 17. maddeleri mücbir sebepten bahsetmiştir.

⁴¹⁵ **ERZURUMOĞLU**, s.15; **HATEMİ**, s.54-55; **SAYMEN/ELBİR**, s.505; **SELİÇİ, Özer**: “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.64; YG 15.HD., 16.9.1965 T. ve E.9844, K.4188, bkz. **OLGAÇ**, s.533.

⁴¹⁶ Sübjektif teori çerçevesinde esas olarak sorumlu veya borçlu kişiyi dikkate almaktadır. Sübjektif teori çerçevesinde bir umulmayan hâlin mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için, borçlu tarafından varolan şartlara göre düşünülebilecek her türlü özen gösterilseydi bile bunun önlenmesi mümkün olmaması gerekmektedir. **EREN**, (Borçlar), s.518. **GÖZÜBÜYÜK**, s.29; **ERZURUMOĞLU**, s.18; Sorumluluğu sınırlandırmak ve kesin bir sorumluluk sistemi yaratmak amacıyla, kusur ilkesini bir kenara bırakan, borcun yerine getirilmesine engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlerle önüne geçilmesine imkân olmayan beklenmedik ve harici ve kişinin iradesi dışında olan mücbir sebebi tek istisnâ hâl kabul eden bu teori Exner tarafından ortaya konulmuştur. **ERZURUMOĞLU**, s.20; **EREN**, (Borçlar), s.518; **SAYMEN/ELBİR**, s.732.

⁴¹⁷ Mücbir sebep ile umulmayan hâl arasındaki ilk fark, nicelik açısındandır. Buna göre, mücbir sebep oluşturan olay, umulmayan hâle oranla daha büyük bir yoğunluk (şiddet) ve mutlak bir kaçınılmazlık gerektirir. Diğer bir fark da, mücbir sebep oluşturan olayın, sorumlu kişinin işletme ve faaliyetine yabancı bir dış olay olmasına karşılık, umulmayan hâlin, işletme veya faaliyetine yabancı dış olay olmasına karşılık, umulmayan hâlin işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilmesidir. Son olarak, mücbir sebep daima illiyet bağını kestiği hâlde, umulmayan hâl oluşturan olay, illiyet bağını her zaman tek başına kesmemesi bir başka fark olarak gösterilebilir. Bu durumlarda, umulmayan hâl, zararlı sonucu doğuran ortak sebeplerden birini oluşturabilir. **EREN**, (Borçlar), s.518.

⁴¹⁸ Umulmayan hâli oluşturan olay, yıldırım, sel gibi su baskınları, doğal hastalıklar gibi, doğal olaylar oluşturabildiği gibi, hukukî grev, savaş zamanında mallara devletçe el konulması gibi sosyal olaylar da olabilir⁴¹⁸. Diğer yandan umulmayan olay sebebiyle borcundan kurtulmak isteyen borçlu, umulmayan hâli doğuran olayın varlığı dışında, kendisine herhangi bir kusur da yüklenememesi gerektiğini ortaya koyabilmelidir **ERZURUMOĞLU**, s.29-31; **SAYMEN/ELBİR**, s.733.

⁴¹⁹ **EREN**, (Borçlar), s.518; **GÖZÜBÜYÜK**, s.79; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.819.

Failin, umulmayan hâli ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi için, umulmayan hâli doğuran olayın aynı zamanda zarara neden olacak davranışı kaçınılmaz bir hâle sokması gerekmektedir⁴²⁰. Yani söz konusu olay sebebiyle, zarar da meydana gelmesi gerekmektedir. Söz konusu olay meydana gelmeseydi, zarar da meydana gelmezdi denilebiliyorsa bir kaçınılmazlık söz konusu olacaktır⁴²¹.

Mücbir sebep ise, bir ödevin tümden veya bir borcun ihlâlüne sebep olan, borçlunun faaliyetine ve işletmesine yabancı, kesin olarak kaçınılması mümkün olmayan bir olay olarak tanımlamaktadır⁴²². Bu nedenle, mücbir sebep kavramının oluşabilmesi için, olayın varlığı, zarar, haricilik, kaçınılmazlık (ve öngörülemezlik) ve illiyet bağı sebeplerinin oluşması gerekmektedir.

Mücbir sebep kavramı, mücbir sebebi oluşturan olaylar açısından kesin (mutlak) bir kavram oluşturmayıp, nispi niteliktedir. Bu açıdan bazı olayların peşinen mücbir sebep oluşturan olay, bazılarını umulmayan olay olarak sınıflandırılması mümkün değildir. Böyle olunca bir olay, mevcut şartlara, hukukî ilişkiye, sorumlu

⁴²⁰ ERZURUMOĞLU, s.32.

⁴²¹ Bununla birlikte, olayın kaçınılmaz olması da yeterli değildir. Bunun dışında failin tedbir alma imkânından da yoksun olması gerekmektedir. Önceden sezilebilen olaylardan kaçınmak mümkündür. Bununla birlikte, bazı hâllerde önceden görülebilen, sezilebilen bir olayın bulunmasına rağmen, olaylardan kaçınmak mümkün değildir. Önleyici tedbirler alma konusunda, failin ne derecede bir yükümlülük altında olduğu hususuna gelince, yine objektif bir kıstasla hareket edilmelidir. Buna göre önemli olan, aynı somut şartlar altında dürüst ve makul bir kimsenin, olayların sonuçlarını önleyip önleyemeyeceği hususudur. ERZURUMOĞLU, s.33; Örneğin, nehir kenarında ev yapan bir kimse, evin yıkılmasını önleyen tedbirler alabilir. Ancak nehrin taşması hâlinde kaçınma ihtimali yoktur. Ancak borçlu tedbir alma imkânından yoksun ise bir umulmayan hâlden söz edilebilir. Doktrinde, bu gibi durumlarda bir kaçınılmazlıktan ziyade bir sezilemezliğin varlığını kabul ederek umulmayan hâlin şartı olarak görmektedirler. GÖZÜBÜYÜK, s.67 vd. ; Kanımızca da, sezilemezlik kavramı, kaçınılmazlık kavramı içersine dahil olup, tek başına umulmayan hâl kavramının bir kıstasını oluşturmamaktadır, ayr. bkz. ERZURUMOĞLU, s.33; SAYMEN/ELBİR, s.733.

⁴²² OFTINGER/STARK, I, s.155-156; BSK-SCHNYDER, Art.41,N.21; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.217; OFTINGER, I, s.118; DESCHENAUX/TERCIER, s.35-36; İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.818; OĞUZMAN/ÖZ, s.345; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1002 vd.; BREHM, Art.41, N.142, s.71; AKINCI, s.141; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. baskı, Konya 2002, s.222; Mücbir sebebin ilk unsuru olan olay, doktrinde ve içtihatlarda kabul edildiği gibi, pek şiddetli yağmur, su taşkını, don, fırtına, kış, kuraklık gibi doğal olaylar; savaş, abluka, isyan, grev gibi siyasi ve sosyal olaylar; kanun, kararname, sınırlama ve yasaklar, devlet tarafından verilen imtiyazın geri alınması, el koyma, istimlak, işgal, istila, ambargo gibi devlet emri ve eylemleri olabilir. Başka bir ifadeyle, mücbir sebebi sadece doğal olaylara bağlamamak gerekir. Sosyal ve siyasi nitelikli olaylar dahi mücbir sebep oluşturabilir. Diğer yandan mücbir sebebi oluşturan olay bir tek olaydan ibaret olabileceği gibi, olaylar zinciri neticesinde gerçekleşmesi mümkündür. Ancak sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu (sorumlu) mücbir sebebi oluşturan olayı ispatlamak zorundadır EREN, (Borçlar), s.519; ERZURUMOĞLU, s.37-38; SAYMEN/ELBİR, s.733-734.

kişinin, faaliyet ve işletmesine göre farklı nitelendirilebilir⁴²³. Diğer yandan mücbir sebebi oluşturan olay, borçlunun veya failin işletmesine veya faaliyetine yabancı, bunların dışında olmalıdır⁴²⁴. Zarar verici olay ile bu olayın gerçekleştiği yer ile (işletme) arasında bir bağlantının bulunmaması gerekmektedir. Mücbir sebep oluşturan olayın kaynağı, borçlunun sorumluluk alanı dışındaki bir yerde olmalıdır⁴²⁵. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki umulmayan hâlden farklı olarak, borçlunun gerekli tedbirleri alıp almadığını veya bu konuda herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmemektedir. Zira zaten ortada bir mücbir sebebin bulunması için zararlı davranışın, kaçınılmaz olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle mücbir sebep zararlı davranışın meydana gelmesine kesin olarak sebep olmalı ve bunun kaçınılmaz olmasını gerektirmektedir⁴²⁶. Kaçınılmazlığın

⁴²³ Örneğin yüksek deprem riski altına olan bir bölgede meydana gelen orta ölçekli bir deprem mücbir sebep oluşturan bir olay olarak nitelendirilememesine rağmen, deprem riski olmayan bir yerde pek ala mücbir sebep olarak nitelendirilebilir. **EREN**, (Borçlar), s.541.

⁴²⁴ **EREN**, (Borçlar), s.520, (İllyet Bağı) s.179-180; **TANDOĞAN** (Mes'uliyet) s.464-465; **İMRE** (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.201; **ERZURUMOĞLU**, s.38; BGE 57 II 508-511, 24 II 431 vd., 31 II 213, 37 II 99 vd., 90 IV 270; 111 II 433, 100 II 442; 91 II 487; **AYAN**, s.222; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.346.

⁴²⁵ Faaliyet ve işletme kavramının dar bir şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Buna göre, bir fabrikada kazanın teknik bir arıza sonucu patlaması, otel içinde bir yangının çıkması hâlinde bir mücbir sebebin bulunduğu söylenemez. Bu şekilde işletme içinde meydana gelen bir tehlike, borçlunun sorumluluğuna neden olabilmektedir. **EREN**, (Borçlar), s. 520; **ERZURUMOĞLU**, s.38; "...Umulmadık hâlin çok daha yoğunluk gösteren bir hâli olan mücbir sebep baskın görüşe göre ...önceden görülmeyen, sorunlu kişinin işletmesi veya faaliyeti dışında kalan ve karşı koyulamayacak bir şiddette kendini gösteren olağanüstü bir olay olarak tanımlanmaktadır...Mücbir sebeple ilgili bu tanımda mevcut (karşı koyulamama) ve (öngörülememe) unsurlarının sınırlarını kesin olarak önceden belirlemek mümkün değildir. Zira mücbir sebep nispi bir kavramdır... Mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçları asla önlenemez... Bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen eğer bir olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün değil ise, o olay bir mücbir sebep teşkil eder. Burada mutlak veya objektif bir karşı konulmazlık (kaçınılmazlık) sözkonusudur. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç... teknik ve bilimin o andaki verilere göre, mevcut her türlü tedbir alınsa ve her türlü özen gösterilse bile, ihlâl ve dolayısıyla zararlı sonucunun hiç kimse tarafından önlenememesidir... Mücbir sebebin bir diğer unsuru da yukarıda değinildiği gibi öngörülememezliktir. Önceden görülemeyen husus, olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçlardır..." (YKD., 1981/9, s.1111 vd.); ayr. bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1003; **SAYMEN/ELBİR**, s.506.

⁴²⁶ **ERZURUMOĞLU**, s.39; Hemen belirtmek gerekir ki, kaçınılmazlık kavramının, umulmayan hâldeki kaçınılmazlık kavramıyla karıştırılmamalıdır. Umulmayan hâlde bahsi geçen kaçınılmazlık kavramını nispi olduğunu, yani yalnız borçlu açısından belirlendiğini ortaya koymuştuk. Oysa, mücbir sebebin esas unsurunu oluşturan kaçınılmazlık, kesin ve objektif bir nitelik hâlini almalıdır. Bu anlamda kaçınılmazlık veya karşı konulmazlıktan amaç, varolan her türlü tedbirlerin alınmış olmasına rağmen bir ödevin veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlâl edilmesidir. Yani, alınan tüm tedbirlere, elde var olan her türlü imkân ve araca rağmen, mücbir sebep oluşturan olayın engellenememesi kaçınılmazlığı oluşturacaktır. Kaçınılmazlığın mutlak olması ise, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü tedbir alınıp, her türlü özen gösterilmiş olsaydı bile, ihlâl ve dolayısıyla zararlı sonucun meydana gelmesinin hiç kimse tarafından önlenemez olmasıdır. Bu nedenle, mücbir sebepte kaçınılmazlık unsuru değerlendirilirken, sorumlu kişinin şahsî veya malî durumu göz önünde tutulmaz. **EREN**,

belirlenmesindeki bu objektif ölçüt, mücbir sebebi umulmayan hâlden ayırır. Umulmayan hâlde varolan kaçınılmazlık, sadece sorumlu kişi yönünden olup, bu yönden nispi bir nitelik taşımasına rağmen, mücbir sebepte bu unsur, borçlu dahil, herkes yönünden bir kesinlik, mutlaklık gerektirir⁴²⁷.

Mücbir sebebin bir başka unsuru olan öngörülemezlik, mücbir sebep doğuracağı sonuçların önceden kestirilememesidir⁴²⁸. Öngörülemezlik unsuru, umulmayan hâl açısından asli bir unsur oluşturmazsa da, mücbir sebebin oluşması açısından gerekli bir unsurdur⁴²⁹.

Mücbir sebep ile umulmayan hâl kavramlarını açıkladıktan sonra, bunların hukukî sonuçları hakkında açıklamalarda bulunulması gerekir.

Mücbir sebep, illiyet bağımlı kesen ve dolayısıyla zarar vereni veya borçluyu sorumluluktan kurtaran bir sebeptir. Zarar veren veya borçlu, mücbir sebebi ispatlaması hâlinde, doğan zararlardan sorumlu olmaz. Diğer yandan mücbir sebep, kural olarak sorumlu kişinin kusurunu ortadan kaldırır. Kusurun başladığı yerde mücbir sebep, mücbir sebebin başladığı yerde kusur sona erer. Kusur kavramıyla mücbir sebebin üç önemli unsuru olan haricilik, öngörülemezlik ve kaçınılmazlık unsurları bağdaşmaz⁴³⁰.

(Borçlar), s.521; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.346; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1003; **OFTINGER**, I, s.119; **KELLER**, , (Haftpflicht), s.61; **KELLER/GABI**, s.32; **İNAN**, s.477; **AYAN**, s.222-223.

⁴²⁷ **EREN**, (Borçlar), s.522, (İllyet Bağı) s.178; **ERZURUMOĞLU**, s. 40; bkz. dpn. 329; **OFTINGER**, I, s.119; **AYAN**, s.223.

⁴²⁸ Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki burada önceden öngörülemeyen husus, olayın kendisi olmayıp, mücbir sebebin doğurduğu sonuçlardır, zira olayın belirli ölçüde önceden öngörülebilmesi mümkündür. **EREN**, (Borçlar), s.522; **KELLER**, , (Haftpflicht), s.60; BGE II 178, 88 II 291; **SELİÇİ**, s.64.

⁴²⁹ Eğer, borçlu tarafından öngörülemeyen olay, sezilebilir bir olay idiyse, borçlu kusurludur. Kusurun söz konusu olduğu yerde de mücbir sebep söz konusu olmaz. Bu nedenle öngörülemezliğin objektif bir anlam içinde kabul edilmesi gerekmektedir. **ERZURUMOĞLU**, s.41; Eren, mücbir sebepte öngörülemezlik unsurunun, sebep, olağan sebep ve tehlike sorumluluğu açısından dikkate alınmasına temkinli yaklaşarak, bunun ancak kusur sorumluluğu açısından ve ancak kaçınılmazlığa ilişkin olduğu ölçüde dikkate alınması gerektiği görüşündedir. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.522.

⁴³⁰ **EREN**, (Borçlar), s.523; **GÖZÜBÜYÜK**, s.66-67.

Bu açıklamalarda bulunduktan sonra, konumuz açısından Borçlar Kanunu tasarısının 64. maddesinde yer alan hükmün, mücbir sebep oluşturan olaylar ve umulmayan hâl açısından da geçerli olup olmayacağına incelenmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi, 64. madde çerçevesinde hâkim, kusur bulunmaksızın, tarafların ekonomik durumlarını dikkate alarak hakkaniyet gerektiriyorsa, zararın uygun bir biçimde giderilmesine karar verebilir. İşte konumuz açısından değerlendirilmesi gereken husus, mücbir sebep veya umulmayan hâl sebebiyle bir zararın oluşmasına rağmen, hâkimin hakkaniyet sorumluluğuna hükmetmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Kanımızca, Borçlar Kanunu Tasarısının 64. maddesinde kusur şartının aranmaması haksız fiilin diğer unsurlarının aranmadığı anlamına gelmez. Bu nedenle, hâkim bu hâllerde dahi bir sorumluluğa karar verse bile, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve zarar unsurlarını aramak zorunda kalacaktır. Mücbir sebep, illiyet bağını ortadan kaldıran sebeplerden biri olduğuna göre, kusur dışındaki diğer şartlarda bir eksiklik olacağından, sorumluyu mücbir sebep açısından olumsuz bir şekilde cevaplamak gerekmektedir.

Buna karşın, umulmayan hâl açısından her zaman bu şekilde kolay bir cevap bulunmayacaktır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, umulmayan hâl, illiyet bağını tek başına ortadan kaldıracak bir nitelik taşımamaktadır. İşte bu hâllerde, acaba, kusurun bulunmamasına rağmen, bir umulmayan olay neticesinde bir zarar doğmuşsa hâkim, bu zararın hakkaniyet çerçevesinde giderilmesine karar verebilir mi sorusu önem taşımaktadır.

Kanımızca bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekmektedir. Zira, kanun tasarısının lafzına bakılacak olunursa, hâkimin kusur bulunmaksızın, hakkaniyetin de gerektirmesi hâlinde uygun bir giderime karar verebilmektedir⁴³¹. Daha önce verdiğimiz örnekte olduğu gibi, çatı tamirinde bulunan kimsenin yolda yürürken birden bir kalp krizi geçirmesi sonucunda çekici, bir fakirin üzerine düşmesi hâlinde,

⁴³¹ Tekinay'ın görüşü de (her ne kadar mevcut Borçlar Kanunu açısından bu görüş yukarıdaki gerekçelerle kabule şayan olmasa da) tasarı açısından görüşümüzü destekler niteliktedir. bkz. § § 8, I, A, 5, b.

söz konusu durum bir umulmayan hâldir. Bu örneğimizde bu kimseye bir kusur yüklenemese bile, Borçlar Kanunu tasarısının 64. maddesi çerçevesinde hâkim, hakkaniyetin gereğince bir tazminata hükmedebilir.

bb. Zarar Görenin Kusuru

Nedensellik bağımlı kesen diğer bir sebep de, zarar görenin ağır kusurudur. Zarar görenin, nedensellik bağımlı kesecek derecede kusuru varsa, zarar veren sorumluluktan tamamen kurtulur. Bu hâlde, zarar görenin tam kusurundan bahsedilir. Zarar görenin kusuru, nedensellik bağımlı kesmeyip sadece zararlı sonucun doğumuna, diğer sebeplerle birlikte katkıda bulunmuşsa, zarar verenin sorumluluktan kurtulması mümkün olmamakla birlikte, ödeyeceği tazminatta bir indirimde gidilmesi söz konusu olur. Bu hâlde ortak illiyetten bahsedilir⁴³².

Zarar görenin kusuru hâlinde, zarar verenin gerçekleştirdiği ilk olay, niteliği bakımından zararlı sonucu doğurmaya tek başına elverişli olmasına rağmen, zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğu itibariyle zararlı sonucun uygun sebebi hâline gelmiş (zararlı sonucu tek başına doğurmuş) ve zarar verenin sorumlu olduğu olayı geri plana itmiştir⁴³³.

Zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağımlı kesip sorumluluktan kurtulma nedeni, esasen dürüstlük kuralına (TMK.md.2) ve dolayısıyla ahlâkî bir değer hükmüne dayanmaktadır. Buna göre, hiç kimse kendi kusuruyla kendi aleyhine meydana getirmiş olduğu bir zararı başkasına yükleyemeyeceğine ve bu zararın

⁴³² İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.819-820, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.202-203; FEYZİOĞLU, s.533; EREN, (İlliyet), s.187; EREN, (Borçlar), s.523; KOÇ, s.80-81; GÖKYAYLA, (Destek), s.262; TİFTİK, s.107; DESCHENAUX/TERCIER, s.36-37; STAUDINGER/OECHSLER, § 826, N.112-113 BSK-SCHNYDER, Art.41,N.21; MEIER-HAYOZ Art.679, N.102; OFTINGER/STARK, I, s.228; OFTINGER, I, s.158; KELLER/GABI, s.33-34; REY, N.561.

⁴³³ GÜRSOY, Kemal T. / EREN, Fikret / CANSAL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s.700; EREN, (İlliyet), s.187; EREN, (Borçlar), s.524; GÖKCAN, s.33; ; OFTINGER/STARK, I, s.158; OFTINGER, I, s.111; KELLER, (Haftpflicht) s.82 vd.; REY, N.561, HONSELL, s.41.

tazminini başkasından isteyemeyeceğine göre zarar verenin kusuru illiyet bağıını kesip sorumluluktan kurtulma sebebi olarak yer almaktadır⁴³⁴.

Zarar görenin kusurlu davranışı dışında, zarar görenin hakimiyet alanında bulunan eşya ve işletme tehlikeleri ile yardımcı kişilerinin davranışları da nedensellik bağıını kesmesi mümkün olabilir. Zarar görene yükletilen bu gibi sebeplerin, ilk sebebe oranla şiddetli bir yoğunluk arz etmesi durumunda, nedensellik bağı kesilir ve zarar veren sorumlu olmaktan kurtulur. Bununla birlikte zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmasına bağlı değildir⁴³⁵.

Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararda, zarar görenin kusurlu davranışı, illiyet bağıını kesecek nitelikte bulunması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulması mümkün değildir.

cc. Üçüncü Kişinin Kusuru

Üçüncü kişinin kusurlu davranışı nedensellik bağıını kesecek yoğunluktaysa, fail sorumluluktan kurtulur. Buna karşın üçüncü kişinin kusurlu davranışı nedensellik bağıını kesecek yoğunlukta değilse, tek başına, mevcut ilk sebebi geri plana itecek yeterlilikte olmayıp da, diğer sebeplerle zararlı sonucu doğuracak nitelikteyse, ortak illiyetten söz edilir. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişinin kusurlu davranışı, nedensellik bağıını kesebilmesi için, uygunluk yönünden zararlı sonucun tek ve münhasır sebebi olarak görülmelidir⁴³⁶.

⁴³⁴ **EREN**, (İlliyet), s.190; **EREN**, (Borçlar), s.525; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.217; **GÖKYAYLA**, (Destek), s.259; **GÖKCAN**, s.33; **TİFTİK**, s.108; **OFTINGER/STARK**, I, s.229; **OFTINGER**, I, s.159; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.319; BGE 64 II 439.

⁴³⁵ **EREN**, (İlliyet), s.200; **EREN**, (Borçlar), s.525; **OFTINGER**, I, s.163 vd.; **KELLER/GABI**, s.34; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar gören olması hâlinde meydana gelen sonuçlar için bkz. § 12, I.

⁴³⁶ **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.204; **EREN**, (İlliyet), s.202; **EREN**, (Borçlar), s.526-527; **BSK-SCHNYDER**, Art.41,N.21; **GÖKYAYLA**, (Destek), s.270; **GÖKCAN**, s.34; **TİFTİK**, s.157; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.37; **MEIER-HAYOZ**, Art.679, kn.103; **OFTINGER/STARK**, I, s.158; **OFTINGER**, I, s.121 vd.; **STARK**, N.222; **HONSELL**, s.33; **REY**, N.569; **BREHM**, Art. 41, N. 140, s.70; **HATEMİ**, s.54; BGE 116 II 524, 96 II 359, 95 II 351, 69 II 416; **AKINCI**, s.141; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.821.

Üçüncü kişi kavramıyla, zarar gören ve zarar veren ile bu kişilerin davranışlarından sorumlu olduğu yardımcı kişi, müstahdem ve Medenî Kanununun 369. maddesine (EMK.md.320) göre ev başkanının nezareti altındaki kişiler dışında kalanlar kastedilmektedir⁴³⁷.

Kusursuz sorumluluk hâllerinde üçüncü kişinin gerçekleştirdiği sebep, kusurlu davranış dışında, objektif bir vakıa veya durum (bina ya da hayvan hareketi) veya bir işletme tehlikesi de olabilir; böyle bir vakıa, durum veya tehlikenin nedensellik bağıni kesebilmesi için, ilk sebebe oranla daha fazla bir yoğunluğa sahip olması gerekir⁴³⁸.

Üçüncü kişinin kusurunun söz konusu olabilmesi için, üçüncü kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun bir üçüncü kişinin davranışı, üçüncü kişinin kusuru olarak nitelendirilemez. Hâl böyle olunca, üçüncü kişinin objektif bakımdan kusur olarak nitelendirilebilen bir davranışı, tazminat sorumluluğunun kalkmasına veya azalmasına kural olarak neden olmaz. Sorumlu, zararın meydana gelmesine etki eden bu gibi durumların tehlikesini de taşımaktadır⁴³⁹.

Diğer yandan, şartların bulunması hâlinde, Borçlar Kanununun 54. maddesi hükümleri burada da uygulama bulabilir. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışıyla, zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunuyorsa, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, sorumlu kişi, ayırt etme gücünden yoksun kimseye rücu edebilir veya onun davranışı dolayısıyla tazminatta indirim yapılmasını talep edebilir⁴⁴⁰.

⁴³⁷ İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.821; EREN, (İllyet), s.204; EREN, (Borçlar), s.528; GÖKCAN, s.34; MEIER-HAYOZ, Art.679, N.103; TİFTİK, s.157; OFTINGER, I, s.168; STARK, N.636 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 541.

⁴³⁸ İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.204; EREN, (İllyet), s.209; EREN, (Borçlar), s.529; GÖKCAN, s.34; TİFTİK, s.158.

⁴³⁹ OFTINGER, I, s.282; EREN, (Uygun İllyet), s.204 vd.; TİFTİK, s.160; ayr. bkz. § 12, I.

⁴⁴⁰ bkz. aşağı. § 12, I. ve II.

6. Zarar Gerçekleşmiş Olmalıdır

Zarar, sorumluluğun ve dolayısıyla tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur. Gerçekten sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için, haksız fiillerde hukuka aykırı bir davranış, tehlike sorumluluğunda tipik tehlikenin gerçekleşmesi, olağan sebep sorumluluğunda objektif özen yükümünün ihlâli sonucunda belirli bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle zararın bulunmaması hâlinde sorumluluk da yoktur.

Borçlar Kanununun 41. maddesinde zarar kavramı tanımlanmış değildir⁴⁴¹. Dolayısıyla bu tanımlı yapmak doktrin ve yargı organlarına kalmıştır⁴⁴².

Doktrinde zarar dar ve geniş anlamda zarar şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. Dar anlamda zarar, teknik anlamda zararı oluşturup malvarlığında meydana gelen zararı ifade etmektedir; başka bir ifadeyle maddî zararı oluşturmaktadır. Geniş anlamda zarar ise, maddî zarar yanında kişinin şahısvarlığında meydana gelen zararı da kapsamaktadır⁴⁴³. İsviçre/Türk hukukunda zarar denildiğinde daha çok maddî zarar anlaşılmaktadır⁴⁴⁴. Bu açıdan bizde

⁴⁴¹ Borçlar Kanununda zarar kavramı birçok hükümde yer almasına rağmen, bu konuda herhangi bir tanım yapılmamıştır. Genel hükümler kısmında zarar kavramını kullandığı hükümler olarak, 26, 31/2, 36, 39, 41-46, 48-49, 50, 52/1, 53-57, 59-61, 64, 96-97, 100, 102, 104, 105-106, 108, 110, 117, 147, 157, 159, 178. maddeleri gösterilebilir; diğer yandan Borçlar Kanununun tasarısı çalışmalarında, zarar kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır ve 50. maddede, “meydana gelen iki durum arasındaki farkın” maddî zararı oluşturacağı kabul edilmişti. Bununla birlikte, çalışmalar sonucunda, bu hüküm kanun tasarısına alınmamış ve zarar kavramı, yürürlükte olan Borçlar Kanunu gibi, zarar kavramının tanımlanmasını doktrine bırakmıştır.

⁴⁴² Buna karşın Borçlar Kanununun Öntasarısının çalışmaları sırasında, maddî ve manevî zararın tanımı yapılmışsa da kesin tasarıda bu hüküm maddeden çıkarılmıştır. Söz konusu hüküm, maddî zararın “bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır” şeklinde tanımlanmıştı. Diğer yandan tasarıda hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmelerin de, maddî zarar olduğu düzenlenmiştir. Son fıkrada ise manevî zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenme olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, komisyon çalışmaları sırasında bu hüküm tasarıdan çıkarılmış ve maddî ve manevî zararın tanımı yine uygulamaya bırakılmıştır.

⁴⁴³ **EREN**, s.473; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.63; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.547; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.498; **KELLER/GABI**, s.8; **ALBAŞ, Hakan**: Paramın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.md.105), Ankara 2004, s.58-59.

⁴⁴⁴ **OFTINGER/STARK**, I, s.71; **KELLER**, s.39; **REY**, N.155; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 548; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.498; **HATEMİ** (Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku), s.46-47; İsviçre/Türk hukukundan farklı olarak, alman,

meydana gelen zarar kavramıyla, dar anlamda zararı ifade edip, manevî zararı ifade etmek üzere manevî kelimesini kullanacağız.

Buna göre maddî zarar, bir kimsenin malvarlığında kendi iradesi dışında meydana gelen eksilme (azalma) olarak ifade edilebilir. Böylece, zarar kavramı içersine malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bunun zarar görenin iradesinin dışında gerçekleşmesi şeklinde üç unsur dahildir.

Hakkaniyet sorumluluğunda, zararın karşılanması, ancak hakkaniyet hâlinde söz konusu olduğundan, zararın, mağdurun ekonomik bakımından mahvına neden olacak şekilde, ağır bir nitelik taşımalıdır. Bu anlamda, sırf malî gücü yüksek olmasından dolayı, bir kimseyi hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutmamak gerekir.

B. Hakkaniyet, Tazminat Ödenmesini Gerektirmelidir

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, somut olayda, tazminatı gerektirecek hakkaniyet sebeplerinin oluşmuş olması gerekmektedir⁴⁴⁵.

Daha önce çeşitli vesilelerle değindiğimiz gibi, hakkaniyet sebeplerinin oluşup oluşmadığına hâkim, Medeni Kanununun 4. maddesi gereğince takdir edecektir. Hâkim, yukarıda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde, somut olaya ilişkin adâleti uygulayacak, başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan dolayı, bozulan dengenin yeniden kurulması amacıyla somut olaydaki koşulları değerlendirerek adâlete uygun bir karar verecek ve bir sorumluluk gerekiyorsa, sorumluluğun kapsamını belirleyecektir.

Avusturya ve Fransız hukukunda, zarar denildiğinde daha çok geniş anlamda zarar anlaşılmaktadır. bkz. **EREN**, s.473; **ALBAŞ**, s.59.

⁴⁴⁵ **SAYMEN/ELBİR**, s.404; Somut olayda zarar gören lehine bir tazminata hükmedilmesine hakkaniyetin izin vermesi değil, hakkaniyet, tazminatı gerektirmek zorundadır. Hakkaniyet, hem tazminat türünü, hem de miktarını belirlemektedir. **IGNEY**, s.37; **SPINDLER/BAMBERGER/ROTH**, § 829, Rn.6; **ERMAN/SCHIEMANN**, § 829, N.3; BGHZ 23, 90, 98; BGHZ 127, 186, 193 (NJW 1995, s.452-454); ayr. bkz. BGHZ 127, 186, 192 (NJW 1995, s.452-454); BGH NJW 1969, 1762; 1973, 1795; OLG Celle NJW 1969, 1632; OLG Hamm 8.1.74,VersR 1974, s.667.

Aşağıda, Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları da dikkate alınarak hâkimin hakkaniyeti belirlerken dikkate alabileceği bazı hususlara açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

1. Tarafların Malî Durumu ve Sigorta Meselesi

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin hakkaniyet sorumluluğunda, tarafların malî durumu en önemli yeri tutar. Zarar veren ayırt etme gücüne sahip kimsenin maddî durumu, zarar görene oranla çok iyi olması veya zarar görenin iktisadî gücünün çok zayıf olması, hakkaniyet sorumluluğun belirlenmesinde esas teşkil eder. Hâkim bu hâllerde, tarafların malî durumlarının birbirlerine oranla değerlendirilmesi gerekir⁴⁴⁶.

Tarafların malî durumlarının değerlendirilmesi hususunda, zararveren ile zarar görenin malî durumları arasında bir farkın bulunması gerekmektedir. Bununla

⁴⁴⁶ **BECKER**, Art.54, N.6; **BUCHER**, Art.17/18. N.82; BGE 26 II 327; 71 II 225; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.500; **KARAHASAN**, C.1, s.504; **BREHM**, Art.54, N.19 vd., s.544 vd.; **SAYMEN/ELBİR**, s.404; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.229; **İNAN**, s.284; **BSK-SCHNYDER**, Art.54, N.21; **AKINCI**, s.158; **REY**, N.814; **REİSOĞLU**, (Temyiz Kudreti), s.1094-1095; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.806; **İMRE**, (Gayrimüeyyizler), s.370-371; **ARAL**, s.739-740; **STARK**, N.691; **KELLER**, (Haftpflicht), s.154; **FEYZİOĞLU**, s.466; **TUNÇOMAĞ**, s.440; **AYAN**, s.226; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.607; **EREN**, (Borçlar), s.608; **SCHWARZ**, s.117; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.327-328; **HELVACI**, s.154; **ATAAY**, (Borçlar), s.336-337; **TİFTİK**, s.40; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N.6; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.59-60; **CEYLAN**, s.51; **SPINDLER/BAMBERGER/ROTH**, § 829, N.7; "Zenginlik, hakkaniyetin varlığı için, tek ölçü değildir. Olayı saran hâl ve şartlara bakılarak karar verilmelidir. Bu hâl ve şartlar arasında ayırt etme gücüne sahip olmayanın hürriyetinin doğurduğu özel tehlike, ayırt etme gücüne sahip olmamasına rağmen belli bir kusurun varlığı, zarara uğrayanın olay sırasındaki tutum ve davranışları göz önünde tutulmalıdır". bkz. YG. 4. HD., 1.12.1978 T., E. 1943, K. 13526 (**UYGUR**, C.3, s.2614); YG. 4.HD. 15.5.2003 T. ve E.2003/1190, K.2003/60352 (www.kazanci.com.tr); YG. 4.HD. 13.10.1976 T. ve E.9306, K.8644 (**KARAHASAN**, C.4, s.635-636); YG. 4.HD. 19.06.1975 T. ve E.5830, K.8057 (**KARAHASAN**, C.4, s.636-637); YG. 4.HD. 25.11.1980 T. ve E.11031, K.13632 (Yasa Dergisi., C.IV, Ocak 1981, s.80-81); **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.44 vd.; **TACKE**, s.23; **DEUTSCH/AHRENS**, s.71; **MEISTER-OSWALD**, s.39; **ZEUNER/Kohlhammer**, § 829 N.5; **DEUTSCH** (Haftungsrecht), s.310; **GOECKE**, s.32; BGHZ 76, 279-284 (bu karar için bkz. **KNÜTEL, R.**, JR 1980, s.459); BGH, 24.4.1979, VI ZR 8/78 – JR 1980, s.18 (ayr. bkz. **FUCHS, A.**, s.289; **HOFMANN**, s.152; **KÖTZ/WAGNER**, s.129; **IGNEY**, s.37; BGH 13.6.1958, VersR 1958, s.458; **MünKom/WAGNER**, § 829 N.14 vd.; **Hk-BGB/STAUDINGER**, § 829, N.7; **BORGELT**, s.72; **MEDICUS**, § 136, N.774; **WOLF, Martin**: Billigkeitshaftung statt überzogener elterlicher Aufsichtspflichten- ein neues Plädoyer für die Anwendung des § 829 BGB auf Grund einer Haftpflichtversicherung, Heft 19, VersR 1998, s. 815.

birlikte, zararverenin mutlaka çok aşırı bir şekilde zengin olması gerekmektedir. Önemli olan tarafların malî durumları arasındaki farktır⁴⁴⁷.

Borçlar Kanunu Tasarısının 64. maddesi de bu durumu açıkça ifade etmiş ve tarafların malî durumlarının dikkate alınması gerektiği ve bu çerçevede bir farkın bulunması hâlinde hâkimin hakkaniyet gereğince tazminata hükmedebileceğini öngörmüştür.

Zengin bir akıl hastasının tedavi gördüğü hastanede kalabalık bir aileyi geçindiren fakir bir hasta bakıcısını öldürmesi verilen tipik örnektir. Diğer yandan zarar görenin sigorta şirketi veya faile bakımla yükümlü olanlardan tazminat alıp alamayacağı; failin sorumluluk sigortasının olup olmadığı, hususlar da göz önünde tutulan durumlardır⁴⁴⁸.

Tarafların malî durumlarının hangi âna göre değerlendirileceği hususunda değişik görüşler ileri sürülebilir. Buna göre, zararın meydana geldiği ân mı yoksa, hüküm tarihi mi dikkate alınacaktır. Örneğin; akıl hastası bir çocuk bir fakir ayakkabıcıyı dövmüş ve ona ait tüm aletlerini kırmıştır. Davranışın gerçekleştiği ânda, akıl hastasının malî durumu çok iyi değildir. Fakat dava açıldıktan sonra akıl hastasına yüklü bir miktarda bir miras çıkmıştır. Bunun gibi, akıl hastası bu davranışı

⁴⁴⁷ bkz. GOECKE, s. 33.

⁴⁴⁸ ARAL, s.740; BREHM, N.40, s.550; EREN, (Borçlar), s.608; TUNÇOMAĞ, s.440; STARK, N.691; SAYMEN/ELBİR, s.404; TANDOĞAN, (Mes'uliyet), s.59; REY, N.814; İNAN, s.284; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.500; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.320; BSK-SCHNYDER, Art.54, N.8; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, N.3.2.4.2.3 (a); AKİPEK/AKINTÜRK, s.328; ATAAY, (Şahıslar), s.90, (Borçlar), s.338; ÖZTAN, s.90; HELVACI, s.155; FEYZİOĞLU, s.466; YG. 4.HD. 1.12.1978 T. ve E.1943, K.13526 (UYGUR, s.860-861); YG. 4.HD. 15.2.1990 T. ve E.6593, K.1343 (UYGUR, s.863-864); YG. 4.HD. 25.11.1980 T. ve E.11031, K.13632 (KARAHASAN, C.4, s.633-634); YG. 4.HD. 18.10.1977 T. ve E. 7406, K.9689 (KARAHASAN, C.4, s.634-635); Sigorta konusunda yapılan tartışmalar için bkz. SPINDLER/BAMBERGER/ROTH, § 829, Rn.7; KELLER, (Haftpflicht), s.154-155; BGE 103 II 336 vd.; 104 II 188; bkz. BGHZ, 76, 379, 287; DEUTSCH/AHRENS, s.71-72; MEISTER-OSWALD, s.39; DEUTSCH (Haftungsrecht), s.311; ERMAN/SCHIEMANN, § 829, N.5; BORGELT, s.74 vd.; RODOPOULOS, Georges: Kritische Studie der Reflexwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, Frankfurt a.M. 1981, s.71 vd.; FUCHS, A., s.278 vd.; GOECKE, s.33 ve İsviçre hukuku ile olan farka değindiği s.136; bkz. FUCHS, s.154-155; MünKom/WAGNER, § 829 N.22; Hk-BGB/STAUDINGER, § 829, N.7; STAUDINGER/OECHSLER, § 829, N.55; IGNEY, s.40 vd.; ZEUNER/Kohlhammer, § 829 N.6; KÖTZ/WAGNER, s.130-131; ERGEL, § 828 N.8; LORENZ, Egon: Billigkeitshaftung und haftpflichtversicherung –Ein Harmonisierungsvorschlag–, VersR 1980, Heft 29 (A), s.699; WOLF, s.817 vd.

zengin bir tacire yapsa ve daha sonra tacir iflâs etse akıl hastası yine de sorumlu tutulabilecek midir ?

Bu hususlar, son derece tartışmalı olup, bu konular aşağıda, ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur⁴⁴⁹.

Diğer yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin veya zarar gören tarafın bir sigortası bulunuyorsa durum nasıl çözümlenecektir. Bu konuda doktrinde değişik görüşler ileri sürülmektedir. Kanımızca da, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararların bir sigorta tarafından karşılanması mümkün olabilir⁴⁵⁰.

Böyle bir sigortanın bulunması, kişinin malî durumunu esaslı bir şekilde etkilemektedir, zira, meydana gelen zararın karşılanması bakımından zararverenin bir garantisi söz konusu olmaktadır. Bir başka ifadeyle, malvarlığı aktifinde bir artış söz konusu olabilmektedir. Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde öncelikle sorumluluk sorunu söz konusu olduğuna göre, mantıklı olarak (zira, sigorta ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığını korumaktadır) bir rol oynamamalıdır. Sigorta koruması, zarar veren ile zarar gören dışında bulunmaktadır. Bununla birlikte, hakkaniyet açısından bakıldığında hiçbir kusuru bulunmayan zarar görenin, zararını karşılamak zorunda kalması yerinde gözükmemektedir, zira sigortanın sorumlu tutulması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin herhangi bir zarara uğramayacaktır. İşte bu durumu dikkate alan Federal Mahkeme, sigortanın

⁴⁴⁹ bkz. bkz. § 13, I.

⁴⁵⁰ Alman hukukunda ise, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir sigorta güvencesinin bulunması hâlinde bu durumun hakkaniyet sorumluluğu bakımından nasıl bir etki yapacağı son derece tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin 1957 tarihindeki ilk kararında, zorunlu sigortanın bulunduğu bir kararda, taraflar arasındaki malî durumun kıyaslanmasında, sigortanın dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. BGH 15.1.1957 (BGHZ 23, s.90); Bundan bir yıl sonrasında ise, ayırıştırma teorisi (differenzierungstheorie) çerçevesinde, söz konusu sigortanın bir sorumluluk doğurmadığı, buna karşın, sorumluluğun doğmasından sonra, tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Diğer yandan sigortanın isteğe bağlı yapılp yapılmadığı konusunda bir ayırım yapılmakta ve sigortanın isteğe bağlı bulunması hâlinde, hakkaniyet sorumluluğunda dikkate alınamayacağını, buna karşın zorunlu bir sorumluluk sigortası bulunması hâlinde, bu sigortanın, hakkaniyet konusunda dikkate alınabileceği belirtilmektedir. bkz. BGH 13.7.1958 (NJW 1958, s.1630); yine bu yönde kararlar için bkz. **TACKE**, s.23; buna karşın Alman Federal Mahkemesinin 18.12.1979 tarihinde verdiği kararda, sigortanın isteğe bağlı olup olmadığını dikkate almadan tarafların malî durumu açısından değerlendirilebileceğine karar vermiştir. BGHZ, 76, s.290 (VersR 1980, s.625, NJW 1980, s.1623); ayr. bkz. **LEHNERTZ, Fredericke**: Die Bedeutung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für den Billigkeitsanspruch gemäß § 829 BGB, VersR 1974, s.940.

bulunmasının malvarlığının aktif kısmında bir değer olarak görmüş ve hakkaniyet sorumluluğuna hükmetmiştir⁴⁵¹.

Hakkaniyet sorumluluğunun bu alanında, sigorta sorumluluğunun “res inter alios acta”⁴⁵² olması ikincil nitelikte kalmaktadır. Buradaki esas düşünce, tarafların, yani zarar veren ile zarar gören arasındaki malî durumdur. Bununla birlikte, bir sigortanın bir sorumluluk doğurması hukuken doğru değildir. Diğer yandan burada “summum jus” değil, hakkaniyet söz konusudur⁴⁵³. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bu sigorta sorumluluğu bir zararın meydana gelmesi hâlinde devreye sokulmaması hakkaniyete aykırı olacaktır⁴⁵⁴.

2. Haksız Fiilin Çok Ağır Bir Nitelik Taşması

Bir görüşe göre ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin davranışının çok kötü bir nitelik taşıyor olması veya onun içinde yaşadığı çevre için ağır bir tehlike oluşturması, hakkaniyet sorumluluğunu gerektiren sebeplerden biridir⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ bkz. BGE 103 II 330-338; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.149 Rz.63; **KELLER/GABI** s.199; **STARK**, N. 692; **KELLER**, I, s. 106; bu konuda, İsviçre Federal mahkemesinin 6.12.1977 tarihli kararı dikkat çekicidir. Kararda, (A) isimli bir bayan, kullandığı ilaçlar sebebiyle bağımlı hâle gelmiş ve akli durumundaki bozukluğu sonucunda, ailesi ile oturduğu ve kiracısı bulunduğu evde, gaz ocağını açık bırakarak intihar etmiştir. Gaz sızıntısı sebebiyle meydana gelen patlamada, ev büyük ölçüde kullanılamaz hâle gelmiştir. (A)'nın eşi zorunlu bir sigorta yaptırmış ve bu ölüm neticesinde kendisine ve iki çocuğuna yüklü bir miktarda tazminat kalmıştır. Ev sahibinin, zararının karşılanması amacıyla açtığı davada öncelikle, ev başkanın sorumluluğuna başvurulmuş; ancak koca, kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmiştir. Bunun üzerine, hakkaniyet sorumluluğuna dayanılmış ve mahkeme, sigorta durumunun Borçlar Kanununun 54. maddesi bakımından dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir. Özetleyen **OSWALD, Hans**: (VersR 1979), s.96.

⁴⁵² res inter alios acta = üçüncü kişiler arasındaki sözleşmeler.

⁴⁵³ summum ius summa iniura = varolan hukukun hiçbir koşula bağlanmadan aynen uygulanması en büyük haksızlıklara yol açar; hakkaniyete uymayan sert kanun en büyük adaletsizliktir, hukukun biçimliliğinin katılığı yumuşatmak ilkesi.

⁴⁵⁴ **BREHM**, Art.54, N.26 vd.; Avusturya hukukunda da, hakkaniyet sorumluluğunun kabul edilebilmesi için önemli olan, meydana gelen zararın karşılanmasında kimin malî açıdan daha rahat olduğudur. Buna göre, bir kimsenin sigortası meydana gelen zararı karşılayacaksa, bu kimse zarardan fazla etkilenmeyecektir. Bu nedenle hakkaniyet sorumluluğunun kabulü veya reddi için sigortanın varlığı dikkate alınmaktadır. Başka bir ifadeyle, Avusturya hukukunda, sigortanın kim tarafından yapılmış olduğu önemli olmamaktadır. Bu sebeple, zarar gören sigortalıysa, bir sorumluluk doğmayacak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir sigortası varsa, diğer şartların bulunması hâlinde hakkaniyet sorumluluğu doğabilecektir. bkz. **GOECKE**, s.152 ve orada anılan kararlar.

⁴⁵⁵ **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N.6; **BECKER**, Art. 54, N.5; **REY**, N.814; **ARAL**, (Gayrimüeyyizler), s.740; **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.60; **HELVACI**, s.156; **KARAHASAN**, C.1, s.504; **STAUDINGER/OECHSLER**, § 829, N.57.

Bu konuda diğerk görüş çerçevesinde, fiilin çok kötü bir nitelik taşıyor olması, kusurun ağırlığına ilişkin bir kavramdır, ki bu da ayırt etme gücünden yoksun kimseler için söz konusu olmayacaktır. Diğerk yandan fiilin, çok kötü bir durum oluşturması, akıl hastalığı etkisinden kaynaklanıyorsa bu durum daha ağır bir sorumluluk veya tazminat meydana getirmemelidir. Bu görüşe göre, sorumluluğu doğuran olay, zararın oluşmasıdır, yoksa fiilin kötü bir nitelik taşıması değildir. Aksi düşünce, günümüzde kabul edilemeyecek bir sorumluluk sebebi oluşturacaktır⁴⁵⁶.

Kanımızca, fiilin çok kötü nitelik taşıması, bazı durumlarda hakkaniyet sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınabilimelidir. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, fakir bir kızın ırzına geçmesi hâlinde, hakimin tazminata hükmetmesi mümkün olmalıdır⁴⁵⁷.

3. Failin Zihnî Durumunun Ayırt Etme Gücüne Sahip Olma Durumuna Yakın Olması

Bu durum Federal Mahkemece hakkaniyetin belirlenmesi açısından dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Federal Mahkemeye göre, “zihnî durumu normale yakın olan bir kimse, çok ileri derecede bir ayırt etme gücünden yoksun olduğu tartışmasız olan bir kimseye aynı şekilde değerlendirilmesi hakkaniyete uygun değildir”. Bununla birlikte Federal Mahkeme aynı kararda, bu ölçünün uygulanmasında çok dikkatli olunması gerektiğini, aksi hâlde ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin her fiilinden sorumlu tutulabilme tehlikesinin bulunduğunu kararlaştırmıştır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ BREHM, Art.54, N.26 vd

⁴⁵⁷ bkz. Manevî tazminata ilişkin açıklamalara, § 13, I, C.

⁴⁵⁸ BGE 71 II 230-231; ARAL, s.740; Brehm, bu kararı eleştirerek, böyle bir durumun hakkaniyet sorumluluğu için dikkate alınamayacağını ileri sürmektedir. bkz. BREHM, Art.54, N.34; alman hukukunda aynı görüşte, bkz. KÖTZ/WAGNER, s.129.

Kanımızca bu sebebin de hakkaniyet sorumluluğunun belirlenmesinde dikkate alınması mümkün olmamalıdır. Zira, bir kimsede ya ayırt etme gücü vardır ya da yoktur. Bunun bir arasının bulunması söz konusu olmamalıdır⁴⁵⁹.

4. Zarar Görenin, Faile Karşı Davranışının Etkisi

Zarar görenin davranışı işlendiği ândaki faile karşı davranışından kasıt, zarar görenin, biraz müsamahakar davranıp, kendisinin, faile karşı savunmadan kaçınıp kaçınmadığı gibi durumlardır. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 44. maddesine göre, tenkis sebebi sayılma ihtimali olup olmayacağı ayrıca dikkate alınması gerekmektedir⁴⁶⁰.

Bunun dışında, kişinin ayırt etme gücünden yoksun kimseyle şakalaşması, oyun sırasında zarar görmesi, hakkaniyet sorumluluğunda dikkate alınmaktadır⁴⁶¹.

II. Olumsuz Koşullar

A. Zarar Verenin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması

Bir kimsenin belirli bir eylem ve işlemi yaparken ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesi görevi ve yetkisi hâkimdedir. Bununla yukarıda görüldüğü üzere, ayırt etme gücünün belirlenmesi çoğu zaman özellikle tıp ve psikiyatri bilimi ile, ilgili teknik bir bilgi gerektirir. Dolayısıyla, hâkim bu konuda çoğu kez bilirkişilerden de yararlanma yoluna gidecektir. Bununla birlikte, hâkim, bilirkişilerin raporuyla bağlı değildir. Hâkim, raporu değerlendirirken, somut olayın koşullarını ve kişinin içinde bulunduğu durumu ve öteki delilleri değerlendirerek bir sonuca varacaktır⁴⁶².

⁴⁵⁹ İsviçre hukukunda bu ilkeye "alles oder nichts" ilkesi denilmektedir.

⁴⁶⁰ ARAL, s.740; BECKER, Art.54, N.7; IGNEY, s.39.

⁴⁶¹ BGH 15.1.57, NJW 1958, s.674; BGH 13.6.58, NJW 1958, s.1630; BGH 26.6.1962, NJW 1962, s.220.

⁴⁶² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.239; EGGGER, Art.16, N.17-18.

Diğer yandan ayırt etme gücünün varlığına veya bunun yokluğuna dayanan kimse iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu yukarıda belirtmiştir. Bu doğrultuda, doktrinde öngörülen karinelere dayanılarak yararlanılacaktır⁴⁶³.

B. Daha Ağır Bir Sorumluluk Sebebi Olmamalıdır

1. Genel Olarak

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin hakkaniyet sorumluluğuna tabi tutulabilmesi için, daha ağır bir sorumluluk sebebinin bulunmamış olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, meydana gelen zararın bir başkası tarafından (bu da doğal olarak bir başka bir sorumluluk sebebi oluşturmaktadır) karşılanamaması gerekmektedir⁴⁶⁴. Bu husus, Alman Medeni Kanununun 829. maddesinde açıkça düzenlenmiş olup, ayırt etme gücünden yoksun kimse, ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimsenin, oluşan zarardan başkasının sorumlu tutulmaması hâlinde hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir. Borçlar Kanunumuzda ise, buna ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen, bu sonuç kanımızca, Borçlar Kanununun 54. maddesinin istisnâ mahiyetinden çıkarmak mümkündür⁴⁶⁵. Daha evvel belirttiğimiz gibi, hâkim ayırt

⁴⁶³ Kısaca tekrar belirtmek gerekirse, Türk Medeni Kanununun yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da buna benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden, yoksun olmayan herkesin, bu kanun çerçevesinde ayırt etme gücüne sahip olacağını düzenlemiştir. Anlaşıldığı gibi bu hüküm ile, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir karine oluşturulmuştur. Diğer yandan, ergin olmayanların (küçüklerin), akıl hastalığı, akıl zayıflığı bulunanların veya sarhoşların, akla uygun bir şekilde davranmamaları esastır. Böylece bunların, kanun gereği ayırt etme gücünden yoksun oldukları karineten kabul edilmişlerdir. bkz. § 2, IV.

⁴⁶⁴ Örneğin, zarar ev başkanı veya bir sigortacıdan talep edilebilecek nitelikteyse, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. bkz. **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.59, **BREHM**, Art.54, N.10, s.542; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N.2; **STARK**, N.688; eğer zarar, bir sigorta kurumu veya ev başkanı sorumlu tutulabiliyorsa ayırt etme gücünden yoksun kimse sorumlu tutulamaz. bkz. **REİSOĞLU**, (Temyiz Kudreti), s.1094.

⁴⁶⁵ **BREHM**, Art.52, N.41 vd., s.542; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.151 vd; **BSK-SCHNYDER**, Art.54, N.9; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N.2; **STARK**, N.688; ayr. bkz. BGE 60 II 44; **BERKİ, Şakir**: "Türk Medeni Kanununda Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti", AÜHFD., C.XXVI, S.1-2, Ankara 1969, s.127; alman hukuku bakımından bkz. **DEUTSCH** (Haftungsrecht), s.306, 308; Goecke de, İsviçre hukukunda açıkça düzenlenmiş olmasa da, hakkaniyet sorumluluğunun talf bir nitelikte olduğunu kabul ettiğini belirtmektedir. **GOECKE**, s.136; **KÖTZ/WAGNER**, s.132 vd.; **ERMAN/SCHIEMANN**, § 829, N.1-2; **HOFMANN, Edgar**: Haftpflichtrecht für die Praxis: Handbuch des Haftungs- und Schadenersatzrecht, München 1989, s.151; **MünKom/WAGNER**, § 829, N.12; **MEDICUS**, § 136, N.772.

etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan hakkaniyet sebeplerini araştırırken, öncelikle başka bir kimsenin bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağını araştırmak zorundadır. Meydana gelen zarar, başkası tarafından, yani gözetim borcu altındaki bir ev başkanı veya bir sigortacı tarafından tazmin ettirilebiliyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kimse sorumlu tutulmamalıdır⁴⁶⁶.

Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlı davranışlardan, ancak bir başkasının sorumlu tutulamaması hâlinde sorumlu tutmak mümkündür.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, aşağıda, ayırt etme gücüne sahip kimsenin işlediği davranışlardan dolayı doğan hakkaniyet sorumluluğu ile önemli diğer sorumluluk türleriyle olan ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimsenin Ev Başkanı Sorumluluğunun Altında Olması

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, genel olarak bir veli veya vasinin gözetimi altındadır. İşte bunun gibi, bu kimsenin ev başkanı ilişkisi içinde olması mümkündür. Bu gibi durumlarda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir başkasına zarar vermesi hâlinde, zarar gören, öncelikle ev başkanına başvuracaktır.

Zarar gören bu surette, ev başkanının sorumluluktan kurtulma kanıtını getirememesi koşuluyla, zararın tamamının karşılanmasını sağlayabilecektir. Buna karşın, ev başkanı, her türlü denetim ve gözetim ödevini yerine getirdiğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulacaktır. Bu durumda, zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun kimseye başvurmasından başka bir imkân kalmayacak ve zararın

⁴⁶⁶ **KARAHASAN**, C.1, s.504; Yargıtay da, dava konusu olayda ölen küçüğün ve dolayısıyla onun mirasçıları olan davalı anne ve babanın, küçüğün haksız fiili sonucu tazminat ödemelerinin hakkaniyete uygun olup olmadığının araştırılması gerektiği ve öğretilde kabul edilen görüşe uygun olarak (Tandoğan, s.59) zararın tazmininin bir başkasından, örneğin nazeretle mükellef aile reisinden veya sigortacıdan istenebileceği hâllerde mümeyyiz olmayan kişinin sorumlu tutulmaması gerektiğini kabul etmektedir. bkz. YG.11. HD. 13.11.1987 T ve E.1987/3714 K.1987/6184. (bkz. **KARAHASAN**, C.4, s.631-633 ve YKD., 1988/3, s.367); bkz. yuk. § 8, I, B, 1.

ancak hakkaniyet çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kimseden karşılanmasını talep edebilecektir. Bu nedenle, ev başkanının sorumluluğu, konumuz açısından ayrı bir önemi vardır. Aşağıda kısaca bunlar incelenecektir ve hakkaniyet sorumluluğu ile karşılaştırmalar yapılacaktır.

a. Ev Başkanının Sorumluluğunun Hukukî Niteliği

Medeni Kanunumuz 369. maddesiyle ev başkanının sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi, zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumludur.

Ev başkanının sorumluluğunda, ev başkanına, başkasının üzerinde bir gözetim ve denetim borcu yüklenmiştir. Bu gözetim ve denetim borcunun ihlâl etmesi hâlinde ev başkanı sorumlu tutulmaktadır⁴⁶⁷. Diğer yandan bu sorumluluk, ev başkanının söz konusu özen ve gözetim ödevini ihlâl ettiği varsayımına (kanunî karinesine) dayandırılmış, ancak ev başkanına bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanarak bu sorumluluktan kurtulma imkânı verilmiştir. Bu açıdan ev başkanının sorumluluğu niteliği itibariyle, kurtuluş kanıtı getirilebilen bir olağan sebep sorumluluğudur⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ **EREN**, (Borçlar), s.600; **ÜNAL**, s.93; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.417; **OFTINGER**, II/1, s.239; **REY**, N.1129; **KARAHASAN**, s.399; **KELLER/GABI**, s.184; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.161; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.140; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.79; BGE 103 II 24 vd.; **MEISTER-OSWALD**, s.44; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.218; YİBK.27.3.1957 T. ve E.1, K.3 (YGİBK C.5, s.113); YHGK 19.3.1958 T. ve E. 316, K.15; Federal mahkeme eski kararlarında, ev başkanın sorumluluğunu, kusur karinesine dayanan bir sorumluluk olarak nitelendirmekteydi, bkz. BGE 49 II 444; BGE 70 II 138; BGE 74 II 196.

⁴⁶⁸ **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.162; **EREN**, (Borçlar), s.600; **TUNÇOMAĞ**, s.569; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.139; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.417; **OFTINGER**, II/1, s.239; **REY**, N.1127; **KELLER/GABI**, s.184; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet) s.778; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.79; BGE 103 II 24 vd.; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.222; BGE 103 II 27; YG 4. HD. 04.6.1980, 6271/8017, bkz. **KARAHASAN**, (Yargılama Usulü), s.808-809; **KELLER**, (Haftpflicht), s.158.

Ev başkanı, kendisi veya yardımcısı, objektif özen ve gözetim ödevini ihlâl etmesi hâlinde, kendilerine kusur yüklenemese bile doğan zarardan sorumlu tutulacaktır. Sorumluluğun doğması için kusura ihtiyaç yoktur. Bu nedenle ev başkanının, hasta olması, başka yerde bulunması veya ayırt etme gücünden yoksun olması gibi⁴⁶⁹ sebeplerden dolayı gözetim ödevini yerine getirecek durumda olmasa bile, başkanlığı altında bulunan kişilerin başkasına verdikleri zararı tazmin etmek zorundadır. Bununla birlikte ev başkanı, meydana gelen zararda kusurlu davranmışsa, bu ek kusur olarak nitelendirilir⁴⁷⁰.

Ev başkanının sorumluluğunun, olağan sebep sorumluluğu olarak kabul edilmesinde tıpkı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğunda olduğu gibi, “hakkaniyet düşüncesi” etkili olmuştur⁴⁷¹. Ev başkanının sorumluluğu altında bulunan küçük, kısıtlı, akıl hastası, akıl zayıfı gibi gözetime ihtiyaç bulunan kimseler, çoğu zaman malvarlığı yönünden zayıf ve dolayısıyla fakir durumda olup, zararı tazmin etmeleri için gereken maddî gücü çoğu zaman bulamayabilirler. Bu durum ise, zarar göreni zor durumda bırakacaktır. Bu nedenle, hakkaniyet düşüncesinden yola çıkılarak, kanun koyucu, ekonomik yönden daha iyi durumda bulunan ev başkanını, gözetimi altında bulunan kimsenin üçüncü kişilere karşı meydana getirdiği zararlardan sorumluluğu kabul edilmiştir⁴⁷².

⁴⁶⁹ Bu konuda İmre farklı görüştedir. İmre’ye göre ev başkanının ayırt etme gücünden yoksun bulunması durumunda, Medenî Kanununun 369. maddesi uygulanamaz. Çünkü, ev başkanı ayırt etme gücünü kaybederse, ev başkanlığından doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyecek duruma düşeceğinden sorumluluğu ortadan kalkar. bkz. **İMRE**, (Gayrimüeyyizler) s.373.

⁴⁷⁰ **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.163; **EREN**, (Borçlar), s.600; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.139; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.418; **OFTINGER**, II/1, s.240-241; **ÜNAL**, s.88 vd.; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.165.

⁴⁷¹ Ev başkanının sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olduğu görüşü yerinde değildir. Zira, ev başkanın gözetmekle görevli olduğu kimseler, tehlike sorumluluğunu gerektiren faaliyet ve işletmelere özgü tipik, özel ağır ve tehlikelilik niteliğini taşımazlar. Akıl hastaları ve akıl zayıfı olanlar, çevre için nispi bir tehlike oluştursalar da, bu tehlikenin ağırlık ve yoğunluğu, bir motorlu trafik aracı veya atom reaktörü gibi mutlak nitelikte değildir. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.65. Aynı görüşte **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet), s.163-164, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.145. **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 79, **AKINCI**, s.166; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.777.

⁴⁷² **EREN**, (Borçlar), s.600; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 79; **TANDOĞAN**, (Mes’uliyet) s.163; Yargıtay, ev başkanının hukukî niteliğini şu şekilde açıklamaktadır: “MK. md. 369/1 toplumsal hayatta büyük bir pratik ve hukukî ihtiyaca cevap vermektedir. Gerçekten her toplumun önemli bir kesimini çocuklar, yasal bir deyişle, küçükler oluşturur. Bunlar yaşları ve ruhî yapıları itibarıyla oyuna ve oyun aletlerine düşkünlüdürler. Ayrıca, çevrelerine karşı aşırı bir ilgi duyarlar. Bu nedenle zamanlarının çoğunu evde, okulda, parkta, sokakta ya da mahâlle aralarında oynayarak geçirirler. Gerek oyun içinde, gerekse oyun dışında oyuncak veya diğer araç ve gereçlerle birbirlerine veya üçüncü kişilere her zaman zarar verebilirler. Çocukların bilerek veya bilmeyerek, birbirlerinin beden bütünlüğüne ve şahsiyet haklarına saldırıda bulunmaları

Görüldüğü gibi, ev başkanının sorumluluğu da tıpkı ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukukî sorumluluğu gibi hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan, kendisine kusur yüklenemediğinden dolayı hakkaniyet sorumluluğu getirilmişken, ev başkanının sorumluluğunda, yukarıda açıkladığımız sebeplerden dolayı objektif bir kusur sorumluluğu getirilmiştir. Bununla birlikte, sorumluluğun türleri açısından önemli bir fark vardır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu iken, ev başkanının sorumluluğu hakkaniyet düşüncesine dayanan objektif sebep sorumluluğudur. Diğer yandan, yukarıda açıklandığı üzere, hakkaniyet sorumluluğu, ancak başka bir kimsenin sorumlu tutulmadığı, zarar görenin zararını başkasından tazmin edemediği hâllerde söz konusudur. Bu açıdan, hakkaniyet sorumluluğu talî bir sorumluluktur.

b. Sorumluluğun Şartları

Ev başkanının sorumluluğu için kusur dışında haksız fiil sorumluluğu açısından gerçekleşmesi gereken diğer şartlar, yani hukuka aykırılık, zarar ve uygun illiyet bağı dışındaki genel şartlarla birlikte bazı özel şartlara da ihtiyaç vardır. Aşağıda kısaca bununla ilgili bazı açıklamalarda bulunulacaktır.

rastlanılan olaylardandır. Bütün bu durumlarda, küçük temyiz kudretine sahip ise verdiği zarardan bizzat sorumludur. Ancak, birçok durumda mal varlığı olmadığı için fiilen, birçok durumda ise hem mal varlığı, hem de haksız fiil ehliyeti olmadığı için gerek fiilen, gerekse hukuken sorumlu tutulmaları söz konusu olamamaktadır. Kaldı ki, özen ve gözetime muhtaç kimseleri şahsen sorumlu tutmak mümkün olsa bile, zararın tamamını tazmin ettirmek olanağı her zaman bulunmayabilir. Çünkü temyiz kudretleri yoksa zarar veren aile üyeleri ancak hakkaniyet gereğince sorumlu tutulabilirler (BK. md. 54). Oysa hakkaniyet ölçüsü bazı hâllerde uğranılan zararın tamamının tazminine imkân vermez. Zira, hakkaniyet sorumluluğunda zarar verenin ekonomik durumu elverdiği ölçüde zarar tazmin edilir. İşte bu tür fiilî ve hukukî imkânsızlıklar küçük, kısıtlı akıl hastası veya akıl zayıfı aile üyelerinin davranışlarından zarar gören kimselere karşı başka bir şahsın sorumlu kılınması ihtiyacını doğurmuştur. Gerçekten, çok sık meydana gelen bu olaylarda, toplumu savunmasız bırakmamak; onu, küçüklere, kısıtlılara, akıl hastası ve akıl zayıflarına karşı korumak gerekir. İşte toplum yararı ve işlerin güvenle yürütülmesi ilkesi, zarar veren bu kimselerin yanında, başka birinin de sorumlu tutulmasını zorunlu kılmıştır. Türk Hukuk sisteminde ev başkanının sorumluluğu kusura dayanmaz. Diğer bir anlatımla bu sorumluluk kusursuz sorumluluktur. Medeni Kanun'un sözü edilen maddesinde öngörülen ana ilke ev başkanının gözetimindeki özen ödevini yapmamasıdır." YG. HGK. T. 8.12.2004 ve E. 2004/4-642 K. 2004/648; aynı yönde bkz. YG 4. HD. 9.12.2003 T. ve E.2003/4661, K.2003/14392 (YKD., 2003/6, s.854).

Ev başkanının sorumluluğu için öncelikle, ev başkanlığı ilişkisi bulunmalıdır. Medeni Kanununun 369. maddesi çerçevesinde, ev halkından olan küçük, kısıtlı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişi üzerinde ev başkanlığı yetkisi bulunan ve bunlarla ortak bir ev yönetimi içinde birlikte yaşayan kimseye ev başkanı denir.

Ev başkanı, iradesine üstünlük tanınan kimsedir. Medeni Kanununun 369. maddesi gereğince öngörülen özen ödevini, sahip olduğu yetkiye dayanarak yerine getirme imkânı olan kimse ev başkanıdır. Kanun, başkanlık otoritesine tabi olan kişileri sınırlayıcı olarak saymıştır. Bunlar, ev başkanının başkanlığı altında, ortak bir evin yönetimi içinde birlikte yaşayan küçükler, kısıtlılar, akıl hastası ve akıl zayıflığı bulunan kimselerdir. Bunlar dışındaki kimselerin verdikleri zararlardan, ev başkanı onlarla birlikte yaşamış olsa bile sorumlu değildir. Örneğin, reşit çocukların fiillerinden dolayı ev başkanı sorumlu değildir⁴⁷³.

Ev başkanlığı ilişkisinin oluşabilmesi için sosyal unsur dediğimiz ve iki veya daha çok kişinin ortak bir ev yönetimi içinde, yani aile hâlinde birlikte yaşamaları gerekmektedir. Diğer yandan da bağımlılık ilişkisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, aile hâlinde birlikte yaşayan kişiler arasında bir bağımlılık ilişkisinin bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle ev başkanının, birlikte yaşadığı kişiler üzerinde bir otoriteye sahip olması gerekmektedir⁴⁷⁴.

Ev başkanının zarardan sorumlu tutulabilmesi için, zarar verici davranışın gerçekleştiği sırada bu ilişkinin bulunması gerekmektedir⁴⁷⁵.

Ev başkanlığı ilişkisi, Medeni Kanununun 367. maddesi gereğince kanuna, sözleşmeye ve örften doğar. Yürürlükten kalkan Türk Kanunu Medenisinin 152. maddesinden farklı olarak anne ve baba, Medeni Kanunun 186. maddesi gereğince eşler, aile birliğini birlikte yönetirler. Buna göre, her ikisi de kanun gereği ev başkanı

⁴⁷³ TANDOĞAN, (Mes'uliyet), s.165; EREN, (Borçlar), s.602; ÜNAL, s.43, 48 vd.; DESCHENAUX/TERCIER, s. 82; KELLER, (Haftpflicht), s.161 vd.

⁴⁷⁴ EREN, (Borçlar), s.602; ÜNAL, s.106 vd.; MEISTER-OSWALD, s.46; REY, N.1143; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.143.

⁴⁷⁵ EREN, (Borçlar), s.603.

olarak sorumlu olacaklardır. Buradaki ilişki kanundan doğmaktadır⁴⁷⁶. Buna göre, anne ve babadan hangisi, zararlı davranışın meydana geldiği sırada gözetim borcu ile görevli ise, o sorumlu olacaktır; her ikisi de gözetmekle görevli ise, müteselsilen sorumlu tutulacaktır.

Ev başkanın sorumluluğu, zararın küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıflığı bulunan kimsenin davranışından doğmalıdır. Ev başkanı, burada başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Gözetime muhtaç kimselerin fiili olumlu olabileceği gibi olumsuz bir fiil şeklinde de olabilir. Fiilin kusurlu veya kusursuz olması sonucu değiştirmeyeceği doktrinde savunulmakla birlikte, kanımızca gözetime muhtaç kimsenin işlediği davranış normalde bir kişiye kusur olarak yüklenebilmelidir. Bu açıdan, bakıma muhtaç olmayan bir kimse için kusur olarak nitelendirilemeyecek bir davranış hâlinde, ev başkanının da sorumlu tutulmaması gerekir⁴⁷⁷.

Gözetime muhtaç kimsenin fiili, aynı zamanda hukuka aykırı nitelik taşıması gerekmektedir. Bu kimsenin örneğin meşru savunma şeklinde hareket etmesi hâlinde sorumluluk doğmaz⁴⁷⁸.

Ev başkanının sorumlu tutulabilmesi için gereken şartlardan bir diğeri, ev başkanının kurtuluş kanıtı getirememiş olmasıdır. Medeni Kanununun 369. maddesinin birinci fıkrasına göre ev başkanı, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulacağını düzenlemiştir. Başka bir ifadeyle, ev başkanı kanun ile getirilen ve özen ve gözetim görevini ihlâl ettiğine dair karineyi çürütmesi

⁴⁷⁶ Eğitim kurumlarında, hastanede, otel işletmelerinde, yatılı okullarda ise ev başkanı örfе göre belirlenir.

⁴⁷⁷ **EREN**, (Borçlar), s.604; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.83; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.143; **MEISTER-OSWALD**, s.50.

⁴⁷⁸ **EREN**, (Borçlar), s.604; **MEISTER-OSWALD**, s.50, N.53; **EGGER**, Art.333, N.7; **OFTINGER**, II/1, s.264; **TANDOĞAN** (Mes'uliyet), s.168, 171; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.147; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 83; BGE 42 II 47-48; bu konuda farklı görüşler için bkz. **ÜNAL**, s.96-97.

hâlinde veya her hâlde bir zararın meydana geleceğini ispat etmesi hâlinde sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁷⁹.

Ev başkanının sorumluluğu, gözetim ödevinin ihlâli karinesine dayanmaktadır. Ev başkanının göstermek zorunda olduğu özen ve gözetim görevi objektif olarak nitelendirilmelidir. Burada ev başkanının kişisel mazeretleri göz önünde tutulamaz. Diğer yandan, objektif özen ve gözetim ödevinin derecesi, somut olayın bütün özellikleri göz önünde tutularak, mahalli, sosyal ve kişisel ilişkilere göre değerlendirilmeli ve aynı çevre ve kategoride bulunan makul ve dürüst kişilerin aynı şartlar altında gösterecekleri özen ve gözetim ölçüsü⁴⁸⁰ esas alınmalıdır⁴⁸¹.

Medeni Kanununun 369. maddesinde yer alan özen ve gözetim ödevi, mutlak olmayıp, olağan ve somut durumun gerektirdiği bir özen ve gözetim ödevidir. Bu sebeple, bu ödevin belirlenmesinde öncelikle küçüğün, kısıtlının, akıl hastası veya akıl zayıfının kişiliği esas alınmalıdır. Bu açıdan, ev başkanı, gözetime muhtaç kişinin yaşını, cinsiyetini, fizikî ve ruhî durum ve gelişmesini, hastalık durumunu, karakterini, eğitimini, yaşadığı sosyal çevreyi, zarar verici fiilde kullanılan araç ve gereçleri vb. göz önünde tutarak ona gözetim ve denetiminde bulunmalıdır. Diğer yandan, gözetime muhtaç kişinin yapacağı faaliyet türü de dikkate alınmalıdır. Ev başkan, bu kimselere gerekli emir ve talimatları vermeli, etkili denetim ve gözetimde bulunarak doğması olası zararları önceden önlemelidir⁴⁸².

Ev başkanı, yetersiz gözetimde bulunduğu, zarar verici fiile izin verdiği, eksik veya yanlış talimat ve uyarıda bulunduğu, tehlikeli eşyayı evde bıraktığı, başkanlığı

⁴⁷⁹ Ev başkanın gözetim görevini yerine getirmemesi ve bunun aksinin ispatı konusunda bkz. **FUCHS, A.**, s.206 vd.; ayr. bkz. YG. 11.HD. 14.2.1980 T. ve E.1979/11318, K.1980/1887 (YKD., 1980/10, s.1345); YG. 4.HD.19.12.1979 T. ve E.1979/11135, K.1979/14236 (YKD.1981/4, s.420).

⁴⁸⁰ Bu açıdan örneğin köyde yaşayan çocuklar daha bağımsız olup, şehirde yaşayan çocuklar kadar sıkı bir gözetim borcu yüklenemez. Buna karşın, şehirde yaşayan çocuklar, trafiğe daha alışıktır. Aynı şekilde, tehlikeli şeylere yakın yerlerde oturulması, örneğin babanın evin yanında bir değişik aletlerin bulunduğu bir atölyesinin olması hâlinde çocuğun buraya erişmemesi için daha dikkatli davranmalıdır. bkz. **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.173; Silahların kilitli veya gözetime muhtaç bir kimsenin ulaşamayacağı bir yerde saklanması gerekir. bkz. BGE 100 II 100 vd.; BGE 43 II 146-147; 32 II 461; 44 II 99 vd.; BGE 48 II 426 vd.; BGE 43 II 212-213.

⁴⁸¹ **EREN**, (Borçlar), s.605; **KELLER/GABI**, s.187; **ÜNAL**, s.121 vd.; BGE 100 II 301; 95 II 259; **MEISTER-OSWALD**, s.51 vd.

⁴⁸² **TANDOĞAN**, (Mes'uliyet), s.172; **EREN**, (Borçlar), s.199.

altındaki kişilere doğru olmayan işlemlerde bulunduğu hâllerde, özen ve gözetim ödevini ihlâl etmiş sayılır ve sorumlu tutulur⁴⁸³.

İşte görüldüğü gibi, bir ev başkanı ilişkisinin bulunduğu hâllerde, artık ayırt etme gücünden yoksun kimse sorumlu tutulamayacak, bunun yerine onu gözetmekle yükümlü olan kimse sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte ev başkanı, yukarıda belirtilen kurtuluş kanıtını getirmesi hâlinde ise, ayırt etme gücünden yoksun kimse hakkaniyet gerektiriyorsa, sorumlu tutulabilecektir.

c. Ev Başkanın Rücu Hakkı Bakımından

Ev başkanı, tazminat ödedikten sonra, şartları varsa, zarar sebep olan kimse veya kimselere rücu etme hakkı vardır. Bununla birlikte rücu davasına, genellikle ayırt etme gücünden yoksun kimseler söz konusu olacaktır. Rücu davasında rücu edilecek kimsenin bir kusuru arandığından dolayı, rücu mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 54. maddesinin rücu davasında da uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁴. Bu düşünce de hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır⁴⁸⁵.

3. Sorumluluğun Çatışması

Yukarıda Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesindeki hakkaniyet sorumluluğunun, talî bir nitelik taşıdığı açıkça görülmektedir. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimseler, ancak bir başkasının meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaması hâlinde devreye girecektir⁴⁸⁶.

⁴⁸³ REY, N.1160; ÜNAL, s.126; EREN, (Borçlar), s.605; BGE 74 II 193 vd.; 33 II 549; 57 II 566; 62 II 75; 67 II 55; 103 II 24 vd.; 79 II 354; YG. 4. HD. 30.01.1942 T. Ve E.700, K.348, bkz.İz.BD. 1942, S.24-25, s.377.

⁴⁸⁴ EREN, (Borçlar), s.606.

⁴⁸⁵ Bu tarz bir rücu ilişkisine uygulamada pek rastlanmaz. Buna özellikle, ahlâk kuralları ile aile ilişkileri pek elvermez. Buna karşın, buna benzer rücu, yurt yöneticisi ile öğrenciler arasında olduğu gibi, aile hâlinde bir arada yaşama olayının sözleşmeye veya menfaat ilişkisine dayandığı hâllerde rastlamak imkânı da yok değildir. ÜNAL, s.148; ayr. bkz. OFTINGER, II/1, s.289-290.

⁴⁸⁶ BREHM, Art.54, N.38; OFTINGER/STARK, II, 1, 151, N.74; BRUNNER, s.152.

Borçlar Kanununun 54. maddesi, bu şekilde, diğer sorumluluklarla ne bir yarışma hâlinindedir, ne de onlardan öncelikli olarak uygulanacaktır, bilakis ancak başka bir sorumluluk yoksa, sorumluluk devreye girecektir. Bu neticeyi, hakkaniyet sorumluluğunun niteliğinden çıkarabiliriz⁴⁸⁷. Borçlar Kanununun 54. maddesi, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin kusurları olmadığından, haksız fiil sorumluluğuna tabi tutulmazken, hakkaniyet düşüncesinden hareketle, bunların sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu hüküm ile, bir yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimse korunmak istenirken, bir yandan da hakkaniyet gereğince zarar görenin zararları da karşılanmak suretiyle adâlet biraz olsun sağlanmak istenmiştir. İşte zarar görenin, zararının başka bir surette karşılanması imkânı varken, bu hükümlerin birbiriyle yarıştığını söylemek ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması amacına hizmet etmeyecektir. Bu açıdan, kanımızca, Borçlar Kanununun 54. maddesindeki hakkaniyet sorumluluğunun diğer sorumluluk türleriyle yarışmadığı kabul edilmelidir⁴⁸⁸.

Bu fikrimizle paralel olarak, Borçlar Kanunu tasarısının sorumluluk sebeplerinin çokluğu başlıklı 59. maddesinde, sebeplerin yarışması düzenlenmiştir. Buna göre, “bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir; hâkim, kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”.

Görüldüğü üzere, tasarının kanunlaşması hâlinde, hâkim, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir. Bununla birlikte, kanunda, en iyi giderim olanağını hangi sorumluluk sebebinin olduğu belirtilmemiştir⁴⁸⁹. Kanımızca, tasarıda en iyi giderim olanağının, somut olaya göre

⁴⁸⁷ BREHM, Art.54, N.38; OFTINGER/STARK, II, 1, 151, N.74.

⁴⁸⁸ Yalnız hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu sorumluluklar birbiriyle yarışmadığı kabul edilecek olursa da, aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği gibi, birden fazla zarar verenin bulunduğu durumlarda, zarar verenlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun kimse olması hâlinde, müteselsil sorumluluk çerçevesinde zarar karşılanacaktır. Bu durumda, hakkaniyet çerçevesinde hâkim, zararın paylaşılmasına karar verebilir. Yoksa, müteselsil ilişki içerisinde birden fazla sorumlunun bulunduğu durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu yoktur denilemez. bkz. Aşağı. bkz. § 13, II ve III.

⁴⁸⁹ Aynı şekilde madde gerekçesinde de buna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Gerekçe şu şekildedir: 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu / 1. Sebeplerin yarışması” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 59 uncu maddesinde, sorumluluk sebeplerinin yarışması düzenlenmektedir. Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok

belirlenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, giderim olanağının, sorumluluğun niteliğine göre de belirlenmesi de akla gelebilir. Buna göre, örneğin, kurtuluş kanıtının getirilemediği bir sorumluluk olan bina malikinin sorumluluğu ile kurtuluş kanıtı sağlayan hayvan tutucusunun sorumluluğu arasında giderim olanağı, duruma göre daha iyi olabilir. Bunun dışında, zararverenin maddî durumları da dikkate alınması hâlinde, giderim olanağı karşılaştırılabilir. Hakkaniyet sorumluluğunun tazminatın sadece uygun bir miktarda kalması dikkate alınırsa, sorumluluğun başka sorumluluklarla karşılaştığında, en iyi giderim olanağını vermeyecektir.

§ 9. AYIRT ETME GÜCÜNÜ GEÇİCİ OLARAK KAYBEDENLERİN SORUMLULUĞU

I. Hukukî Niteliği

Ayirt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin bu durumdayken verdiği zarardan sorumluluğu, Borçlar Kanununun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm “ayirt etme gücünü muvakkaten izaa eden kimse, bu hâlde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat ederse mes’ul olmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkra maalesef kötü bir şekilde tercüme edilmiştir. Kanımızca da bu metin şu şekilde olmalıydı: “Ayirt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimse bu duruma kendi kusuru olmaksızın düştüğünü ispat etmedikçe, bu durumda iken meydana getirdiği zararlardan sorumludur”. Çünkü burada kusurun bulunmadığının ispatı, haksız fiil işlenirken değil, ayirt etme gücünü yitirme ânında yapılması gerekmektedir⁴⁹⁰.

Borçlar Kanunu bu hüküm ile, ayirt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimsenin, ayirt etme gücünü kendi kusuru dışında meydana geldiğini ispatlamadığı sürece, meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutulacağını düzenlemiştir.

hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.⁴⁹⁰ Karş. İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.811; ARAL, s.741; İNAN, s.285; KARAHASAN, C.1, s.510; SAYMEN/ELBİR, s.405-406; FEYZİOĞLU, s.468.

Zarar veren kimsenin ayırt etme gücünü kendi kusuru dışında kaybetmesi hâlinde meydana gelen zarardan sorumluluğu tamdır. Her ne kadar, zararı işlerken, sübjektif kusur açısından kendisine bir kusur yüklenemese de, zarar verenin kendisini bu duruma düşürmede kusurlu olduğundan, sorumluluğun niteliği kusur niteliği olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu bu şekilde, ayırt etme gücünü kendi kusuru ile yitirerek başkalarına zarar vermelerini önlemek istemiştir. Başka bir ifadeyle, bu hükümle, kişinin kendisini başkalarına zarar verebilecek bu tarz bir hâle düşmesinde dikkatli davranmasını sağlamaktır. Aksi düşünce, yani, kişinin kendini ayırt etme gücünden yoksun hâle getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi düşüncesinin ne derece suiistimallere neden olabileceği ve bunun toplumun adâlet duygularıyla bağdaşmayacağı ortadadır⁴⁹¹.

Aşağıda kısaca, ayırt etme gücünü kendi kusuru dışında kaybeden kimselerin sorumlu tutulabilmesinin şartları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

II. Şartları

A. Failin, Sezginliğini Geçici Olarak Kaybetmiş Olması

Borçlar Kanununun 54. maddesinin ikinci fıkrasında bir kişinin ayırt etme gücünü kaybetmiş olmasından ne kastedildiği daha önce, incelenmişti. Bununla birlikte, sarhoşluk, uyuşturucu madde alma, ipnotizma ve benzeri şeylerin etkisi altında kalınarak ayırt etme gücünün yitirilmesi en çok rastlanılan örneklerdendir. İşte bu hâllerde sorumluluğun türü, kusura dayanan bir sorumluluk niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekir ki, her ne kadar 54. maddenin ikinci fıkrasında, kendi kusuru olmaksızın bir zarar meydana gelmesinden bahsetse de burada, işlenen zararlı davranışta bir kusurun bulunup bulunmaması değil, zarar verenin ayırt etme gücünden geçici olarak kaybetmesi hususunda bir kusurun olup olmamasıdır. Başka bir ifadeyle buradaki kusur sorumluluğu, kişinin ayırt etme gücünü yitirmesi konusunda kusurlu olup olmaması açısından⁴⁹².

⁴⁹¹ SCHWARTZ, s.219; ARAL, s.741.

⁴⁹² EREN, s.607-608; İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.811; ARAL, s.741; İNAN, s.285; KARAHASAN, C.1, s.510; CEYLAN, s.53.

B. Kusur Hariç, Haksız Fiilin Diğer Unsurlarının Bulunması

Bununla birlikte, daha evvel anlatıldığı üzere, ayırt etme gücünün bulunmadığı sırada verilen zararlarda failin kusurlu bir davranışından söz edilmesi mümkün değildir. Zira burada, kusurun subjektif yönü olan ayırt etme gücü bulunmamaktadır. Bu nedenle kaynak İsviçre Borçlar Kanununa uygun olarak bu hüküm, “ayırt etme gücünü yitirmiş bir kimsenin, bu hâldeyken bir zarara sebebiyet vermişse, bu hâle kendi kusuru olmaksızın düştüğünü ispat edememesi hâlinde sorumludur”, şeklinde düzenlenmeliydi⁴⁹³.

Nitekim bu durumu dikkate alan kanunkoyucu, hazırlanan kanun tasarısında 58. madde ile, kişinin ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur şeklinde düzenlenmiştir⁴⁹⁴.

C. Hakkaniyetin Tazminat Ödenmesini Gerektirmesi

Ayırt etme gücünden yoksun kimse, bu duruma kendi kusuru dışında kaybettiğini ispat etse bile, bu kimse kusurlu olmasa bile hakkaniyet sebeplerinden dolayı sorumlu tutulabilir. Hâkim, burada da somut olayın özelliklerine göre hakkaniyetin varlığını arayacak şartların oluşması hâlinde tazminata karar verebilecektir. Hakkaniyetin hangi hâllerde tazminatı gerektirdiğini daha önce

⁴⁹³ İMRE, (Kusursuz Mesuliyet), s.811; ARAL, s.741.

⁴⁹⁴ Anılan hükmün madde gerekçesi ise şu şekildedir:”818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasını karşılamaktadır. Tasarının tek fıkradan oluşan 58 inci maddesinde, ayırt etme gücünün geçici kaybı hâlinde verilen zarardan sorumluluk düzenlenmektedir.818 sayılı Borçlar Kanununun 54 üncü maddesinin kenar başlığında kullanılan “B. Ayırt etme gücünü haiz olmayanların mes’uliyeti” ibaresi, Tasarıda “4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı” şekline dönüştürülmüştür. Maddede, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlü olduğu öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, meselâ ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedecek ölçüde sarhoş olan veya uyuşturucu madde kullanan bir kişi, bu sırada sebep olduğu zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, bu durumda bulunan kişi, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinde kendi kusurunun bulunmadığını, meselâ; içeceği uyuşturucu madde konulduğunu veya istemediği hâlde korkutularak içki içmeye zorlandığını ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur”.

ayrıntılı olarak açıklamıştık. Bu nedenle tekrardan kaçınmak amacıyla, daha evvel yapmış olduğumuz açıklamalara atıf bulunmakla yetineceğiz⁴⁹⁵.

D. Failin, Ayırt Etme Gücünü Kusuru Dışında Kaybetmesi

Borçlar Kanununun 54. maddesinin ikinci fıkrası gereğince bir hakkaniyet sorumluluğuna hükmedilebilmesi için, failin ayırt etme gücünü kendi kusuru dışında kaybetmiş olmalıdır. Dolayısıyla, burada ispatı gereken husus, zararın kendi kusuru olmaksızın işlendiği değil, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybının kendi kusuru dışında meydana gelmesidir.

Diğer yandan kanunun 54. madde ile, ayırt etme gücünü yitiren kişi aleyhine ispat yükünü ters çevirmiş ve böylece zarar görene bir kolaylık sağlanmıştır. Bu açıdan, zarar gören, failin kendi kusuruyla, ayırt etme gücünü yitirdiğini ispat etmek zorunda değildir. Aksine, fail bu hâle kendi kusuru dışında düştüğünü ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Böylece ayırt etme gücünün tespitinde, failin davranışın işlendiği sıradaki, zihnî durumuna ve fiilin mahiyetine göre karar verilmesi gerektiği esastan ayrılmış olmaktadır⁴⁹⁶.

§ 10. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYANLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. Giriş

Ayırt etme gücünden yoksun olan kimselerin yapmış oldukları hukuka aykırı eylemlerinden dolayı sorumluluğu yukarıda incelenmiştir. Bunun dışında Medeni Kanununun 15. maddesi çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin yaptıkları hukukî işlemler hiçbir hukukî sonuç meydana getirmezler, başka bir ifadeyle mutlak surette geçersizdirler. Bununla birlikte, bu hukukî işlemlerin diğer tarafın zarara uğramasına sebebiyet verebilir. İşte, ayırt etme gücünden yoksun bulunanların haksız fiilleri açısından bir hakkaniyet sorumluluğu getirmişken, başka

⁴⁹⁵ § 8, B.

⁴⁹⁶ BUCHER, Art.17/18, N.86; KARAHASAN, C.1, s.510.

bir ifadeyle üçüncü kişilere bu hâllerde belirli bir koruma sağlamışken, hukukî işlemler açısından hakkaniyete uygun bir sorumluluğun getirilip getirmediği, yani bir hakkaniyet sorumluluğunun bulunup bulunmadığı Türk-İsviçre hukukunda tartışmalı bir husustur. Aşağıda ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin yapmış olduğu hukukî işlemlerle karşı tarafı bir zarara uğratması hâlinde hakkaniyet sorumluluğunun meydana gelip gelmeyeceği incelenecektir.

II. Genel Olarak Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî İşlemleri

Ayırt etme gücünden yoksun kimseler, belirli şartların yerine getirilmesiyle kısıtlanmalı ve vesayet altına alınmalıdır. Ancak bu gibi kimselerin kısıtlanmamaları veya henüz işlemlerin devam ettiği durumlarda bu kimseler ayırt etme gücüne sahip kimseler gibi yaşadıkları görülmektedir. Bu takdirde, söz konusu kimseler, başkasına zararlı davranışlarda bulunmaları ve sonra bunların ayırt etme gücüne sahip olmadıklarını ileri sürerek sorumlu olmadıkları mümkündür. Diğer yandan bu kimseler, hukukî işlemler yapıp, daha sonra bu işlemlerin geçerliliğini tanımazlar ve onları işlemin yapıldığı, ânda ayırt etme gücünden yoksun olduklarını ileri sürerek ifadan kaçınmaktadırlar. İşte bu gibi durumlarda, ayırt etme gücünden yoksun kimseyle hukukî işlemler yapan kimseler büyük zararlara uğrayabilirler⁴⁹⁷.

Esas itibariyle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin korunmasını amaçlayan Medeni Kanun, bu kimselerin işlemlerini geçersiz saymakta ve bunların başka türlü geçerli hâle gelmesini mümkün kılmamaktadır⁴⁹⁸. Bunun gibi, hâkim önüne gelen geçersizliği kendiliğinden (re'sen) dikkate almalıdır. Diğer yandan kanunun lafzî olarak ele alınması hâlinde, karşı tarafın durumu dikkate alınmamaktadır. Başka bir ifadeyle menfaatler çatışması, ayırt etme gücünden yoksun olan kimsenin lehinedir. Ayırt etme gücünden yoksunluğun ispatlanması

⁴⁹⁷ YUNG, s.485-486; İMRE, (Gayrimümeyyizler), s.362 vd., 371; ARAL, s.746 vd.

⁴⁹⁸ YHGK T. 27.11.2002 ve E. 2002/1-877 K. 2002/1029 sayılı kararında bu durum şu şekilde belirtilmiştir: “Yasanın belirtilen düzenleme sistemine göre temyiz kudretine sahip olmayan kimsenin yaptığı işlemlerin, hiçbir hukukî hüküm ifade etmeyeceği, yokluğa eşdeğer butlan ile malûl bulunduğu söylenebilir. Gerek doktrinde gerekse uygulamada benimsenen görüş de bu doğrultudadır. Bu düzenleme ve kabul tarzının, mutlak ehliyetsizlik hâli olarak da nitelendirilebilen, temyiz kudretinden yoksun kişiyi korumaya yönelik olduğu muhakkaktır. Böyle bir korumanın gerekliliği de tartışılmaz”.

hâlinde, hukukî işlem geçersizdir. Bir hukukî işlemin geçersiz sayılması, ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimsenin zarar görmesi şartına bağlı değildir. Başka bir ifadeyle, hukukî işlem, ehliyetsiz kimse için elverişli olsun veya olmasın akli başında bir kimse tarafından da yapılabilir olsa bile geçersiz sayılmaktadır⁴⁹⁹.

Karşı tarafın iyiniyetli olması, yani kendisiyle sözleşme yapıldığı kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığını bilmemesi veya bilemeyecek durumda olması, sözleşmenin geçersizliği açısından önemli değildir⁵⁰⁰.

Görüldüğü gibi Medeni Kanunun 16. maddesi ayırt etme gücüne sahip olmayanlara azami bir himaye sağlamaktadır. Bu durum, sözleşme yaptığı kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmeyen, yani iyiniyetli karşı tarafın zarara uğramasına sebep olur; bunun sonucu olarak da işlem güvenliği sarsılmış olur. Aynı şekilde, geçersizlik kuralının mutlak olarak uygulanması, bizzat ayırt etme gücünden yoksun kimsenin aleyhine sonuçlar doğurabilir ve Medeni Kanununun 15. maddesindeki koruma amacıyla bağdaşmayan bir durum ortaya çıkabilir. Meselâ, kendisine ikramiye çıkan bir piyango biletini alan ayırt etme gücünden yoksun kimse için, bilet alma işleminin geçersiz sayılması aleyhine olacağı açıktır⁵⁰¹.

Bu nedenle ayırt etme gücünden yoksun kimselerin yaptıkları hukukî işlemlerin (sözleşmelerin) mutlak geçersizliği kuralına ilişkin bazı sınırlamaların getirilmesi gerekmektedir. Nitekim, Medeni Kanununun 15 maddesinin ikinci fıkrasında “kanunda belirli istisnalar saklıdır” hükmü bunu işaret etmektedir⁵⁰².

⁴⁹⁹ YUNG, s.489; BERKİ, s.129.

⁵⁰⁰ BUCHER, Art.17/18, N.147-148; EGGER, Art.18, N.3; von TUHR/PETER, 180; JAEGER, s.47; ATAAY, (Şahıslar), s.104; OĞUZMAN/SELİÇİ, s.51; KÖPRÜLÜ, s.215; DURAL/ÖĞÜZ, s.90; ARAL, s.747; 28.07.1941 tarih ve E.4/K.21 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, bu durumu şu gerekçe ile açıklamaktadır. “Mümeyyiz olmayan bir kimse ile hukukî muamelede bulunan diğer âkidin bunu bilmeyerek hüsnüniyetle hareket etmiş olması zikri geçen 15. maddenin mutlak ve kat’i sarahati karşısında böyle bir kimsenin tasarrufu üzerinde hukukî hüküm terettüp etmesi için kafi değildir. Kanun, o gibi ayırt etme gücünden mahrum olan kimselerin esasen hak iddia edenlerin hüsnüniyetini himaye etmemektedir. Elverir ki, o tasarrufun hüküm ifade etmesi için lüzumlu ayırt etme gücü derecesinin tasarruf zamanında mevcut olmadığı katıyetle sübut bulsun. Bu takdirde kaasrın hâli, metin ve ruhundan başka türlü bir netice çıkarılmasına imkân yoktur”. Aynı doğrultuda kararlar için bkz. YHGK T. 27.11.2002 ve E. 2002/1-877 K. 2002/1029; YHGK. T. 22.12.2004 ve E. 2004/1-743 K. 2004/740; YG 1. HD. T. 05.03.2003 ve E. 2003/1674 K. 2003/2292.

⁵⁰¹ ARAL, s.747; JAEGER, s.48.

⁵⁰² ARAL, s.747-748.

Bu sınırlamalardan ilki dürüstlük kuralından doğan istisnalardır. Medeni Kanununun 16. maddesinin amacı, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin korunması olduğundan karşı tarafın sırf ayırt etme gücünden yoksun kimseye zarar vermek kastıyla geçersizlik iddiasında bulunması, bu amaca aykırı olur ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Bu hâlde, ayırt etme gücünün bulunmamasına rağmen sözleşme geçersiz hâle gelmez. Bu durumu açıklayan 09.03.1955 tarihli ve 22/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, şu şekildedir: “Medeni Kanununun 15. maddesindeki hükmün vazında asıl gaye ve maksadın medeni hakları kullanmaktan gayrimümeyyizlik sebebiyle mahrum olan kimsenin korunması olduğu meydandadır. Şu hâlde bu kanun hükmünü, sevk gayesine münafi olarak mümeyyiz olmayanın aleyhine tefsir etmek; meselâ, mümeyyiz olmayan kimsenin yaptığı bir iş akdi batıl sayıldığı takdirde işveren yalnız mamelekinde husüle gelen zenginleşmeden dolayı bir miktar para verecek, mukavele edilen ücretle mülzem bulunmayacaktır. Ayrıca bu kimseyi –iş akdi hükümsüz olduğundan- işçi sigortalarından veya işçiyi koruyan diğer kanun hükümlerinden istifade ettirmemek vaziyeti hasıl olacaktır. Keza mümeyyiz olmayan bir kimsenin satın aldığı piyango biletine ikramiye isabet etse, satış hükümsüz olduğu için ikramiyenin kendisine ait olması neticesine varmak icap edecektir. Görülüyor ki, 15. maddenin mümeyyiz olmayan kimse aleyhine olarak dermeyeran edilmesi, bu hükmün konması maksadına aykırı ve adil olmayan neticeler doğurmaktadır.”⁵⁰³.

Bunun gibi, geçersizliğin, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kanuni temsilcisi veya ayırt etme gücünü kazandıktan sonra bizzat bu kişi tarafından ileri sürülmesi de hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Ayırt etme gücünün kazanılmasının veya kanuni temsilcisi tarafından durumun öğrenilmesinden uzun bir zaman geçtikten sonra, sırf fiyat değişikliklerinden karşı taraf aleyhine yararlanmak amacıyla geçersizlik iddiasında bulunmak, Medeni Kanununun 15. maddesinin koruma amacına ters düşer ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Nitekim biraz evvel değinilen İçtihadı Birleştirme Kararında aynı sonuca varılmıştır. Buna 15. maddenin ayırt etme gücüne sahip olmayan kimse tarafından, diğer taraf aleyhine

⁵⁰³ bkz. 9.3.1955 gün 22/2 sayılı YİBK.; ayr. bkz. **ARAL**, s.748.

ileri sürülmesi de hâl ve şartlara göre dürüstlük kuralına aykırı bir durum oluşturabilir. Gerçekten ayırt etme gücünden yoksun kimse, bu güce sahip olsa idi aynı şekilde hareket edecek, yani normal zekâlı bir insan dahi aynı tarzda işlemde bulunacak idiyse, ayırt etme gücünden mahrum olduğunu ileri sürerek işlemin geçersizliğini ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde ayırt etme gücünden yoksunluk, hukukî işlemde gerekli güvenin önemli bir ihlâli sonucuna ulaştıracak bir kargaşa ve istikrarsızlık niteliğini alır ki, buna imkânı tanınmamalıdır. Zira her türlü sübjektif hakkın kullanılmasını hakim olan dürüstlük kurallarının denetimi (murakebesi) altına koyan, Medeni Kanununun 2. maddesi buna engeldir. Nitekim, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin tasarrufunun hukuken hüküm ifade etmeyeceği kuralını koyan 15. maddenin ikinci fıkrasıyla saklı tutulan istisnalar arasında 2. maddede ifade edilen dürüstlük kuralına aykırılık hâli de mevcuttur. Başka bir deyişle, ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafından hukukî işlemin geçersiz olduğu yönündeki iddiası, dürüstlük kurallarına aykırı olduğu takdirde dinlenmez, zira bu durum, hakkın kötüye kullanılması durumuna girer ve bu durum kanunî himayeden yararlanmaz ...”⁵⁰⁴.

Bununla birlikte, anılan şekilde sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması kavramıyla sınırlandırılması, iyiniyetli kimselerin korunması yönünden her zaman yeterli bir çözüm sayılamaz ve bu durum vicdanı rencide edecek sonuçlara ve adâletsizliklere sebep olabilecektir⁵⁰⁵. Sözleşmenin geçersizliğine rağmen, karşı tarafın sözleşmenin yapılmasına ilişkin güvenin boşa çıkmasından doğan zararının ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından giderilmesi imkânının araştırılması gerekir⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ **ARAL**, s.749

⁵⁰⁵ **YUNG**, s.490; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.810; **İMRE**, (Gayrimüeyyizler), s.371.

⁵⁰⁶ **ARAL**, s.749; Yung, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bu tarz sözleşmelerden dolayı meydana gelen zararlar konusunda, Federal Mahkemenin kararlarından örnekler vermektedir. Bir banka, akrabalarından birinin kefaletini sağlayan bir müşterisine ödünç para vermiş ve banka kefile karşı ödeme talebinde bulununca, kefil kefaletnameyi imzaladığı sırada ayırt etme gücünden yoksun olduğunu iddia ve ispat ediyor. Anılan kefalet, ayırt etme gücünden dolayı iptal ediliyor ve teminatın hiçbir hükmü kalmıyor; yine aynı şekilde, kocasının bıraktığı bir işletmeyi üzerine alan dul bir kadın bu işletmeyi oğullarından birine satıyor. Birkaç sene sonra, dul kadında akıl hastalığından dolayı bir vasi atıyor. Vasi, senelerdir oğlunun işlettiği işletmenin satışına dair sözleşmenin iptalini talep ediyor. bkz. **YUNG**, s.489.

Bu konuda özellikle hakkaniyet sorumluluğu akla gelebilir. Alman hukukunda, sözleşme ilişkilerine hakkaniyet sorumluluğunun uygulanmamasının meydana getireceği adâletsizlik şu tipik örnekle açıklanmaktadır. Bir akıl hastası, bir antika dükkânına girip, dükkân sahibinin ekonomik bakımdan sarsacak nitelikte bir tabloyu parçalaması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Ancak, akıl hastası, antika dükkânından söz konusu tabloyu satın alma konusunda anlaşır ve tablonun karşılığına bir senet verip, dükkândan çıktığında bu tabloyu karşısına gelen ilk kişiye vermesi hâlinde, sözleşmenin geçersizliği sebebiyle, antikacının uğradığı zararlara hakkaniyet sorumluluğunun uygulanmaması adil sonuçlar vermeyecektir⁵⁰⁷.

İşte bu konuda hakkaniyetin gerçekleşmesini sağlamak açısından Borçlar Kanununun 54. maddesi hükmü devreye girebilecek midir hususu sözleşmenin kurulma sırasında veya sonrasında ayırt etme gücünden yoksun olması durumlarına göre ayrı ayrı incelenmelidir.

III. Sözleşmenin Kuruluşu Sırasında Taraflardan Birinin Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmaması (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)

Sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan biri ayırt etme gücünden yoksun ise bu sözleşmenin geçersiz olduğunu daha evvel belirtmiştik. Geçersiz bir sözleşmenin ifa edilmemesi, hukuka aykırı bir davranış olarak sayılması mümkün değildir. Bununla birlikte ayırt etme gücünden yoksun kimse ile sözleşme yapan ve bu sözleşmenin geçerliliğine güvenen iyiniyet sahibi tarafın, bir zarara uğraması pekâla mümkündür⁵⁰⁸. Bu hâllerde bu kimsenin uğranılan tüm zararlara katlanmasını beklemek, adâlet duygularıyla her zaman bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, bu gibi

⁵⁰⁷ aynı şekilde Lange, hakkaniyet sorumluluğuna dayanan ilkenin sadece haksız fiillere ilişkin uygulama bulmayacağı, sözleşmeden doğan sorumluluklarda dahi uygulama bulacağını açıklamaktadır. bkz. **LANGE**, s.82; **BRANDT**, s.65; **HEDEMANN**, s.116; karşı görüş iç bkz. **BREIT**, s.41 vd.; **LEONHARD**, s.53; **OERTMANN**, s.573.

⁵⁰⁸ Türk Medeni Kanununun 452. maddesi ile, vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı yanıltmış ise, onun bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu olacağını düzenlemişse de bu durum sadece doktrinde sınırlı ehliyetsiz olarak belirtilen ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlı erginleri kapsamaktadır. Başka bir ifadeyle, bu hükmün ayırt etme gücünden yoksun kimseler için uygulama imkânı yoktur. Bu nedenle, bu kimselerin yapmış oldukları eylemler neticesinde, diğer tarafın uğradığı zararların giderilmesi bakımından Borçlar Kanununun 54. maddesi uygulama bulacaktır.

hâllerde Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası uygulanarak, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, meydana gelen zararın (menfi zararın) kısmen veya tamamen karşılanmasına karar verilebilir⁵⁰⁹.

A. Hakkaniyet Sorumluluğunu Reddeden Federal Mahkemesi Kararı

İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuya 22 Mart 1921 tarihli ilişkin ilk kararında⁵¹⁰ bu düşüncenin aksi yönünde bir karar vermiş ve kararın gerekçesinde, Borçlar Kanununun 54. maddesinin, haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında yer aldığı ve bundan dolayı ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, ancak bir haksız fiil sonucunda bir zarara sebebiyet vermesi hâlinde sorumlu tutulabileceğini hüküm altına almıştır. Sözleşme olgusundan, bir haksız fiilden söz edilemeyeceğinden ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bu sebepten dolayı sorumlu tutulması da söz konusu olmaz⁵¹¹.

Federal mahkemeye göre, kanunun anlayışının bu olduğu, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar hakkındaki İsviçre Medeni Kanununun 19. maddesinin üçüncü fıkrası ve 411. maddesinin ikinci fıkrasının (TMK md.16/III ve md.452/II)

⁵⁰⁹ bkz. **YUNG**, s.492; **ARAL**, s.750; **EGGER**, Art.18, N.15; **BECKER**, Art.97, N.58; **BUCHER**, Art.17/18, N.88-91; **von TUHR/PETER**, s.432; **von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold**: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, s.117; **JAEGER**, s.58; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.328; **ATAAY**, (Şahıslar), s.115, (Borçlar), s.338-339; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.810; **GAUCH/SCHLUEP**, N.2778; **İMRE**, (Gayrimüeyyizler), s.371; **BSK-SCHNYDER**; Art.54, N.2; **BREHM**, Art.54, N.49; Brunner, Borçlar Kanununun 54. maddesinin ancak sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin ayırt etme gücünden yoksun hâle gelmesi hâlinde uygulama bulacağını ileri sürmektedir. **BRUNNER**, s.153.

⁵¹⁰ BGE 47 II 97, 98; karar için bkz. **ARAL**, s.750-751.

⁵¹¹ Yung, zamanında alman mahkemesinin verdiği bir kararı örnek göstererek, alman mahkemesinin de aynı sonuca vardığını belirtmektedir. Anılan karar şu şekildedir: Alman tacirinin İtalya'da bir eğlence seyahati yaptığı sırada, Almanya'daki bankasına kendisine önemli bir meblağ para yollaması için yazı yazmış ve banka bu parayı yollamıştır. Bununla birlikte, alman tacir bu parayı uygun olmayan bir şekilde bir takım acayipliklerle sarf etmiştir. Tacir, Almanya'ya dönünce akıl hastalığı sebebiyle vesayet altına alındı ve bilirkişiler, onun daha seyahati sırasında ayırt etme gücünden yoksun olduğunu belirtmişlerdir. Fakat, bankanın bunu bilmesine elbette olanak yoktu. Buna rağmen, banka yaptığı ödemeye borcundan kurtulamıyordu ve vasiye ikinci bir ödeme yapmak zorunda kalıyordu. Bu paranın, sebepsiz zenginleşme davasıyla da geri alınması mümkün değildi, zira bütün para harcanmıştır. bkz. **YUNG**, s.489-490; ayr.bkz. **EGGER, August**: Gayrimüeyyizlerin hukukî muameleleri, (çev. ÇAĞA, Tahir Adliye Ceridesi, 31. Yıl, Ankara, 1940, s.123.

hükümlerinden açıkça anlaşılmaktadır. İsviçre Medeni Kanununun 19. maddesinin üçüncü fıkrasının (MK.md.16), bu şahısların, haksız fiillerinden sorumlu olduklarını tamamen genel bir ifadeyle kabul ettiği hâlde; 411. maddesinin ikinci fıkrası (TMK. md.452/II), bir sözleşmenin kurulması hâlinde vesayet altındaki kimsenin, sadece diğer tarafı, kendisinin fiil ehliyetini haiz olduğu hususunda yanlış zanna kapılmaya sebebiyet verdiği takdirde sorumlu olacağını öngörmektedir. Borçlandırıcı işlem yapmaya ehil olmayan şahsın, her sözleşme yapma fiili bir haksız fiil oluştursaydı, bu hâlde başka bir şeye gerek olmaksızın İsviçre Medeni Kanununun 19. maddesinin üçüncü fıkrası (TMK. md.16/II) uygulanırdı ve 411. maddesinin ikinci fıkrası (MK. md. 452/II) hükmü anlamsız olurdu. Şayet vesayet altında bulunan ve ayırt etme gücünden yoksun kimse, bu şekilde sadece bir sözleşme kurmuş olmaktan sorumlu değilse, aynı şey sözleşme tarafı ayırt etme gücünden yoksun kimse için de öncelikle geçerlidir. Bu sonuncu kimselerin sorumluluğu, en azından İsviçre Medeni Kanununun 411. maddesinin ikinci (MK. md.395/II) fıkrasında öngörülene benzer bir olguyu (ayırt etme gücünden yoksun kimsenin özel bir hile veya desiseni) şart kılar⁵¹². İşte bu nedenle Federal Mahkeme sözleşmeden doğan zararlardan dolayı Borçlar Kanununun 54. maddesinin uygulanamayacağına karar verilmiştir.

B. Hakkaniyet Sorumluluğunu Kabul Eden Federal Mahkemesi Kararı

Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında yukarıdaki içtihadını değiştirmiş⁵¹³ ve şu gerekçelerle hakkaniyet sorumluluğunu kabul etmiştir⁵¹⁴.

⁵¹² Kararın değerlendirilmesi konusunda bkz. **ARAL**, s.751; **BECKER**, Art.54 N.5; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.54, N.7; **RABEL, Ernst**, ZSR 49, 302; **YUNG**, s.492; ayr. bkz. **GONZENBACH, Rainer**: Culpa in contrahendo im schweizerischen Recht, Bern 1987, s.189 vd.

⁵¹³ BGE 55 II 37-38; ayr. bkz. **ARAL**, s.751.

⁵¹⁴ Federal Mahkeme, 1929 yılında da emsal oluşturacak bir karar daha vermiştir. Bu karar çerçevesinde, hakkaniyet gerekiyorsa, hâkim, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, kendisiyle akit yaptığı kimseye, akdin borçlarının ihlâli suretiyle verdiği zararı tamamen veya kısmen tazmin etmeye mahkum edebilir. Kararda, Federal Mahkeme, şu olayı karara bağlamıştır: bir gayrimenkule sahip olan bir kadın, bu gayrimenkulu resmî bir senetle 27 Ağustos'ta satmıştı. Üç hafta sonra, 17 Eylül'de, kadın, tapu siciline tescil talep edilmezden önce, aynı gayrimenkulu ikinci defa bir üçüncü şahsa satmış ve devir ve ferağ işlemini derhâl tapu siciline tescil ettirmiştir. Bu ikinci işlemle o, birinci sözleşmeden doğan borçlarını kasden ihmal etmiş bulunuyordu. Bu kabul edilemeyecek hareket tarzından zarar görenin birinci alıcı, satıcı kadından tazminat isteyince, o, 17 Eylül'de, yani borçlarını ihlâl ettiği günde, akıl zayıflığı sebebiyle ayırt etme gücünden yoksun olduğunu iddia etmiştir. Hâlbuki bu kadın zengindi ve birinci alıcıya önemli bir

“Mahkemeye göre Borçlar Kanununun 99. maddesinin ikinci fıkrasının (BK.md.98/II) yaptığı atıf, Borçlar Kanununun 54. maddesini de kapsamaktadır⁵¹⁵. Bu nedenle bu hüküm, haksız fiillerde olduğu gibi, akdin ihlallerinde de uygulanır⁵¹⁶. Kanun koyucunun gerek Borçlar Kanunu, gerekse Medeni Kanununda mümkün olduğu kadar atıflardan kaçındığı ve bunun kaçınılmaz olduğu hâllerde, maddelere numaraları belirtmek suretiyle değil, uygulanacak genel kurallara atıfta bulunduğunu göz önünde tutmak gerekir; bu açıdan bir atfın önem ve anlamını yorum konusundaki genel kurallara göre ortaya koymak gerekir. Burada, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukukî işlem biçimindeki fiilinde (rechtgeschäftliches Handeln) üçüncü kişinin zarara uğrama tehlikesinin haksız fiillerindekinden daha az olmadığı

zarara uğramıştı. Federal mahkeme, kadını, sözleşme sorumluluğuna kıyasen uygulanması mümkün olan 54. madde gereğince, bu zararı tazmine mahkum etti. Mahkeme, satıcı kadın, birinci akdin geçerliliğine itiraz etmediği için bu sözleşmeyi geçerli olarak kabul etmişti. Fakat, Yung’a göre, 27 ağustosta yapılan satışın geçersiz olduğu kabul edilseydi bile, yine de satıcı kadın zararı tazmine mahkum edilmeliydi. Muhtemelen, gerçekte durum böyleydi, zira eğer satıcı kadın 17 eylülde akıl zayıflığı yüzünden ayırt etme gücünden yoksun idiyse, onun 3 haftadan evvel de aynı durumda olması gerçeğe yakın görünmektedir. bkz. **YUNG**, s.493-494.

⁵¹⁵ Gerçekten İsviçre Borçlar Kanununun 99. maddesinin üçüncü fıkrasının Almanca ve İtalyanca metinleri bu görüş tarzına cevaz verir görünmemektedir: “haksız fiillerde tazminatın miktarına ilişkin hükümler”. Zira Borçlar Kanununun 54. maddesi, tazminatın miktarına ilişkin olmayıp, aksine -41. maddenin bir istisnası olarak- ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesinin şartlarını düzenlemektedir. Bununla birlikte, almanca metin ve onun harfiyen tercümesi olan İtalyanca metin çok dar bir şekilde; “haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin kurallar, kıyasen akdî kusurun sonuçlarına uygulanır” diyen Fransızca metin ise çok geniş olarak ifade etmiştir. Zira Fransızca metin, İsviçre Borçlar Kanununun 60. maddesindeki zamanaşımına dair hükmü de kapsar gözükmemektedir. bkz. **ARAL**, s.751-752.

⁵¹⁶ **von TUHR**, s.583-584; **BECKER**, Art.54, N.11, **EGGER**, Art.18, N.15; Yargıtay’ımız da Federal Mahkemesinin bu kararına atıfta bulunarak aynı hususun Türk hukuku bakımından da geçerli olacağını şu kararıyla hüküm altına almıştır: “...Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, hakkaniyet iktiza ediyorsa, hâkim temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkum eder. Bu hükme temel olan düşünce, bazı durumlarda mağduru himayesiz bırakmanın ortaya çıkaracağı haksızlıkları önlemektir. Yasa burada özel bir objektif hâlini kabul etmiş bulunmaktadır. Yasadaki sistematik yerine rağmen Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrasının kuralı, sadece gayrimüeyyiz işlediği haksız fiiller hakkında değil, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrası gözetilerek, onun bir sözleşmeden doğan borç yükümünün ihlâli hâlinde de uygulanabilir. Hakkaniyet elverdiği takdirde, gayrimüeyyiz, diğer tarafın batıl hukukî işlemin hüküm ifade ettiğine güveninden doğan zararını tazmin etmelidir ve İsviçre Federal mahkemesinin uygulaması da aynı istikamettir...” YG. 4. HD. 16.4.1990 T. ve E.11353, K. 3376, bkz. **UYGUR**, s.2616-2617; ayr. bkz. **KARAHASAN**, C.4, s.629; **KARAHASAN**, C.1, s.512; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.76; Oser/Schönenberger ise, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ancak sözleşmenin kurulması aşamasında, kusurlu bir nitelikte bulunan bir davranışı sonucu ve özellikle hile veya kötülük ile veya başka bir şekilde diğer tarafın karar vermesi için esaslı olan olayları ona bildirmek borcunu yerine getirmemesi yüzünden tazminata mahkum edilebileceğini; ancak bu durumun mevcut olmaması hâlinde, sırf kişinin ayırt etme gücünden yoksun durumda bulunması sebebiyle Borçlar Kanununun 54. maddesi uyarınca sorumlu tutulmasını gerektirmeyeceği düşüncesindedir. bkz. **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art. 54, N.7; Egger ise, bu durumda yetkisiz temsilcinin 39. madde hükmüne sorumlu tutulması gibi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin böyle bir zarardan kural olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir. **EGGER**, Art.18, N.3/4.

hususunu göz önünde bulundurmak gerekir. Her iki hâlde de mağduru koruma ihtiyacı, aynı ölçüde vardır. Federal Mahkeme, bu durumun, özellikle bu hükmün birinci fıkrası için geçerli olduğunu; kanun koyucunun bu fıkra hakkında hakkaniyet gereği, sırf zarar verme objektif olgusunun, zarar görene tazminat ödenmesi için tek başına yeterli sayıldığı hâllerin de bulunabileceği olgusundan hareket ettiğine karar vermiştir⁵¹⁷.

Bu kararda tartışma konusu olan ve İsviçre Borçlar Kanununun 99. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamından ileri gelen tereddütler, bu fıkrayı karşılayan Türk Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrası yönünden söz konusu değildir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasına göre “haksız fiillerden mütevellit mes’uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhâlif hareketlere de tatbik olunur” demek suretiyle bu tartışmaları yer bırakmamıştır⁵¹⁸.

Yine Federal Mahkemenin, 23 Ağustos 1976 tarihli son kararında⁵¹⁹ az önce anılan içtihadı atıfta bulunarak 1921 tarihli ilk kararın uygulanmayacağını kabul etmiştir⁵²⁰. Söz konusu davada, davalı, Federal Mahkemenin 1921 tarihli eski

⁵¹⁷ ARAL, s.751-752.

⁵¹⁸ ARAL, s.752; UYGUR, C.III, s.3201; von TUHR/ESCHER, s.116-117; Yung, sözleşmeyi yaptığı zaman akli başında olup da sonradan akıl hastalığına veya akıl zayıflığına uğrayan ve bu hasta hâlde sözleşmede yapmış olduğu taahhütleri ihlâl eden bir kimse söz konusu olduğunda bir güçlük bulunmadığını belirterek, sözleşmenin geçerli olduğunu ve 54. madde tereddütsüz uygulamaya bulacağını ileri sürmektedir. Yung, bu görüş tarzı kabul edilmeyecek olursa, ehliyetsizin daha sözleşmenin kuruluşu sırasında, ayırt etme gücünü yitirdiği tüm hâllerde hakkaniyet gerektirse dahi diğer taraf hiçbir tazminat elde edemeyeceğini; hâlbuki, diğer taraf özellikle bu gibi hâllerde korunmaya muhtaç olduğunu belirterek bu hâllerde hakkaniyet sorumluluğu gerekliliğine dikkat çekmektedir. YUNG, s.493-494; EGGER, Art.18, N.15; BRANDT, s.25 vd; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2. Auflage, Zürich (Schulthess) 1988, s.349.

⁵¹⁹ Bu konuda söz konusu olay şu şekildedir: Tarımla uğraşan K, mimar S’ye 26 Eylül 1968 tarihinde bir taşınmaz satmış. Satış konusu taşınmaz tarımsal alanların borçtan kurtarılmasına ilişkin 12 Aralık 1940 tarihli Federal Kanuna tabi olduğu için tapu siciline tescil işlemi o anda gerçekleşmemişti. Satıcı K, 28 Ocak 1970 tarihli mektupta, “sıcak çarpması, alkol tesiri ve kısmî sakatlık” sebebiyle sözleşmenin kendisi için bağlayıcı olmadığını, alıcı S’ye bildirir. Bunun üzerine alıcı S, mahkemeye başvurarak bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine ait olduğunun karar verilmesini talep eder. Yerel mahkeme, davalının ayırt etme gücünden yoksun olması nedeniyle satış sözleşmesini geçersizliğine ve davanın reddine karar vermiştir. Buna karşın aynı mahkeme, davalı satıcıyı daha önce aldığı satış bedelini iadeye ve ayrıca Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrasına göre davacıya tazminat ödemeye mahkum etmiştir. BGE 102 II 226.

⁵²⁰ BGE 102 II 226 ff., ayr. bkz. ARAL, s.752; KARAHASAN, C.1, s.512; WEBER, Rolf H.: Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Art.97-107, Bern 2000, Art.99, N.51; Brunner, bu kararı eleştirmekte ve ayırt etme gücünden yoksun

içtihadına⁵²¹ dayanarak olayda Borçlar Kanununun 54. maddesinin uygulanmayacağını ileri sürmüş ve yerel mahkemenin verdiği kararı temyiz etmiştir. Federal Mahkeme, şu gerekçelerle yerel mahkemenin kararını onaylamıştır⁵²²:

“Kanunun sistematigi içinde işgal ettiği yere rağmen, Borçlar Kanununun 54. maddesi, sadece haksız fiillere değil, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sözleşmeyi ihlâl etmeleri hâllerine de uygulanır (İsv.BK. md.99/III; BGE 55 II 37). Bu hüküm, hakkaniyete dayanan bir sebep sorumluluğu oluşturmaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun kimse, kendi durumunun üçüncü kişiler için oluşturduğu tehlikelerden sorumlu olmak zorundadır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hukukî işlemlere ilişkin davranışından dolayı üçüncü kişilerin zarar görme tehlikesi, haksız fiillerdekenden daha az değildir. Bu açıdan her iki hâlde de Borçlar Kanununun 54. maddesiyle amaçlanan, zarar görenin korunması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu hüküm, eski Borçlar Kanununun 58. maddesi gibi, somut olayın durumuna göre ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bu tarz zararı tazmine yükümlü olmasını haklı kılabilir hâllerin bulunabileceği konusuna dayanmaktadır. O hâlde hâkim, hukukî işlem veya haksız fiiline ilişkin (kusursuz) bir davranışla işlenen zararı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin tazmin edip etmeyeceğini ve hangi ölçüde tazmin etmesi gerektiğini hakkaniyete göre karara bağlamak zorundadır”⁵²³. Böylece Federal Mahkeme, geçerli olarak meydana gelmiş bir sözleşmeyi, ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ileri sürerek ifadan kaçınan bir sözleşme tarafını –özellikle onun malî durumunu dikkate alarak– diğer tarafa tazminat ödemeye mahkûm etmeyi hakkaniyete uygun olarak değerlendirmiştir⁵²⁴.

Federal Mahkeme, bu son kararıyla, doktrinde hâkim görüşe uygun olarak, Borçlar Kanununun 54. maddesinin her türlü sözleşmenin ihlâli hâllerinde

kimsenin objektif olarak kusurlu davranmasının mümkün olmadığından (hukuka aykırılık), geçersiz bir sözleşmeden sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Yazar, objektif kusurdan, ancak hakkaniyet sorumluluğunun bir tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilmesi hâlinde olabileceğini, ancak hukukî niteliğinin bu olmadığından bu tarz bir çözümü doğru bulmamaktadır. bkz. **BRUNNER**, s.248.

⁵²¹ BGE 47 II 35 ff.

⁵²² bkz. **GONZENBACH**, s.189 vd.

⁵²³ **ARAL**, s.753, BGE 55 II 38; **KARAHASAN**, C.1, s.511-512.

⁵²⁴ BGE 55 II 38, **ARAL**, s.753.

uygulanabileceğini kabul etmiş olmaktadır. Bu bakımdan 1929 tarihli kararını da teyid etmiş bulunmaktadır⁵²⁵.

C. Hakkaniyet Sorumluluğunun Sınırlanması Görüşü

Gonzenbach, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, Borçlar Kanununun 54. maddesinin sözleşme sorumluluğuna uygulanması bakımından varolan görüşe katılmakla birlikte, sorumluluğun belirli açılardan sınırlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüş çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, ancak objektif olarak kusurlu sayılabilmesi koşuluyla sorumlu tutulması, onların ayırt etme gücüne sahip kimselerden daha ağır bir sorumluluğa tabi kılacağını, sorumluluğun İsviçre/Türk Medeni Kanununun 452. maddesi ile sınırlandırılması gerektiği düşüncesindedir. Gonzenbach, bu hususta ilk etapta, 452. maddesinin ayırt etme gücünden yoksun kimseler için uygulama bulmayacağını kabul etmekle beraber, bu hükmün, bu kimseler için oluşabilecek sorumluluğun sınırını oluşturduğunu düşünmektedir. Yazar, burada ayırt etme gücünün davranışını da objektif olarak kendisine kusur olarak sayılmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğine dikkati çekmekte ve ayırt etme gücünden yoksun kimsenin her borca aykırı davranışında Borçlar Kanununun 54. maddesinin uygulanmaması gerektiği düşüncesindedir⁵²⁶.

⁵²⁵ İsviçre Yüksek Mahkemesi, bu son kararında, ayırt etme gücünden yoksun olmayanların Borçlar Kanununun 54. maddesi gereğince sorumluluğu, bir tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmekte ve bu konuda Egger ve Yung'un düşüncelerine aynen katılmaktadır. Gerçekten Yung'a göre "hakim olan fikir gereğince, yani dar görüş diye nitelendirilen görüşe göre, Borçlar Kanununun 54. maddesinin akıl hastası ve akıl zayıflığı olan kimseye uygulanabilmesi için onun objektif olarak hukuka aykırı hareket etmesi şartı aranmaktadır. Ancak, akıldan yoksun olan bir kimsenin sözleşme yapma ehliyetine sahip olmadığı bir sözleşmeyi yapması, olayı yalnız başına hukuka aykırı bir fiil oluşturmaz. Dolayısıyla, eğer diğer tarafın tazminat talep edebilmesi isteniyorsa, akıl hastası veya akıl zayıfı olan kimsenin zihni sakatlığı yüzünden sebebiyet verdiği her türlü zarardan sorumlu olacağını, yani objektif surette sorumlu tutacağını savunan geniş görüşe katılmak gerekir. Bu görüş kabul edilecek olursa, ehliyetsiz tarafından yapılan hukukî işlemlerin geçersizliğinden ileri gelen her türlü zarar 54. maddede öngörülen hakkaniyet kuralı çerçevesinde, iyiniyetli tarafın, sözleşmenin kurulmasına olan güveninden doğan zararının karşılanmasının söz konusu olabilmektedir. bkz. YUNG, s.486; ARAL, 754; Federal Mahkeme burada, Yung'un görüşüne katılarak, tehlike esasını kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak, yukarıda belirttiğimiz üzere, kanımızca, sorumluluğun sebebi hakkaniyet oluşturmaktadır. Kanımızca, aynı esas, sözleşme sorumluluğunda da geçerli olduğunu düşünüyor ve mahkemenin bu kararını yerinde bulmamaktayız.

⁵²⁶ GONZENBACH, s.189 vd.

Diğer yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir üçüncü kişiyle, başkası adına işlem yapması hâlinde, durumun ne olacağı konusuna değinmektedir. Bu konuda her ne kadar, temsil ilişkisi geçerli olmasa bile, üçüncü kişi yapılan işlemden dolayı bir zarara uğramış olabilir. Gonzenbach, bu hâlde de ancak ayırt etme gücüne sahip kısıtlı veya küçüğün sorumluluğu için öngörülen hâllerde (TMK md.452), Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabileceğini kabul etmektedir⁵²⁷.

D. Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin akdî sorumluluğuna ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunulabilir. Öncelikle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin yapmış olduğu hukukî işlemler kesin olarak geçersizlik yaptırımına tabidir. Bununla birlikte, bu geçersizlik taraflar arasında aslî edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisinin doğmasına engel değildir. Bu açıdan, tarafların sözleşme görüşmelerine başlamaları nedeniyle onların birbirlerine karşı artan ölçüde özen gösterme yükümleri doğmaktadır. Özellikle, diğer tarafı, sözleşmeyi kurmak ve belirli şartlarla kurmak konusundaki kararlarında etkileyebilecek noktalar hakkında aydınlatmak, karşı tarafın şahsını ve malını zarardan koruyucu tedbirleri almak bu yükümlülüklerin başında gelir. İşte, taraflardan biri, kusuru ile bu yükümlülüğe aykırı davranıp diğer tarafı zarara uğrattırsa, onun sorumluluğu Borçlar Kanununun 41. maddesi ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre değil, Borçlar Kanununun 98. maddesi ve devamı hükümlerince sorumlu tutulur. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu bir davranışından söz edilemeyeceğine göre bu kimsenin sorumlu tutulması da ilke olarak mümkün olmayacaktır. Ancak, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasının haksız fiillere ilişkin açık atfı gereğince, Borçlar Kanununun 54. maddesi, “culpa in contrahendo”dan doğan sorumluluk alanında, başka bir ifadeyle sözleşme ilişkilerine de uygulanması gerekmektedir. Burada da kanımızca, Federal Mahkeme kararlarına uyarak, bu gibi hâllerde culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama bulabileceği, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hakkaniyet

⁵²⁷ GONZENBACH, s.191-192.

çerçevesinde, durumun gerektirdiği ölçüde karşı tarafın menfi zararını karşılamasına karar verilebilmelidir⁵²⁸.

Diğer yandan, sözleşme sorumluluğunda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, kendisine objektif anlamda kusur olarak yüklenebilmelidir⁵²⁹. Kanımızca da, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, sözleşmenin menfi zararlarından sorumlu tutulabilmesi için, bu davranışının objektif olarak kusurlu bir davranış olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi durumun kabulü, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, sırf bu güce sahip olmamasından dolayı sorumlu tutulması anlamına gelecektir. Bunun da, adâlete aykırı olduğu ve Borçlar Kanununun 54. maddesinin amacıyla bağdaşmadığı açıktır⁵³⁰. Bununla birlikte bu sorumluluğu Medeni Kanununun 452. maddesi ile sınırlı tutmak, kanımızca olanaksızdır. Zira, zaten akıl hastalığı gibi durumlarda, kişinin ayırt etme gücüne sahip olması mümkün olmadığına göre, kendisini bu şekilde gösterme gibi bir durumu olamayacaktır. Ayrıca, bunların çoğu zaman dış görünüşlerinden dolayı ayırt etme gücünden yoksun oldukları hemen anlaşılabilir. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunu bu hüküm ile sınırlı tutmak kanımızca olanaksızdır. Buna karşın, kanımızca sözleşmeden sorumluluğun doğması için, davranışın objektif olarak kusurlu olarak nitelendirilmelidir.

IV. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kalma

Sözleşmenin hukuken geçerli olarak kurulmasından sonra taraflardan biri ayırt etme gücünü yitirebilir. Borçlar Kanununun 96 ve devamı maddelerine göre, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilememesinden doğan sorumluluk için, borçlunun kusuru ve kusurun bir unsuru olan ayırt etme gücünün bulunması şarttır. Bu açıdan,

⁵²⁸ TANDOĞAN, (Mes'uliyet) s.420 dpn.29; HELVACI, s.161; WEBER, Art.99, N.52; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.19; ATAAY, (Şahıslar) s.115, (Borçlar), s.338-339; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 54, N.7; KARAHASAN, C.1, s.512; JAEGER, s.58; von TUHR/PETER, s.432; İMRE, s.193, BECKER, Art.97, N.58; SCHWARZ, s.117,118.

⁵²⁹ Buna karşın, yukarıda açıklandığı gibi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için hukuka aykırı davranışta bulunması gerekeceğini, bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bu tarz bir davranışta bulunmasının mümkün olmadığını, bu nedenle bu kimselerin meydana getirdikleri her türlü zararlardan sorumlu olması gerektiği yönündeki geniş görüşü kabul etmektedir. bkz.YUNG, s.420.

⁵³⁰ HELVACI, s.162.

ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin borcun ihlâli dolayısıyla sebebiyet verdiği zararlardan sorumlu olması mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 96. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhâlif hareketlere de tatbik edilir”. Daha önce belirttiğimiz gibi, İsviçre Borçlar Kanununun 99. maddesinin üçüncü fıkrasının Almanca ve İtalyanca metinleri sebebiyle meydana gelen tereddütler, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasının bu açık ifadesi karşısından Türk hukuku açısından söz konusu olamaz⁵³¹.

Buna göre, ayırt etme gücüne sahip olmayanların haksız fiillerden hakkaniyet gereği sorumluluğunu öngören Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci fıkrası, kıyasen akdî sorumluluğa da uygulanır. Haksız fiillerde bu hükmün konulmasının gerekli kılan sebepler, akdî sorumluluk içinde mevcuttur. Zira, üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırı davranışları yüzünden zarar görme ihtimalî, haksız fiillerdekinden daha az değildir. Dolayısıyla, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, ayırt etme gücünden yoksun kimse, karşı tarafın, sözleşmenin ihlâli sebebiyle uğradığı zararı kısmen veya tamamen tazmin etmek zorundadır⁵³². Bununla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra ayırt etme gücünün yitirilmesi hâlinde meydana gelen her zarardan dolayı, hakkaniyet sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Borçlunun şahsı, borcun ifası bakımından önem taşıyorsa, borç, ancak bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerekmektedir. Ayırt etme gücünü yitiren kimse, borcu bu şekilde ifa edemediğine göre, bu durum kusursuz imkânsızlık sebebi oluşturacaktır. Bu durumda Borçlar Kanununun 117. maddesi nedeniyle ayırt etme gücünden yoksun kimse borcundan kurtulacaktır. Dolayısıyla bu durumda, ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle bir hakkaniyet sorumluluğunun doğması da mümkün değildir. Buna karşın, borçlunun şahsı, borcun ifasında önem taşıması hâlinde borç sona ermeyecektir. Bu hâlde, bu kimse, söz konusu borcun karşılanmasına katlanmak zorundadır. Bununla birlikte sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ayırt etme gücünü yitiren şahsın, bu borcu hiç yada gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararı tazmin etmekle yükümlü

⁵³¹ ARAL, s.754-755.

⁵³² ARAL, s.755; BUCHER, Art.17/18, N.84, 102; EGGER, Art.18, N.15; BECKER, Art.97, N.58; SCHWARZ, s.197; JAEGER, s.58; von TUHR/ESCHER, s.117; ATAAY, (Şahıslar), s.114-115, (Borçlar), s.338; DURAL/ÖĞÜZ, 76; ÖZSUNAY, s.55; İMRE, (Gayrimüeyyizler), s.371; BGE 55 II 37-38; BGE 102 II 230.

olmayacaktır. Zira bu gibi durumlarda kendisine bir kusur yüklenemeyecektir. Bununla birlikte, bu durumda, hakkaniyet sebeplerinin bulunması hâlinde, sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁵³³.

§ 11. AYIRT ETME GÜCÜNDEN YOKSUN KİMSELERİN DİĞER SEBEP SORUMLULUKLARI BAKIMINDAN SORUMLULUĞU

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet sorumluluğu ve sözleşmesel sorumluluğu incelendikten sonra, bu kimselerin diğer kusursuz sebep sorumlulukları bakımından sorumluluklarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu yapılırken bir yandan hakkaniyet sorumluluğu ile diğer sorumluluk tipleri arasındaki ilişki de karşılaştırılmalı olarak incelenecektir. Aşağıda, bu konular incelenmiştir.

I. Araç İşletenin Sorumluluğunda

Tehlike sorumluluğu, modern çağın, özellikle sanayi ve teknoloji devriminin bir ürünüdür. Tehlike sorumluluğu, sorumluluğu doğuran kaynak itibariyle işletme sorumluluğu ve işletme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır. Batı ülkelerinde başlıca tehlike sorumluluğu hâlleri demiryolu, gemi, posta, sivil hava aracı, motorlu araç, atom tesisi, elektrik, gaz, patlayıcı madde üreten, depolayan veya kullanan tesis ve işletmelerin işletici ve sahiplerinin bu işletme ve tesis nedeniyle tabi tutuldukları sorumluluklardır. Bu gibi hâllerde işletme sorumluluğu vardır. Sorumluluğun kaynağı, bir tesis, işletme veya aracın işletilmesidir. Bu işletilme sonucunda bir zarar meydana gelirse, işleten bu zararlardan sorumlu tutulacaktır. İşletme dışı tehlike sorumlulukları ise, avcılarının avlanmalarından, devletin askeri manevra ve tatbikatlarından doğan zararlardan sorumluluğu örnek olarak gösterilebilir. Burada sorumluluğun kaynağı bir işletme değil, bir faaliyet olmaktadır⁵³⁴.

⁵³³ HELVACI, s.163-164.

⁵³⁴ EREN, (Borçlar), s.230.

Türk hukukunda, Karayolları Trafik Kanunu tehlike sorumluluğu⁵³⁵ açısından önem taşır. Karayolları Trafik Kanununda da araç işletenin sorumluluğu bakımından, kusura dayanmayan bir tehlike sorumluluğu öngörülmüştür. Karayollarındaki motorlu araçların işletilmesinin başkaları için doğurduğu büyük tehlike, bunların zarara sebep olmaya aşırı derecede yatkın olması ve sebep oldukları kazaların ağır sonuçlar doğurması, bu şekildeki bir düzenlemeyi gerektirmiştir.⁵³⁶

Söz konusu Kanunun, işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukukî sorumluluğunu düzenleyen 85. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüs 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”. Aynı maddenin üçüncü ve sonraki fıkralarına göre de, “İşletilme hâlinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir. – İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir. – İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.”

⁵³⁵ Diğer tehlike sorumlulukları olarak, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa göre sivil hava aracı işletenin sorumluluğu ile 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa göre, devletin askeri manevralar ve atışlarından doğan sorumluluğudur.

⁵³⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.523; **EREN**, (Borçlar), s.632; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.610.

Görüldüğü gibi, bu hükme göre sorumluluğun doğabilmesi için, motorlu bir taşıtın işletilmesi zarara sebebiyet vermeli ve aracın işletilmesi ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

Tehlike sorumluluğu daha önce kısaca belirtildiği üzere, tehlike esasına dayanmakta olup, araç işletenin, üçüncü kişilere karşı işlemiş olduğu zararlı davranışlardan dolayı kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir. Kusur şartının aranmadığına göre Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin işlemiş olduğu bir trafik kazasında meydana gelen zararlara karşı hakkaniyet sorumluluğu kapsamında değil, Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde sorumlu tutulacaktır⁵³⁷.

Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, Karayolları Trafik Kanunu bir yandan, tehlike sorumluluğunu düzenlemişken diğer yandan bazı hükümlerde olağan sebep sorumluluğunu, bazı hükümlerde kusur sorumluluğunu düzenlemiştir. Diğer yandan da bazı hükümleriyle sorumluluğun genel hükümlere göre belirleneceğini düzenlemiştir. İşte bu durumlarda, öncelikle bir başkasının sorumlu tutulup tutulamayacağına bakılmalıdır. Karayolları Trafik Kanununu kusur sorumluluğunu düzenlediği durumlarda, zarardan dolayı ayırt etme gücünden yoksun kimse dışında bir kimse sorumlu tutulamıyorsa, Borçlar Kanununun 54. maddesi gereğince –diğer şartlar mevcutsa- sorumlu tutulabilir.

Bu açıdan, manevî tazminat, hatır taşımacılığı ve kişinin beraberinde taşıdığı eşyalara ilişkin sorumluluk, manevî tazminat gibi durumlarda ayırt etme gücünden yoksun kimse ancak bir başkasının; kusur, ev başkanı veya Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde işleteni sorumlu tutmak mümkün değilse, hakkaniyet sorumluluğu oluşabilir. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun kimse gizlice kaçırıldığı bir araca yolda otostop yapan birini almış ve bunun yaralanmasına neden olmuştur. Bu hâlde aynı örnek çerçevesinde, aracın anahtarı üzerinde unutulmuş ve yoldan geçen bir akıl hastası, arabayı çalmışsa işleten sorumlu tutulacaktır. Buna karşın

⁵³⁷ EREN, (Borçlar), s.232.

işleten, aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusursuz olduğunu ispat ederse, hakkaniyet sorumluluğu oluşabilecektir.

II. Ev Başkanın Sorumluluğunda

Ev başkanın sorumluluğu konusunda, yukarıda yeteri açıklama yapmış bulunmaktayız. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulabilir mi sorusunun cevabı aranmalıdır.

Bu konuda İmre, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusursuz sorumluluk hâllerinde sorumluluk altına gireceklerine ilişkin genel yargının, ev başkanının sorumluluğunda uygulanamayacağını savunmaktadır. İmre gerekçesinde ev başkanının ayırt etme gücünden yoksun hale gelirse, ev başkanlığından doğacak sorumlulukları yerine getirmeyeceğini ileri sürmektedir. Başka bir ifadeyle, ev başkanlığı çerçevesinde gerekli önlemleri alma konusunda bir özen gösteremeyecektir. Dolayısıyla İmre, bu kimsenin ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde, ev başkanlığı altında bulunan bir kimsenin zararlı bir davranışta bulunması sebebiyle, ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutulamaması gerektiğini belirtmektedir⁵³⁸.

Doktrinde, bizim de katıldığımız görüş çerçevesinde ise, ev başkanının ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde, ev başkanlığı sebebiyle sorumlu tutulabileceğini kabul edilmelidir⁵³⁹.

III. Taşınmaz Maliki Sorumluluğunda

Medenî Kanunumuzun 730. maddesi, taşınmaz malikinin hukuka uygun taşkınlıklarından doğan sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. -Hâkim,

⁵³⁸ İMRE, (Gayrimüeyyizler) s.373, ayr. bkz. § 8, II, B, 2.

⁵³⁹ TANDOĞAN, (Mes’uliyet), s.163; HELVACI, s.157; KÖPRÜLÜ, s.222.

yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.”

Buradaki sorumluluğun niteliği de menfaat ve hakkaniyet ilişkilerinde dayanan bir olağan sebep sorumluluğudur⁵⁴⁰. Taşınmazlar karşılıklı olarak birbirlerine etki yapma olanağına sahip olduğundan, bazen bu durum komşulardan biri aleyhine aşırı bir tehlike yaratabilir. Fakat sırf bu etki yüzünden malikin sorumluluğu kusura dayandırılırsa, malik kusur işlemekten kaçınarak mülkünü rahatça kullanamaz; bu yüzden, komşuların sübjektif olarak tehlikeye düşürülme düşüncesine dayanan bir sorumluluğa yer verilmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin sınırlarının açık bir biçimde tespit edilememesi, böyle bir objektif sorumluluğun kabulüne sebep olmuştur⁵⁴¹. Başka bir ifadeyle bir işletme veya faaliyetten ya da bir şeyden yararlanan kişi, bu şey veya faaliyetten dolayı çevrede oluşturduğu zarara katlanmalı, bundan dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁵⁴²

Görüldüğü gibi, Medenî Kanununun 730. maddesinin ikinci fıkrasında Borçlar Kanununun 54. maddesinde de, olduğu gibi hakkaniyet sorumluluğuna yer verilmiştir. Buna göre, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, ayırt etme gücünü kaybeden kişi gibi, taşınmazını hukuka uygun kullanan ve fakat kaçınılmaz olarak taşkınlığa sebep olan malik de, denkleştirmeye sorumlu tutulabilecektir. Bu bakımdan, her iki hükmün birbirine benzediği söylenebilir.

⁵⁴⁰ Doktrinde baskın görüş bu sorumluluğun, hakkaniyet kuralları, sosyal düşünceler ve taşınmazların doğal durumları sebebiyle kabul edildiğini savunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, malik tarafından taşınmaz sebebiyle verilen zararların ortaya çıkmasında, bazı durumlarda zarar görenin küçük bir ihmâli dahi bulunmamaktadır. Diğer yandan, zarar gören (örneğin komşunun bahçesinde yaptığı kazı sonucu arazisi çöken, evinin temeli sarsılan veya bahçesine kirli sular dökülen bir komşu ya da mahâlle arasındaki imalathanenin bacasından çıkan kurum ve yayılan kötü kokular sebebiyle rahatsız olan bir ev sahibi) genellikle, bu zarardan kaçınmak veya onu önleyici tedbirleri almak imkânından da yoksun bulunmaktadır. Bu nedenle, aynı görüşte, taşınmazların kendilerinin tehlikeli olmadığı; fakat, komşuluk sebebiyle komşu taşınmazların maliklerinin zorunlu bir ilişki hâlinde oldukları ileri sürülmektedir. **ULUSAN**, (Fedakârlığın Denkleştirilmesi), s.154.

⁵⁴¹ Taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PETEK, Hasan**: Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK.md.730/II), Ankara 2005, s.162 vd.

⁵⁴² **EREN**, (Borçlar), s.218.

Bununla birlikte, Borçlar Kanununun 54. maddesi ancak hukuka aykırılık hâlinde uygulanabilirken, taşınmaz malikinin sorumluluğu, hukuka uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklarda uygulanabilmektedir. Bu açıdan, Medeni Kanununun 730. maddesi bir anlamda daha geniş olsaydı da, Borçlar Kanununun 54. maddesinin taşınmaz mülkiyetine bağlı olmaksızın uygulanabilmesi açısından daha geniş bir düzenleme oluşturmaktadır⁵⁴³.

Kanımızca, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir taşınmazın taşkın kullanılması sonucunda sorumluluğu hâlinde Borçlar Kanununun 54. maddesine başvurulması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, bu iki hüküm birbiriyle yarışmamaktadır⁵⁴⁴. Bunun dışında, zaten bu tarz sorumlulukta kusur şartı aranmamaktadır.

IV. Bina Malikinin Sorumluluğunda

Borçlar Kanununun 58. maddesi çerçevesinde, bir bina veya diğer inşaa eserinin maliki, bunların tesis ve yapımındaki bozukluğun veya bakımındaki eksikliğin, üçüncü şahıslara verdiği zarardan sorumludur. Yapı eseri malikinin sorumluluğu, niteliği itibariyle bir olağan sebep sorumludur. Bu nedenle sorumluluğun doğması için bina malikinin veya yardımcılarının kusurlu olması şart değildir. Yapı maliki, ayırt etme gücünden yoksun olsa bile ve hatta eserin yapım ve bakımında gösterdiği özensizliği, kusur derecesine ulaşmasa bile, yapı bozukluk ve noksanlıklardan dolayı sorumludur⁵⁴⁵.

⁵⁴³ bkz. **PETEK**, s.74-75; Medeni Kanunumuzda, hukuka uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan bir sorumluluğa ilişkin herhangi bir düzenlemenin henüz bulunmadığı zamanlarda, hukukumuzdaki bu boşluğun, Borçlar Kanununun 54. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğundan hareketle doldurulması gerektiği ileri sürülmekteydi. Buna göre, gerek Çevre Kanunu kapsamına giren hukuka uygun çevre kirliliklerinde ve gerekse Çevre Kanununa girmeyen hukuka uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklarda, haksız fiillerin sadece kusur unsurunun değil, başka bir unsurunun oluşmadığı diğer hâllerde de uygulanabileceği belirtilen Borçlar Kanununun 54. maddesi uygulanarak, zarar verenin mal varlığı durumu ile zarar görenin mal varlığı durumu kıyaslandığında, zararın tazmin edilmemesinin hakkaniyete aykırı görüldüğü hâllerde, hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmelidir (**ERTAŞ, Şeref**: Çevre Hukuku, İzmir 1997, s.123-124; **ERTAŞ**, Knr.1923).

⁵⁴⁴ Aksi görüş için bkz. **PETEK**, s.76.

⁵⁴⁵ **EREN**, (Borçlar), s.608; **TUNÇOMAĞ**, s.569; **BSK-SCHNYDER**; Art.58, N.7 vd.; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.161; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.162; **OFTINGER**, II/1, s.7; **REY**, N.1023; **KARAHASAN**, C.1, s.584-585; **KELLER/GABI**, s.173; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 92; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.222; **KELLER**, (Haftpflicht),

Yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı bir anlamda özen veya gözetim ödevinin ihlâli ile ilgili bulunmakla birlikte, burada ev başkanın, hayvan tutucusunun ve adam çalıştırmanın sorumluluğunu aksine, bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı sağlanmamıştır. Bina maliki her türlü özen ve gözetim ödevini yerine getirdiğini ispat etse bile sorumluluktan kurtulamaz. Bu nedenle bu tür sorumluluğa ağırlaştırılmış kusur sorumluluğu adı verilebilir⁵⁴⁶.

Bina malikinin sorumluluğu sebep sorumluluğu olarak ağırlaştırılmasının sebebi, menfaat (nimet-külfet) ilişkisine, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Gerçekten de yapı maliki genellikle zarar görenden ekonomik anlamda daha güçlüdür. Bu nedenle kanun koyucu binadaki bozukluk ve noksanlıklardan malike kusursuz bir sorumluluk yüklemiştir⁵⁴⁷.

Görüldüğü gibi, kanunkoyucu bina malikine hakkaniyet düşüncesinden hareketle kusuru olmasa bile, binadan kaynaklanan eksik ve noksanlıklardan dolayı meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu tutmuştur. Kusur aranmadığına göre, bina malikinin ayırt etme gücünden yoksun bir kimse olması onu sorumluluktan kurtarmayacaktır, bu nedenle doğan zararlardan dolayı bir hakkaniyet sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun kimse, kendi balkonuna gelişigüzel bir saksı asması ve bu saksının yoldan geçen kimsenin başına düşmesi hâlinde, Borçlar Kanununun 54. maddesi devreye girmeyecek, doğrudan bina malikinin sorumluluğu çerçevesinde zarar giderilecektir.

s.139; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.592; **İNAN**, s.296; **KOÇ**, **Nezat**: Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1990, s.28-30; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 517; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.786; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.193 vd.; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.168-169.

⁵⁴⁶ **EREN**, (Borçlar), s.609; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 522; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.178; **REY**, N.1123; **KARAHASAN**, C.1, s.585; **BSK-SCHNYDER**; Art.58, N.5; **FEYZİOĞLU**, s.657; **KOÇ**, s.30; BGE 69 II 398 vd.; **KELLER**, s.139; aksi görüşte **OĞUZMAN/ÖZ**, s.593; bu sorumluluğu tehlike esasına dayandıran görüş için bkz. **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.169.

⁵⁴⁷ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 517; **EREN**, (Borçlar), s.610; BGE 69 II 398 vd.; **KELLER/GABI**, s.174; ayr. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.786.

V. Hayvan Tutucusunun Sorumluluğunda

Borçlar Kanununun 56. maddesi gereğince bir hayvanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zararı, onun tutucusu, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat etmedikçe, tazmin etmek zorundadır. Anlaşılabacağı üzere, burada kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğu düzenlenmiştir⁵⁴⁸. Burada da sorumluluk, hakkaniyet düşüncesi ve tutucusunun hayvandan sağladığı yarar ilkesi ile hayvan tutucusunun çevre için oluşturduğu tehlike fikrine dayanmaktadır⁵⁴⁹. Bu nedenle, hayvandan maddî veya manevî olarak yararlanan kişi, onun başkalarına verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmuştur. Sorumluluk, zararın hayvan tutucusunun yükletilmiş olan objektif özen ve özellikle gözetim ve denetim ödevinin ihlâli karinesine dayanmaktadır⁵⁵⁰.

Hayvan tutucusunun sorumlu tutulabilmesi için, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kusur şartı dışında diğer şartlar, yani hukuka aykırılık, zarar, uygun illiyet bağı şartları yerine getirilmiş olması gerekir. Bunun yanında, hayvan ile tutucusu arasında bir hayvan tutma ilişkisinin bulunması, zararın bir hayvanın içgüdüsel hareketinden kaynaklanmış olması ve tutucusunun bir kurtuluş kanıtı getirememesi gerekir⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ **EREN**, (Borçlar), s.594; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.123; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.357; **OFTINGER**, II/1, s.181; **REY**, N.979; **KARAHASAN**, C.1, s.562-563; **KELLER/GABI**, s.168; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 86; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.212; **KELLER**, (Haftpflicht), s.129; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.582; **BSK-SCHNYDER**; Art.56, N.1; **İNAN**, s.296; **STARK**, N.581; **von TUHR/PETER**, s.453, N.44; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 517; **BREHM**, Art.56, N.31; **KELLER**, (Haftpflicht), s.33.

⁵⁴⁹ Hakim görüşe göre, hayvan tutucusunun sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu değildir. bkz. **EREN**, (Borçlar), s.594; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 513; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 582; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.358; **OFTINGER**, II/1, s.182-183; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 86; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.123; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.582; **BREHM**, Art.56, N.31; aksi görüşte, YİBK. 27.3.1957, 1/3 E. K.

⁵⁵⁰ **KELLER/GABI**, s.169; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.166; **KARAHASAN**, C.1, s.563; **von TUHR/PETER**, s.452-453; **BREHM**, Art.56, N.31; BGE 102 II 235; 104 II 25; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 83.

⁵⁵¹ **EREN**, (Borçlar), s.594 vd.; **KARAHASAN**, C.1, s.575, **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 513-515; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.584-587; **BSK-SCHNYDER**; Art.58, N.6 vd.; **OFTINGER**, II/1, s.210; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 87 vd; **MEISTER-OSWALD**, s.79 vd.

Borçlar Kanununun 56. maddesinin birinci fıkrasına göre sorumlu başkasına zarar veren hayvanın tutucusudur. Hayvan tutucusundan amaç, hayvan üzerinde hukukî veya fiili bir iktidara, bir tasarruf gücüne sahip olan, hayvandan kendi yararına fiilen yararlanan kişidir. Bu yarar, sadece maddî anlamda olmayıp, eğlenme, güzel vakit geçirme gibi manevî yararları da kapsamaktadır. Hayvan tutucusunun sorumluluğu, objektif özen, özellikle gözetim, denetim ve bakım ödevinin ihlâline dayandığına göre, ancak hayvan üzerinde fiili veya hukukî bir hakimiyet sahibi olan kişi, onu denetleyebilir, gözetleyebilir ve dolayısıyla tutucu niteliğini kazanabilir⁵⁵².

Hem gerçek kişiler, hem de tüzel kişiler hayvan tutucusu olabilir. Tutucu kelimesinin, aynî hakla ve özellikle mülkiyet hakkıyla doğrudan doğruya hiçbir ilişkisi yoktur. Kanun koyucu burada Borçlar Kanununun 58. maddesinde olduğu gibi “şeklî” bir (mülkiyet) ölçüsü kullanmamıştır. Buradaki ölçü, genel itibariyle mülkiyetten çok, zilyetlik ilişkisidir. Bu nedenle tutucu, malik olabileceği gibi, hayvan üzerinde intifa, kira, ariyet hakkına sahip bir kişi de olabilir⁵⁵³.

Hayvan tutucusunun hayvan üzerinde malik olmasından ziyade, tutucu olarak zilyedin nitelendirilmesi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin tutucu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunu akla getirir.

Zilyetlik, eşya üzerinde fiili bir hakimiyet olarak tanımlanır. Medeni Kanununun 673. maddesi çerçevesinde zilyetliği, bir eşya üzerinde fiili hakimiyet sahibi olma hâli olarak tanımlamak mümkündür.

⁵⁵² EREN, (Borçlar), s.595; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.125; OFTINGER/STARK, II/1, s.369 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.429; KARAHASAN, C.1, s.564 vd.; OFTINGER, II/1, s.194; REY, N.984; KELLER/GABI, s.170; DESCHENAUX/TERCIER, s. 88-89; OĞUZMAN/ÖZ, s.582; STARK, N.582 vd.; von TUHR/PETER, s.453; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 517; BREHM, Art.56, N.14; KELLER, s.130; GUHL/MERZ/KOLLER, s.192; BGE 64 II 375 vd.; BGE 104 II 23; YG. 4 HD. 18.3.1980 T. ve 2696/3507 (YKD. 1980/12, s.160).

⁵⁵³ TANDOĞAN, (Mes’uliyet), s.150-151; KARAHASAN, C.1, s.571; EREN, (Borçlar) s.595; TANDOĞAN, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.125 vd.; SAYMEN/ELBİR, s.428; OFTINGER/STARK, II/1, s.379; BSK-SCHNYDER, Art.56, N.10; OFTINGER, II/1, s.195 vd.; REY, N.986; KELLER/GABI, s.170; DESCHENAUX/TERCIER, s. 88-89; OĞUZMAN/ÖZ, s.585; STARK, N.582, 584; von TUHR/PETER, s.453, N.44; BREHM, Art.56, N.17 vd.; BGE 104 II 26; BGE 67 II 127; Tekinay, kanundaki “elde bulunduran” deyiminin zilyetlikten ve mülkiyetten farklı olduğunu belirtmektedir. bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 514.

Bir kimsenin bir şeye zilyet olabilmesi için iki unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu unsurlar, fiilî hakimiyet (corpus) ve zilyetlik iradesidir (animus)⁵⁵⁴. Fiili hakimiyet, bir eşya üzerinde, sıkı bir şekilde, fizikî bir temas şeklinde gerçekleşebileceği gibi böyle bir temas olmasa da eşya üzerinde fiili hakimiyet hayat tecrübeleri çerçevesinde tespit edilebilir. Bununla birlikte, eşya üzerindeki fiili hakimiyet az veya çok, belirli ölçüde devamlılık taşıması gerekir.

Bir eşyaya zilyed olabilmek için, fiili hakimiyet ilişkisinden başka, o eşyaya zilyed olma iradesiyle hakim olması gerekmektedir. Bu açıdan zilyetlik iradesi, bir eşyaya hakim olma iradesidir. Başka bir ifadeyle bir eşya üzerinde “devamlı surette hakimiyet kurma iradesine” (animus possendi) zilyetlik iradesi adı verilmektedir⁵⁵⁵.

Medeni Kanununun 599. maddesi gereğince mirasçılarının terekeye giren mallar üzerinde iktisap ettikleri zilyetlik istisna edilirse, bir kimsenin eşya üzerinde zilyed olma iradesi olmadıkça, eşyanın zilyedi olması mümkün değildir⁵⁵⁶.

Zilyetliğe sahip olmak için iradeye ihtiyaç olduğuna göre, zilyetliğin kazanılması için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bununla birlikte bu görüşün ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Bununla birlikte bu görüş çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kimseler bir eşya üzerinde zilyetliği kazandıktan sonra, ayırt etme gücünü kaybederse diğer haklarda olduğu gibi, zilyetliği de sona erdirmez. Diğer yandan bu kişiler de kanuni temsilcileri aracılığı ile zilyetlik tesis edebilirler. İşte bu şekilde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin zilyed olabildikleri ileri sürülmektedir⁵⁵⁷. Bu görüş çerçevesinde hareket edildiğinde, ayırt etme gücünden yoksun kimse, hayvan tutucusu olarak kabul edilecek ve Borçlar Kanununun 56. maddesi gereğince sorumlu tutulabilecektir.

⁵⁵⁴ Bu sebeple, İsviçre-Türk hukuklarında zilyetlik anlayışı Roma Hukukunun zilyetlik için sadece fiili hakimiyeti yeterli sayan zilyetlik (detention) anlayışından farklıdır. bkz. **ERTAŞ**, Knr. 118.

⁵⁵⁵ **ERTAŞ**, Knr.125.

⁵⁵⁶ **ERTAŞ**, Knr.126.

⁵⁵⁷ **ERTAŞ**, Knr.130-131.

Buna karşın, bir diğer görüşe göre, ayırt etme gücünden yoksun kimselerde bir irade olamayacağına göre, bir eşya üzerinde zilyetlik de tesis edemezler⁵⁵⁸. Kanımızca, bu görüşün kabul edilmesi hâlinde ise, ayırt etme gücünden yoksun kimse, tutucu olarak nitelendirilemeyecek ve Borçlar Kanununun 56. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulamayacaktır.

Kanımızca bu şekilde bir yorum tarzından hareket edilmesi hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin diğer sebep sorumluluklarından sorumlu tutulmaması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, öncelikle ayırt etme gücünden yoksun kimselerin de bir eşyaya zilyed olabileceğini kabul etmek gerekir ve hayvan tutucusu olarak görülebilir. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hayvan tutucusunun sorumluluğuna gidilebilmelidir.

VI. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Borçlar Kanununun 55. maddesine göre, başkalarını çalıştıran kimse, yanında çalıştırdığı kimselerin (yardımcı kişilerin), işlerini gördüğü sırada başkalarına verdikleri zarardan sorumludur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu da bir olağan sebep sorumluluğudur. Kanun koyucu Borçlar Kanununun 55. maddesiyle adam çalıştıranı genel nitelikte objektif özen yükümlülüğü, bir gözetim ödevi yüklemiştir. Bu nedenle, sorumluluğun kaynağı, adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünü, yani yardımcı kişiler üzerindeki denetim ve gözetim ödevini yerine getirmemesine, kanun tarafından kendisine yüklenen objektif bir ödevi ihlâl etmesine dayanmaktadır. Bu nedenle adam çalıştıran kendine bağımlı olarak çalışan yardımcı kişiler üzerinde işlerini gördükleri sırada, üçüncü kişilere zarar vermelerini önleyecek her türlü dikkat ve özeni, denetim ve gözetimi göstermek zorundadır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Fiili hakimiyeti ele geçirme iradesine sahip olmak için ayırt etme gücü yeterlidir; hukukî işlem ehliyeti aranmaz; iradenin beyan edilmesine ihtiyaç yoktur. **OĞUZMAN/SELİÇİ**, 1992, Eşya Hukuk s.56; yine aynı görüşte, **AKİPEK, Jale**: Eşya Hukuku, I. Kitap, 1972, s.148-150; diğer yandan, zilyetliği kazanmak için animus unsuruna ihtiyacın olmadığı ileri süren görüş için bkz. **AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin**: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s.32.

⁵⁵⁹ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 503; **KARAHASAN, C.1**, s.513-514; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 67; **SAYMEN/ELBİR**, s.417; **EREN**, (Borçlar), s.162;

Bu sorumluluğun doğması için, adam çalıştıran ile çalışan arasında bir hizmet ilişkisi bulunmalı, çalışanın bir haksız fiil işlemiş olmalı; haksız fiil işin veya hizmetin görülmesi sırasında ve hizmet dolayısıyla işlenmeli; çalışan bir zarara sebebiyet vermeli ve çalışanın fiili ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır⁵⁶⁰.

Adam çalıştıranın sorumluluğunun sebep sorumluluğu olarak kabulünü gerektiren düşünceler, hakkaniyet ve adâlet düşünceleridir. Başkasının hizmet ediminden yararlanan kimse, yardımcılarının bu iş ve hizmeti yerine getirirken başkalarına verdiği zararları da üzerine almak, tazmin etmek zorundadır. Zira başkasını çalıştıran kimse, çalıştırdığı kişinin, yani yardımcının faaliyetiyle çevredeki üçüncü kişilerin zarara uğrama ihtimalini arttırmış bulunmaktadır. Diğer yandan, adam çalıştıran kimseler, ekonomik açıdan yardımcı kişilerden daha iyi durumdadır. Bu şekilde, üçüncü kişilerin meydana getirdikleri zararlar açısından zarar gören için ekonomik bir güvence sağlanmış olmaktadır⁵⁶¹.

Adam çalıştıran, hakkaniyet sorumluluğunda olduğu gibi, yine hakkaniyet düşüncesinden hareketle yardımcının eylemlerinden dolayı, kusuru olmazsa bile sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle, adam çalıştıranın ayırt etme gücüne sahip bir kimse olması gerekmez. Başka bir ifadeyle, adam çalıştıran yine de sorumlu olacaktır. Bunu gibi, yardımcının ayırt etme gücünden yoksun bulunması hâlinde, adam çalıştıran sorumlu tutulabilecektir. Burada, ayırt etme gücünden yoksun kimse,

OĞUZMAN/ÖZ, s.570; **BSK-SCHNYDER**; Art.55, N.1; **REİSOĞLU**, (Borçlar) s.154-155; **REİSOĞLU, Kemal**: İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958, s.55; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.761.

⁵⁶⁰ **von TUHR**, s.393-394; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.761-762; **TUNÇOMAĞ**, s.540 vd.; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.56 vd., (Mes'uliyet) s.109 vd.; **EREN**, (Borçlar), s.578 vd.; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, (Borçlar), s.503-507; **FEYZİOĞLU**, s.617 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.574-576; **UYGUR**, C.3, s.2618-2619; **KARAHASAN**, C.1, s.517 vd.; **REİSOĞLU**, (Borçlar), s.148 vd.; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.71-72; **BSK-SCHNYDER**; Art.55, N.6 vd.; **TEKİL, Fehiman**: Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s.136-137; **KILIÇOĞLU, Mustafa**: "Borçlar Hukukunda Olağan Sebep Sorumluluğu", YD. S.3, Yıl: 2004, s.181-182; **GÖKCAN**, s.56-59; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.188 vd; **AKINCI**, s.159; **AYAN**, s.227.

⁵⁶¹ **EREN**, (Borçlar), s.576; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.67; **von TUHR/PETER**, § 49, I, s.444 vd.; **TANDOĞAN**, (Kusura Dayanmayan Sorumluluk), s.56; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet) s.762; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.571; **GUHL/MERZ/ KOLLER**, s.189; **REY**, N.897; **KILIÇOĞLU**, (Borçlar), s.207.

çalışan olması hâlinde ise yine adam çalıştıran sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, rücu ilişkisi açısından şartlar oluşmuşsa hakkaniyet sorumluluğuna gidilebilir. Ancak elbette, adam çalıştıranın genelde ekonomik açıdan daha güçlü olduğu dikkate alınırsa bu pek mümkün olmayacaktır, zira işçi ile ayırt etme gücünden yoksun kimse arasında bir çalıştıran ilişkisi söz konusu olamaz.

Diğer yandan, zarar görenin zararını gidermeye yönelik bir hakkaniyet sorumluluğu, yine ancak adam çalıştıranın sorumlu tutulamaması hâlinde söz konusu olacaktır. Bu açıdan, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, çalışırken üçüncü kişilere bir zarar vermişse, bundan dolayı adam çalıştıran sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, adam çalıştıran, bir kurtuluş kanıtı getirmesi hâlinde veya ayırt etme gücünden yoksun kimsenin verdiği zarar nedeniyle, çalıştıranın ekonomik durumu bozulmuş ve ondan talep edilmesini imkânsız hâle gelmişse, ayırt etme gücünden yoksun kimse, yine hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulmalıdır. Örneğin, adam çalıştıranın her türlü dikkati gösterdiği hâlde, ayırt etme gücünden yoksun kimse, dükkânda çalışırken bir yangın çıkarmış ve dükkânın tamamen yanmasına neden olmuşsa ve aynı yangında yoldan geçen fakir bir kimseyi yaralamışsa, bu hâlde diğer şartların da oluşması şartıyla sorumluluğu hakkaniyet çerçevesinde doğabilecektir.

§ 12. ZARAR GÖREN OLARAK AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP OLMAYAN KİŞİ

Zarar görenin davranışı kusurlu veya kusursuz olabilir. Sorumluluk hukukunda, zarar görenin kusurlu davranışı, yeteri yoğunluğa ulaşması hâlinde illiyet bağıni kesebilmesi açısından ve şartların mevcudiyeti hâlinde tazminattan indirim sebebini oluşturabilmektedir⁵⁶².

Zarar görenin kusuru, gerçek ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, mecazi anlamda bir kusur oluşturmaktadır. Zira, teknik anlamda kusur, başkasına zarar veren

⁵⁶² EREN, (Borçlar), s.523; OFTINGER/STARK, I, s.228; OFTINGER, I, s.165; von BÜREN, s.59; MAURER, Thomas: Drittverschulden und Dritteverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974, s.40; DESCHENAUX/TERCIER, s. 59; REY, N.561.

ve hukuk düzenince uygulanan bir davranışın niteliğidir. Diğer bir ifadeyle, ancak başkasına zarar veren bir davranış kusurlu olarak nitelendirilebilir. Oysa, zarar görenin kusurunda, zarar gören başkasına değil, bizzat kendisine bir zarar verilmektedir⁵⁶³.

Teknik anlamda kusurda olduğu gibi, zarar görenin kusurunda da, objektif (zarar görenden beklenen özenin, objektif ölçülere göre değerlendirilmesi) ve subjektif (ayırt etme gücü) yönleri vardır⁵⁶⁴. Bu nedenle zarar görenin, kusurlu bir davranışta bulunması mümkün olmadığından, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı neticesinde sorumluluk hukuku bakımından ne gibi sonuçlar yaratabileceği incelenmelidir. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, bazen, illiyet bağıni kesen bir sebep olarak öngörülürken, kimilerine göre illiyet bağıni kesmez. Diğer yandan, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, tazminattan indirim sebebi olarak gerçekleşebilir. Bu nedenle, zarar gören ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışının illiyet bağıinin kesilmesi ve tazminatın indirilmesi açılarından ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun olur.

I. İlliyet Bağıinin Kesilmesi

Her zarar, zorunlu olarak bir zararvereni, bir de zarar görenin varlığını gerektirir. Doğal illiyet açısından bakıldığında, zarar görenin varlığı vakıası, zararlı sonucu doğuran sebeplerden birini oluşturur. Kendi kendine zarar veren mağdurun, zararı doğuran davranışı kusurlu veya kusursuz olabilir. Zarargören, kusurlu davranışı ile zarara sebebiyet vermişse, zararveren sorumluluktan kurtulur. Zira bu takdirde, ilk sebebi oluşturan, zararverenin davranış veya objektif vakıa ile zarar arasındaki illiyet bağıini kesmiştir. Bununla birlikte, zarar görenin kusursuz bir davranışının da illiyet bağıini kesecek nitelikte olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu sorun özellikle zarar görenin, ayırt etme gücünden yoksun olması hâlinde söz konusu olmaktadır. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin davranışı, illiyet bağıini

⁵⁶³ ARAL, s.742; OFTINGER, I, s.157-158; EREN, (İlliyet Bağıi) s.189; STARK, s.186; TANDOĞAN, (Mes'uliyet) s.318 vd.; İNAN, s.344 vd.; KOZIOL, (Haftpflichtrecht) s.183.

⁵⁶⁴ EREN (İlliyet Bağıi), s.192-194.

kesip bir sorumluluktan kurtulma sebebi oluşturup oluşturmadığı konusunda doktrinde başlıca iki görüş vardır⁵⁶⁵.

Doktrindeki yazarların bir kısmına göre, ayırt etme gücünden yoksun zarar gören kimsenin davranışı, illiyet bağına kesemez, çünkü ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerde, olayları doğru bir şekilde anlama ve buna uygun davranacak bir yetenek bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, serbest bir iradenin bulunmaması, yapılan davranışın, illiyet bağına kesip kesmediği konusunda hâkimin bir yargıya varmasına varmasına engeldir⁵⁶⁶. Bu nedenle, ayırt etme gücü olmayan bir kimsede, irade olmadığına göre, bu kimsenin ancak bir vücut hareketinden bahsedilebilir. Kusursuz sorumluluk, sorumlu kişi yönünden mevcuttur. Zarar gören açısından ise, kusursuz sorumluluk söz konusu olmaz. Bu nedenle, zarar gören söz konusu olduğunda, daima kusur, yani kusurlu davranışı aranır. Kusurlu olmayan bir davranış ise, illiyet bağına kesemez⁵⁶⁷.

Bu görüşe karşılık, başka bir görüş çerçevesinde ayırt etme gücüne sahip olmayan şahsın davranışı, gerekli yoğunluğu arz ediyorsa, illiyet bağına kesebilir⁵⁶⁸. Zira, illiyet bağı ve bu bağına uygun olup olmadığının belirlenmesinde, illiyet bağına kesilmesi yönünden davranışı, söz konusu olan kimsenin sübjektif özellikleri, başka bir ifadeyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı önemli değildir. İlliyet bağına kesilmesi açısından, zarar görenin kusurlu davranışı ile ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle, kusursuz olarak nitelenen davranış arasında bir fark yoktur.

⁵⁶⁵ ARAL, s.743; STARK, bu konudaki görüşleri üç gruba ayırsa da sadece iki görüş arasında önemli bir farkın bulunduğunu belirtmektedir. bkz. STARK, N.219 vd.; TİFTİK, s.124-125.

⁵⁶⁶ STARK, N.219 vd.

⁵⁶⁷ STARK, N.219 vd.; HÄBERLİN, s.83; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 44, No.8; YG. 4. HD. T. 11.3.1981 ve E. 1981/1247 K. 1981/3013 sayılı kararından: “Zarar görenin kusuru, ancak bu kişinin temyiz kudretini haiz olduğu hâllerde kabul edilebilir. Ancak temyiz gücünden yoksun olan kimse, bu güce sahip olsaydı, kendi kusuru sayılacak bir eylem ve davranışta bulunmuş ise, BK. 54/I hükmü benzetme (kıyas) yolu ile uygulanır ve hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminattan indirim yapılır.” Karar için bkz. UYGUR, C.III, s.2613.; Aslında, doğal illiyet veya fiili-mantiki sebep kavramları yönünden kusurlu davranışla, kusursuz davranış arasında bir fark yoktur. Ancak, burada, illiyet bağına kesilmemesi veya sorumluluktan kurtulmama, sadece hukukî bir değer hükmü yönündedir. Hukuk, hukuk öncesi veya hukuk dışı olayları, hukukî değer hükmüne tabi tutabilir. Uygun illiyet teorisinin, bir illiyet teorisi olduğu kadar, bir sorumluluk teorisi olduğu fikri de göz önünde tutulursa, bu görüşün doğruluğu kendiliğinden ortaya çıkar. Kaldı ki, biz, insan davranışının da mücbir sebep olabileceğini kabul ettiğimizden, eğer zarar görenin davranışı, bu yoğunluğa ulaşırsa, illiyet bağına kesilmesi, söz konusu olabilir. bkz. EREN, (İlliyet Bağı), s.197 dnp.200.

⁵⁶⁸ OFTINGER, I, s.113-114; 43, ARAL, s.743-744; HOMBERGER, s.49a.

Hareket hâlindeki trenden atlayan bir kimsenin, bu davranışı sorumluluktan kurtulma sebebi sayıp, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin aynı davranışını bu nitelikte saymamanın bir açıklaması yoktur⁵⁶⁹. Kanımızca da bu görüşe katılmak gereklidir, aksi hâlde uygun illiyet bağının aranmadığı yeni bir sorumluluk yaratılmış olur⁵⁷⁰.

II. Tazminatın İndirilmesi

Ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin davranışı, zararın meydana gelmesi veya artmasında katkısı olabilir. Bu durumda, zararın tamamının, sorumlu kişiye yükletilmesi, çoğunlukla adâlete uygun olmaz. Bu gibi durumlarda, Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci hükmünü kıyasen uygulamak ve hakkaniyetin gerekli kıldığı hâllerde hâkime, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseye ödenecek tazminattan indirim yapma yetkisi vermek uygun olur⁵⁷¹.

Bunun gerçekleşmesi için zarar gören, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin davranışı objektif açıdan kusurlu olması, başka bir ifadeyle kusurun objektif yönünün gerçekleşmesi gereklidir. Yani aynı davranış, ayırt etme gücüne sahip bir kimse tarafından işlenseydi, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilebilmelidir⁵⁷².

⁵⁶⁹ **OFTINGER**, I, s.113; **MAURER**, s.39.

⁵⁷⁰ **OFTINGER**, I, s.113; **EREN**, (Borçlar), s. 197; **ARAL**, s.744.

⁵⁷¹ **OFTINGER**, I, s.113-114; **von TUHR/PETER**, s.109; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.57-58; **DURAL/ÖĞÜZ**, s.76; **KELLER**, (Haftpflicht), s.106; **BUCHER**, Art 17/18 N.87; **HÄBERLIN**, s.83; **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.808 ve 811-812, (Gayrimüeyyizler), s.372, (Kusursuz Mesuliyet Hâlleri), s.195; **GUHL/MERZ/KOLLER**, s.93; ayr. bkz. yukarıda anılan karara: YG. 4. HD. T. 11.3.1981 ve E. 1981/1247 K. 1981/3013; alman hukukunda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar gören olarak yer aldığı durumlarda, bu kimsenin objektif olarak kusurlu sayılması hâlinde, hakkaniyet sorumluluğunun uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda alman Federal Mahkemesinin 29 Eylül ve 13 Kasım 1954 tarihli iki tane çelişik kararı vardır. Bununla birlikte, varolan değişik kararlardan sonra, Alman Federal Mahkemesi, 10 Nisan 1962 tarihinde (VersR 1962, s.635 = MDR 1962, s.558, N.45), ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zarar gören olarak katıldığı durumlarda (§ 254 çerçevesinde), hakkaniyet sorumluluğunun dikkate alınabileceğini kabul etmiş ve bu uygulama istikrar kazanmıştır. bkz. BGHZ 37, s.102.; bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **LEHNERTZ**, s.79 vd.; **BORGELT**, s.111 vd.; bkz.**RODOPOUOLS**, s.73; ayr. bkz. **BÖHMER, Emil**: Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden ?, MDR 10/1962, s.778.

⁵⁷² **ARAL**, s.744.

Doktrindeki baskın görüşe uygun⁵⁷³ olarak zarar görenin davranışı, Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde dikkate alınmaktadır⁵⁷⁴.

Bununla birlikte, Federal Mahkeme eski bir kararında⁵⁷⁵, zarar görenin ayırt etme gücünden yoksun kişinin davranışının, Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrasına göre değil, Borçlar Kanununun 43. maddesi uyarınca tazminat miktarı belirlenirken “hâl ve mevkiin icabına” göre dikkate alınabileceği içtihadında bulunmuştur⁵⁷⁶.

Diğer yandan, Federal Mahkeme daha sonraki bir kararında⁵⁷⁷, zarar görenin davranışının indirim sebebi sayılmasını şu gerekçelerle kabul etmiştir: davacı (zarar gören) yaşının küçük olması sebebiyle, seçmesi gereken davranış bakımından ayırt etme gücüne sahip değildir; tehlikeleri kavrayabilecek, onların farkına varabilecek ve önleyecek bir durumda değildir. Bu nedenle Kanton Yüksek Mahkemesinin, Borçlar Kanununun 44. maddesini uygulaması ve bu hüküm anlamında davacının (zarar görenin) sorumlu olması gereken durumların varlığını kabul etmesi doğru değildir; Federal Mahkeme, 6 Mart 1928 tarihli Arrigoni c. Zarifi kararında (BGE 54 II 141) ayırt etme gücünden yoksun çocukların, Borçlar Kanununun 44. maddesi anlamında

⁵⁷³ Başka bir ifadeyle, Borçlar Kanununun 54. maddesinin uygulanması hâlinde, hâkime yine de Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen tazminata hükmetmekten tamamen vazgeçme yetkisini vermemesi gerekmektedir. bkz. **STARK**, N.336; **KELLER**, s.107; **OSER/SCHÖNENBERGER**, Art.44, N.8; **OFTINGER**, I, s.114 ve 166; **DESCHENAUX/TERCIER**, s.57 vd.; **von TUHR/PETER**, s.109; **von BÜREN**, s.61; **BUCHER**, Art.17/18, N.21 vd.; **TİFTİK**, s.124.

⁵⁷⁴ Tazminatta yapılacak indirimin belirlenmesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin olgunluk seviyesi, akıl hastalığının derecesi de dikkate alınır. Örneğin, sorumlunun hafif kusuru ve zarar gören ayırt etme gücünden yoksun küçüğün itaatsizliği söz konusu ise, tazminat, hakkaniyet gereği olarak indirilir. bkz. **OFTINGER**, I, s.166; **HOMBERGER**, s.49a-50a; **TİFTİK**, s.124; alman hukuku açısından BK.md.44'e tekbül eden BGB § 254'ün uygulama bulacağı baskın görüştür. bkz. **BÖHMER, Emil**: Zur Frage der Billigkeitshaftung des geschädigten Unzurechnungsfähigen nach §§ 254, Heft 9, 829 BGB, JR 1970, s.339.

⁵⁷⁵ BGE 58 II 29.

⁵⁷⁶ **ARAL**, s.745; aynı şekilde, Yargıtay'ımız, sigortalının ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından öldürülmesi sonucu, sigortanın hâlef olarak taraf bulunduğu davada, rücu talebinin değerlendirilmesinde Borçlar Kanununun 54. maddesinin tazminat miktarında indirim sebebi olarak dikkate alınmamasını bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. bkz. YG. 10.HD., 7.5.2002 T. ve E.2002/3602, K.2002/4013 (www.kazanci.com.tr); Yine, Yargıtay, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin işlediği suçundan dolayı, meydana gelen manevî zararın karşılanmasına ilişkin davada, Borçlar Kanununun 54. maddesinin indirim sebebi olarak dikkate alınmamasını bozma sebebi olarak kabul etmiştir. YG 4.HD. 28.10.2003 T. ve E.2003/10536, K.2003/12407 (www.kazanci.com.tr); tazminatın belirlenmesi konusunda bkz.YG.21.HD., 17.3.1998 T. ve E.1998/815, K.1998/1867 (YKD.,1999/2, s.229).

⁵⁷⁷ BGE 54 II 138.

müterafik (ortak) kusur olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁷⁸. Ayırt etme gücünden yoksun zarar gören, hareket tarzıyla zararın meydana gelmesine katkıda bulunduğu takdirde, bu davranışı, Borçlar Kanununun 54. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle, hakkaniyet gerektiriyorsa ve hakkaniyet ölçüsünde olmak üzere tazminatın indirilmesine neden olacaktır⁵⁷⁹.

Arrigoni c. Zarifi kararından farklı olarak, bu kararda Borçlar Kanununun 43. maddesinden hiç söz edilmemektedir. Ancak, her iki kararda da kendisine atfı yapılan Baechler c. Herman kararı, bu hususta çok açıktır⁵⁸⁰: “hakkaniyet düşüncesine binaen ayırt etme gücünden yoksun zarar görenin davranışını ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin davranışı gibi değerlendirilmek suretiyle, Borçlar Kanununun 44. maddesi çerçevesinde, Borçlar Kanununun 54. maddesinin kıyasen uygulanmasına hiçbir engel yoktur”.

Çocuklar ve gözetime muhtaç bulunan diğer kimselerin zarara uğramaları hâlinde, gözetimle yükümlü olan kimselerin (özellikle aile başkanının) kusuru, zarar görenin kusuru sayılmaz; velilerin zarar gören çocuğun kanuni temsilcisi olarak davaya katılmaları, sonucu değiştirmez⁵⁸¹. Buna karşılık, böyle bir kusur, üçüncü şahsın kusuru olarak dikkate alınır⁵⁸².

⁵⁷⁸ ayr. bkz. BGE 31 II 34 vd; 58 II 37 vd.

⁵⁷⁹ BGE 51 II 523, 54 II 140; YG 4.HD 27.02.1942 T. ve E.1942/997, K.1942/624 sayılı kararından iki müstahdem in idaresinde bulunan ekme k tirigosunun tedbirsizlikle davacının oğlunun ayağını kırması ve hastanede ayağının kesilmesi olayında tirigonun frenlerinin tutmaması, kol dişlerinin bozuk olması, tamir için atölyeye gönderilmesi gerekirken bunun yapılmaması, kazanın meydana geldiği yer in olay tarihine kadar herkesin gelip geçmesine açık bırakılmış olması gibi nedenlerden dolayı Borçlar Kanununun 55. maddesi ve 47. maddesine tevfi kan manevî tazminatla hükmedilmiştir. Söz konusu kararda, zarar gören küçük çocuğun da kusuru olduğundan tazminatta indirim yapıldığı açıklanmaktadır. İmre ise, burada küçük bir çocuğun söz konusu olmasından dolayı bunun ayırt etme gücüne sahip olamayacağından kusurlu sayılmasının mümkün olmadığını belirterek, söz konusu olayda tazminattaki indirimin, Borçlar Kanununun 44. maddesinin ikinci fıkrasının ve Borçlar Kanununun 54. maddesinin kıyas yoluyla uygulanarak yapılması gerektiğini işaret etmektedir. Kararda ise bundan bahsedilmemesi eleştirilmektedir. bkz. **İMRE**, (Kusursuz Mesuliyet), s.768-769 ve 29 nolu d n.; **KELLER**, (Haftpflicht), s.157; **MEISTER-OSWALD**, s.102, ayr. bkz. BGE 60 II 44 : bu kararda, bir saman kaldırıcında, zarar gören çocuğun zarar verenin uyarılarını dikkate alması gerektiğinden, tazminatta indirim yapılması gerektiğine karar vermiştir.

⁵⁸⁰ BGE 51 II 517.

⁵⁸¹ **OFTINGER**, I, s.167; **EREN**, (Borçlar), s.199.

⁵⁸² **OFTINGER**, I, s.167; **EREN**, (Borçlar), s.199.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SORUMLULUĞUN HUKUKÎ SONUÇLARI

§ 13. ZARARIN KAPSAMI

I. Zararın giderilmesi

A. Genel olarak

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin meydana getirdikleri zararlardan hangilerinin giderileceği konusu, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanımızca, kanun koyucu Borçlar Kanununun 54. maddesinde zararın niteliği konusunda bir ayırım yapmadığına göre, maddî zararların karşılanması kadar, manevî zararların da giderilmesine karar verilebilecektir. Bu husus, özellikle işlenen haksız fiilin ağır bir nitelik taşıması hâlinde, zarar görenin çektiği manevî acıların biraz olsun hafifletilmesinde önem taşımaktadır. Aşağıda manevî tazminat ve maddî tazminatın ne derecede belirleneceği ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Maddî Tazminat

1. Maddî Tazminatın Kapsamı

Mülkiyet hakkı aşılmıyorsa malvarlığı hangi durumda bulunacak idiyse, o durum ile mülkiyet hakkının aşılmasından sonraki durum arasındaki fark, maddî zararı ifade eder. Bu bakımdan maddî zarar, daima malvarlığıyla ilgili ekonomik, yani parayla ifadesi mümkün bir değerlendirmeyi gerektirir⁵⁸³.

⁵⁸³ FEYZİOĞLU, s.472; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.548; EREN, (Borçlar), s.472-473; SAYMEN/ELBİR, s.457; BSK-SCHNYDER, Art.41, N.3 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.497-498; TUNÇOMAĞ, s.446; ROBERTO, Vito: Schadensrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1997, s.9-10; AYBAY, s.81-82; REY, N.153; BREHM, Art.41, N.70, s.37; BGE 50 II 375-381; 64 II 137-138; 82 II 397-401; 87 II 290-291, 90 II 417-424; 97 II 169-176; 104 II 198-199; 115 II 474-481; 116 II 441 vd.; ATAAY, (Borçlar), s.86-88; HATEMİ, s.44; TİFTİK, s.51.

Maddî zarar, fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr; doğrudan doğruya uğranılan zarar ve yansıma yoluyla uğranılan zarar; müsbet ve menfî zarar ile doğrudan zarar ve dolaylı zarar şeklinde bazı ayırımlara tâbi tutulmaktadır.

Eğer zarar, malvarlığının net varlığını azaltmak şeklinde gerçekleşmişse, fiilî zarar (damnum emergens); bu varlığın artmasına engel olunması suretiyle ortaya çıkmışsa, yoksun kalınan kâr (damnum cesans) olarak ifade edilir⁵⁸⁴.

Haksız fiili işleyen kişiden tazminat isteme hakkına, kural olarak sadece bu fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişiler sahiptir; dolaylı zarara, uğrayan kişilerin ise, talep hakkı bulunmamaktadır⁵⁸⁵.

Sözleşmenin kurulmasından veya daha sonra hüküm ifade etmemesinden dolayı oluşan zarara, müspet zarar denilmektedir. Bu hâlde, sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenden doğan zararlar talep edilir⁵⁸⁶. Buna karşın, borçlunun edimi yerine getirmemesi sonucu, alacaklının malvarlığında meydana gelen zarara müspet zarar adı verilmektedir. Müsbet zarar, zarar görenin hâlihazırdaki mevcut durumu ile edim yerine getirilmiş olsaydı, içinde bulunacağı varsayılan durum arasındaki farktan ibarettir. Bu anlamda müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaatidir denilebilir⁵⁸⁷.

Haksız fiilin doğrudan yöneldiği nesnede veya kişinin, beden bütünlüğünde yaptığı tahribat, doğrudan zararı oluşturmakta; nesnenin ya da kişinin beden

⁵⁸⁴ FEYZİOĞLU, s.473; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.559; EREN, (Borçlar), s.472-473; SAYMEN/ELBİR, s.457; TUNÇOMAĞ, s.446-447; DALAMANLI/KAZANCI, s.437; OĞUZMAN/ÖZ, s.499; UYGUR, C.2, s.1281; DESCHENAU/TERCIER, s.21;; ROBERTO, s.10; REİSOĞLU, (Borçlar), s.143-144; GÖKCAN, s.31; TİFTİK, s.52.; bu durum İsviçre hukukunda “refleks zarar” (Reflexschaden) olarak nitelendirilmektedir. bkz. BREHM, Art.41, N.70, s.37; HATEMİ, s.46; BSK-SCHNYDER, Art.41, N.6; ATAAY, (Borçlar), s.88-89, ALBAŞ, s.61-62.

⁵⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.562; EREN, (Borçlar), s.481; OĞUZMAN/ÖZ, s.501, 521; UYGUR, C.2, s.1282; DESCHENAU/TERCIER, s.23-24; TİFTİK, s.52; BREHM, Art.41, N.74b, s.39, ayr. bkz. N.20, s.10-11.

⁵⁸⁶ EREN, s.1014; ALBAŞ, s.63; KILIÇOĞLU (Borçlar) s.193; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.855.

⁵⁸⁷ von TUHR/ESCHER, s.99; TANDOĞAN, (Mes’uliyet), s.427; EREN, s.1013; HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt Ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s.68; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.193; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.855; TUNÇOMAĞ, s.806; OĞUZMAN/ÖZ, s.328.

bütünlüğündeki tahribatın, nesne maliki veya kişi için yarattığı olumsuz sonuçlar ise, dolaylı zararları oluşturmaktadır⁵⁸⁸.

Hakkaniyet sorumluluğunda, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, bu zararlar da tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁵⁸⁹. Bununla birlikte, daha evvel belirttiğimiz gibi, haksız fiilden farklı olarak tazminatın varlığına ve miktarına hâkim, hakkaniyet çerçevesinde somut olayın özellikleri ve özellikle tarafların ekonomik durumlarını göz önünde bulundurarak belirleyecektir. Bu şekilde, tazminatın tamamı tazmin edilebilir; hatta sadece bir kısmı, tazmin edilebileceği gibi hiçbir tazmin yükümlülüğü de oluşmayabilir (BK.md.43, md.44).

Hâkim, kanundaki şartların tamam olduğuna karar verdikten sonra, tarafların ekonomik durumlarını dikkate alarak tazminat miktarını belirleyecektir. Bununla birlikte, tarafların ekonomik durumlarının hangi âna göre belirleneceği ve tazminat miktarının ne şekilde tespit edileceği hususu açıklanmaya değer bir konudur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu, kanun çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde, somut olayın, özellikle tarafların ekonomik durumlarına göre gerçekleşmektedir. Tazminat, zarar verenin, tazminatı ödedikten sonra geçimini sağlayabilecek nitelikte olması gerekir. Bu açıdan zararverene “beneficium competantiae” sağlanmıştır. Bu şekilde, öncelikle hâkime bir alt sınır çizilmektedir. Bu sınır ise, tazminat sonrasında zararverenin geçimini sağlayabilmesidir. Ancak kanun koyucu, tazminatın niteliğini belirlerken dahi, tarafların ekonomik durumlarını dikkate almaktadır. Buna göre, tazminata ve tazminatın miktarına hâkim karar

⁵⁸⁸ FEYZİOĞLU, s.474-475; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.565; EREN, (Borçlar), s.481; OĞUZMAN/ÖZ, s.500; BSK-SCHNYDER, Art.41, N.7 vd.; DESCHENAUX/TERCIER, s.22; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.192; BREHM, Art.41, N.74a, s.38.

⁵⁸⁹ BREHM, Art.54, N.14, s.543; OFTINGER/STARK, II/1, s.144; 112 Ia 375 vd, 113 I 1 76 Ia 76-79; diğer yandan, mahkeme masraflarının ayırt etme gücünden yoksun kimsenin üzerinde bırakılması hakkaniyete aykırı bir durum teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. bkz. 115 Ia 11 vd.

verecektir. Bir başka ifadeyle, hâkim, tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceğine ve tazminatın ne kadar olacağına karar vermektedir⁵⁹⁰.

2. Tazminat Borcunun Doğduğu Ve Hakkaniyet Şartlarının Belirlendiği Zaman Dilimi

Bu konudaki açıklamalarımıza geçmeden önce, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan doğan tazminat alacağı, aynı diğer talep haklarında olduğu gibi, talebi doğuran şartların oluşması hâlinde, yani Borçlar Kanununun 54. maddesinin şartları oluştuğu ânda doğmadığı belirtilmelidir.

Hakkaniyetin bir tazminatı gerektirip gerektirmediği konusu, objektif olarak nitelendirilmelidir; bu belirleme hâkimin subjektif değerlendirmesine tabi tutulmamalıdır. Hâkimin vereceği karar, açıklayıcı bir karardır, yani kurucu (konstitutiv) olmayıp, yeni bir hak doğurmamakta, sadece daha önce doğmuş bir hakkı tespit etmektedir. Mahkeme, bir başka borç ilişkisinde olduğu gibi, Borçlar Kanununun 54. maddesinde de tazminat alacağının olup olmadığını, yani şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekte ve buna ilişkin kararını vermektedir⁵⁹¹.

Hâkim, yukarıda belirttiğimiz gibi, tazminatın bulunup bulunmadığına karar vermekle birlikte, tazminatın belirlenmesinde, tarafların hangi ândaki ekonomik durumu dikkate alacaktır sorusu önem taşır. Tazminat, haksız fiilin işlendiği ândaki durumuna göre mi; yoksa zararın doğduğu ân mı esas alınarak talep edilecektir, yahut davanın açıldığı ândaki duruma göre mi kabul edilecektir. İşte tüm bu sorulara yanıt bulunması gerekmektedir⁵⁹².

⁵⁹⁰ Alman hukukunda bu hükmün getirilmesinde İsviçre Borçlar Kanunu etkili olmuştur. bkz. **SCHWARTZ**, s.15; ayr. bkz. § 4, I, II ; **BREHM**, Art.54, N.15 ve 19, s.543-544; **DEUTSCH** (Haftungsrecht), s.310.; **HOFMANN**, s.152; BGH 18.12.1979; BGHZ 76, 276 (VersR 1980, s.625, NJW 1980, s.1623), ayr. bu karar için bkz. **FUCHS, A.**, s.294.; **MünKom/WAGNER**, § 829 N.23; **Hk-BGB/STAUDINGER**, § 829, N.9; **BORGELT**, s.72.

⁵⁹¹ **SCHWARTZ**, s.17; **BREHM**, Art.54, N.15, s.543.

⁵⁹² **SCHWARTZ**, s.20.

Sorumuzu birkaç örnekle açacak olursak konunun önemi daha da ortaya çıkacaktır. Zengin ve ayırt etme gücünden yoksun kimse, geçimini ayakkabı tamirciliği ile geçiren bir kimsenin dükkânını ateşe veriyor. Daha sonra, zengin kimsenin iflâsı meydana geliyor; ya da fakir ve akıl hastası bir çocuk, yine aynı tamircinin dükkânını yakıyor. Olayın üzerinden bir süre tamirciye yüklü bir miktarda miras düşüyor⁵⁹³.

Yukarıdaki olaylardan da anlaşılacağı üzere, bu hâllerde hakkaniyet sorumluluğunun ne zaman doğacağıın belirlenmesi önem taşımaktadır.

Hakkaniyet sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu açısından değerlendirilirse talep, failin ve zarar verici fiilin öğrenilmesinden itibaren oluşacağından, hakkaniyetin belirleneceği ân olarak yine bu tarih kabul edilirse, kanun koyucunun hiç de dikkate almadığı bazı sonuçların doğması söz konusu olabilir⁵⁹⁴. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse:

6 yaşında ve zengin bir çocuk, iyi bir eğitim alması için disiplinli bir öğretmenin yanında, yatılı olarak verilir. Çocuk, günün birinde yaptığı bir yaramazlık sebebiyle dışarıya çıkması yasaklanmış ve kendisine odada kalma cezası verilmiştir. Fakat çocuk, odanın camını kırarak, dışarıya çıkar ve evin bahçesinde bulunan otları, bir çakmak tutuşturur. Çıkan yangın, evinde marangozluk yapan komşunun evine sıçrar ve evin tamamen yanmasına neden olur. Yangında, marangozun evi, parasını kazandığı aletlerle birlikte, bütün malları yanar ve bu ailenin fakir kalmasına neden olur. Çocuğa bakmakla yükümlü öğretmene karşı dava açılrsa da, öğretmen aleyhine yapılan takip sonucunda zararın tamamı karşılanamaz. Bunun üzerine zararın karşılanamaması nedeniyle, çocuğa karşı dava açılır. Bu davada, hakkaniyet sorumluluğu devreye girecektir ve zararın tamamı zengin çocuktan karşılanacaktır ve sorun çözümlenecektir⁵⁹⁵.

⁵⁹³ SCHWARTZ, s.17.

⁵⁹⁴ SCHWARTZ, s.20.

⁵⁹⁵ SCHWARTZ, s.20-21.

Hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin tipik örnek olarak, zararın meydana geldiği ânda, ayırt etme gücünden yoksun kimse zengin, zarar gören ise, fakirdir. Bu durumda, hakkaniyet sorumluluğunu uygulamak herhangi bir zorluk oluşturmaz. Bununla birlikte, hâkim için durum, yukarıdaki örnekte olduğu gibi her zaman kolay değildir. Zira, bazen zararın meydana geldiği ânda, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığı dava sırasında kötüleşebilir, zarar görenin malvarlığı başta kötü, dava sırasında iyi durumda olabilir. Bunun gibi durumlarda, hakkaniyet sorumluluğunun ne şekilde çözümleneceği tartışma yaratabilir⁵⁹⁶.

Yukarıdaki örneğimizde olduğu gibi, meydana gelen yangından sonra çocuğun iflâs etmesi veyahut marangoza yüklü bir miktarda miras çıkması hâlinde hakkaniyet sorumluluğunu uygulamak mümkün olup olmadığının belirlenmesi o kadar kolay deđildir⁵⁹⁷. Bu noktada, hâkimin, hangi âna göre hakkaniyeti gerektiren sebeplerin varlığını araştıracaktır sorusunun cevabı bulunmalıdır, yani kanunun deyişimiyle “hakkaniyet hangi ânda iktiza edecektir” ortaya konulmalıdır.

Bu konuya değinen Schwartz’ın da belirttiği gibi, bu konuda, ne Alman Medeni Kanununda ne de Türk - İsviçre Borçlar Kanununda bir açıklık vardır. Schwartz’a göre, bu durumda zarar verici fiilin meydana geldiği ân, hakkaniyet sebeplerinin belirlenmesi açısından doğru bir sonuç vermeyecektir. Bu ânın, hakkaniyetin belirlenmesi için esas kabul edilirse, ister istemez (kusur şartının arandığı) haksız fiil sorumluluğunun doğum ânı kabul edilmiş olacaktır. Alacak hakkının doğumunun belirlendiği ân olarak, haksız fiil failinin iradesine, öngörüsüne ve bilincine göre dikkate alınması hâlinde de sonuç alınamayacaktır, zira ayırt etme gücünden yoksun kimselerde, bu kavramlardan ve “kusurlu bir ândan” söz edilmesi mümkün değildir. Diğer yandan hakkaniyet sorumluluğunu, talî bir sorumluluk olarak kabul ettiğimize göre, her zaman, fiilin işlendiği ân, alacağın doğumu ve hakkaniyetin belirlenmesi için esas oluşturmaz. Zarar gören kimse, öncelikle ayırt etme gücünden yoksun kimseden başka birisinin sorumlu tutulup tutulamayacağını araştıracak ve ona karşı dava açacaktır. Ancak bu davaların yıllarca sürmesi mümkün olabilir. Bu süre içinde ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığında, büyük

⁵⁹⁶ SCHWARTZ, s.21.

⁵⁹⁷ SCHWARTZ, s.21.

bir artış meydana gelmesine rağmen, hakkaniyetin belirlendiği ân olarak zarar verici fiilin işlendiği ân dikkate alınır, zarar görenin bu nedenle davası reddolunabilir. Yahut da tam tersi, zarar veren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin malvarlığında bir düşüş meydana gelmesine rağmen, zarar verici fiilin meydana geldiği ânda, durumu iyi olduğundan tazminat ödemek zorunda kalabilir⁵⁹⁸.

Bu tarz bir çözümün kabulü, kanunun sadece şekli anlamda uygulanması anlamına gelir ki, bu durum “hâkimin hakkaniyete göre karar vermesi”, yani sorumluluğun amacıyla bağdaşmamaktadır⁵⁹⁹.

Bu nedenle Schwartz’ın da belirttiği gibi, esas itibarıyla alacağın doğumu için başka bir ânın belirlenmesi gerekir. Bu açıdan hakkaniyetin belirlendiği ân olarak, zarargörenin öncelikle sorumlu olarak gördüğü bir başkasına (örneğin aile başkanı veya sigortacı) başvurması ve sonuç alamaması düşünülebilir. Bu düşünceden hareketle, başkasının sorumlu tutulmadığına dair bir mahkeme kararı, hakkaniyetin belirlendiği ân olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte böyle bir kimsenin bulunmaması hâlinde ise, hakkaniyetin belirleneceği ân olarak, zarar verici fiilin yapıldığı ân kabul edilebilir⁶⁰⁰. Fakat, bu ânın kabul edilmesi düşüncesi de, her zaman hakkaniyetin belirleneceği ânı kesin olarak belirlemeye yetmez. Zira, verilen karar sadece alacak hakkına yönelik bir engelin ortadan kalktığını bildirmekte, hakkaniyetin hangi âna göre belirleneceğini yine de tespit etmez⁶⁰¹.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, kanunun lafzına ve buna ilişkin olarak yapılan literatüre bakılacak olunursa, hakkaniyetin belirlenmesi açısından her zaman aynı ânın – ki bu zararın doğduğu ân olarak- kabul edildiği görülmektedir⁶⁰².

Schwartz, buna karşı bir görüş ileri sürmekte ve bunun tarihi açıdan bir sebebi olduğunu kabul etmektedir. Tarihsel açıdan bakıldığında, -İsviçre hukuku hariç- Avusturya ve eski alman ülkeler medeni kanunlarına bakıldığında, tarafların ilişkileri

⁵⁹⁸ SCHWARTZ, s.22.

⁵⁹⁹ SCHWARTZ, s.22.

⁶⁰⁰ SCHWARTZ, s.23.

⁶⁰¹ SCHWARTZ, s.23.

⁶⁰² SCHWARTZ, s.23

açısından hakkaniyetin belirleneceği ân olarak, esas itibariyle zararlı davranışın doğduğu ân olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte Avusturya ve eski Alman Medeni Kanununda, hakkaniyet sorumluluğunun kusur sebebiyle işlendiği kabul edilmekteydi ve bu davranışlardan dolayı öncelikle onlara bakmakla yükümlü kişilere başvurulması gerekmekteydi. Başka bir ifadeyle, hakkaniyetin belirlendiği ân olarak zararlı davranışın gerçekleştiği ân, yani kusurlu davranışın meydana geldiği ân kabul edilmekteydi. İşte dönemin yasaları, hakkaniyetin belirleneceği ân olarak, zarar verici davranışı kabul etmekteydi. Bununla birlikte, İsviçre Borçlar Kanunu açısından aynı kesin ifadeler kullanılmamıştır. İşte bu kanunlardan sonra, Alman Medeni Kanunu sorumluluğun, ancak hakkaniyeti gerektiren sebeplerin oluşması hâlinde doğacağını öngörmüştür. Bu nedenle Borçlar Kanunumuz hakkaniyet sorumluluğunun belirlenmesi açısından kesin bir ânı dikkate almadığı söylenebilir. Sorumluluğun, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin şartların olduğu ânda meydana geldiği denildiğinde haksız fiil sorumluluğunun istisnası olan bu sorumluluğun, bazı istisnaî sonuçlar vermesi de mümkündür⁶⁰³.

Schwartz, Alman Medeni Kanununun 194. paragrafına atıf yaparak “bir başkasından bir şeyin yapılması veya yapılmamasını talep yetkisinin verilmesi” alacaklıya, borçludan bu konuda sınırlı ve değiştirilmesi tek taraflı mümkün olmayan bir talep hakkının bulunduğu ilkesinden hareket etmektedir. Aynı sözleşmesel talep haklarında olduğu gibi, kusurlu sorumlulukta da bu durum geçerlidir. Her ikisinde üç unsur, borç ilişkisini oluşturmaktadır: Bunlar borçlu, alacaklı ve tek taraflı olarak değiştirilemeyen talep hakkı. Bununla birlikte, hakkaniyet sorumluluğu açısından bakıldığında, bu durum talep hakkı açısından farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu talep (alacak) hakkı, kendiliğinden belirlenmesi mümkün değildir. Alacak hakkının doğumu, borçlunun ve alacaklının kişiliğine, onun yaşam ve ekonomik ilişkisine; aynı zamanda her ikisinin yaşam ve ekonomik ilişkilerinin karşılaştırılmasına bağlıdır. Bu unsurlar, doğası gereği sürekli değişebilen nitelikte olduğuna göre, alacak hakkının doğumunu, kesin bir ân olarak belirleneceğini söylemek doğru olmayacaktır. İşte esas itibariyle bu durum anlaşıldıktan sonra, Alman Medeni

⁶⁰³ SCHWARTZ, s.24-25

Kanunun 829. paragrafından doğan borç ilişkisi istisnalar hariç kesin olarak çözümlenmesi mümkün değildir⁶⁰⁴.

Bu şekilde ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğu, tazminat hukukunda yeni bir hukukî durum yaratmaktadır. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan sorumluluk bakımından, alacak hakkının doğduğu ân konusunda kesin bir belirleme yapılamamaktadır. Dolayısıyla bu alacak hakkının doğumu, zarar verici eylemin gerçekleştiği ân da olabileceği gibi, daha sonraki bir zamanda da gerçekleşebilir. Tazminat alacağı, sürekli bir değişim içinde olabilir; alacak miktarı, azalabileceği gibi, artabilir; tamamen ortadan kalkabileceği gibi, sonradan yeniden doğabilir. Schwartz, aksine bir yorumun, kanun koyucunun bu hükümlerle ulaşmak istediği amacı gözardı etmek anlamına geleceğini belirtmektedir⁶⁰⁵.

Bu açıdan biraz evvel verdiğimiz örneğe dönecek olursak, zengin çocuk, dava sonucunda tamamen fakir bir hâle gelirse, artık tazminat davası reddedilecektir. Diğer yandan daha sonraki yıllarda çocuk tekrar bir malvarlığı edinirse, alacak hakkı yeniden doğacaktır. Bununla birlikte, yangında evi yanan kimse, dava sırasında zengin hâle gelirse, alacak hakkı, doğmayacaktır. Bu açıdan, hakkaniyet sebepleri, dolayısıyla talep hakkı, öncelikle bir başkasının sorumlu tutulamayacağına anlaşılmasıyla doğabilecektir. Bu durum, zararlı fiilin işlendiği ân da, sorumlu tutulamayacak bir kimsenin bulunması sırasında olabilir. Burada, henüz kendisine kanunî temsilci atanmayan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, bir başkasına zarar vermesi hâlindeki sorumluluğu, örnek olarak gösterilebilir.

Schwartz'ın da belirttiği gibi alacak hakkı, hakkaniyet sorumluluğu ile ilgili diğer şartların gerçekleşmesiyle doğmaktadır. Bunun için de somut olayın özellikleri ve tarafların ekonomik durumları tazminatı gerektirmelidir. Başka bir ifadeyle, hakkaniyet, böyle bir tazminatı gerektirmelidir. Ayırt etme gücünden yoksunluk hâli

⁶⁰⁴ SCHWARTZ, s.25-26.

⁶⁰⁵ SCHWARTZ, s.26.

ise, sadece fiilin işlendiği sırada bulunması gerekir, yoksa dava sırasında da bu yeteneğin bulunup bulunmaması önem taşımaz⁶⁰⁶.

Diğer yandan hakkaniyet sorumluluğunu gerektiren diğer hâllerin de birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar bazen, fiil ile birlikte gerçekleşirken, bazen de sonra gerçekleşebilir. Elbette bunun aksi de mümkündür. Örneğin, fiil esnasında, zengin olan ve başka bir sorumlunun bulunmadığı hâllerde, ayırt etme gücünden yoksun kimse, zengin ve zarar gören fakir bir hâldeyse, bu talep, bu ânda doğmuş olmaktadır. Ancak, fiilin işlendiği sırada bir başkası sorumlu tutulabiliyorsa, fakat bu kimseden zararın karşılanması mümkün değilse, bu durumun anlaşılmasından itibaren alacak hakkı doğacaktır. Başka bir ifadeyle, alacak hakkı, ancak eksik olan şartlardan her birinin birlikte gerçekleşmesiyle doğmuş olmaktadır⁶⁰⁷.

Schwartz, zamanaşımının başlangıç tarihi ile hakkaniyetin belirleneceği ân ile talebin (alacağın) doğduğu ân olarak üçlü bir ayrıma gitmektedir⁶⁰⁸.

Schwartz'a göre, hakkaniyet şartlarının gerçekleştiği ânda talep hakkı doğmaktadır. Yani fiilin işlendiği tarihte henüz bir talep hakkı yoktur. Alman Medeni Kanununun 829. paragrafındaki şartların oluşumu için tarafların ekonomik durumları buna elverişli olmalıdır. Fiilin işlendiği tarihte, bu şartlar gerçekleşmişse, talebin doğduğu ân ile zamanaşımının süresinin başladığı ân da bu olmaktadır. Bununla birlikte, hakkaniyetin belirlendiği ân, hâkimin kararını vereceği ân olarak tespit edilmektedir.

Diğer yandan, zararlı fiilin işlendiği sırada, tarafların ekonomik durumları, bir hakkaniyet sorumluluğuna elverişli bulunmazsa, hakkaniyet sorumluluğundan doğan talep hakkı da gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte, tarafların ekonomik durumlarında daha sonra meydana gelecek değişimler, hakkaniyet sorumluluğunu doğurabilir. Fakat aksine olarak daha sonra bu talebin sönmesi de mümkündür.

⁶⁰⁶ SCHWARTZ, s.27-28.

⁶⁰⁷ SCHWARTZ, s.28.

⁶⁰⁸ bkz. zamanaşımı konusundaki açıklamalara, § 14, IV, B.

3. Değerlendirme

Kanımızca, Schwartz'ın belirttiği üçlü bir ayırımı yapılması gereksizdir. Zira, zamanaşımı ve talebin doğduğu ân konusunda yaptığı değerlendirmelerden bazılarında katılmak mümkün olsa bile bazılarında katılamayacağız.

Bu nedenle, tazminat talebinin doğduğu ân olarak, fiilin işlendiği tarih esas alınmalıdır. Zira, Borçlar Kanununun 54. maddesine bakıldığında, bir zararın meydana geldiği, ancak ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kural olarak bundan sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda kendisine kusur yüklenilemeyen ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, zararın tamamından veya bir kısmından sorumlu tutulabileceği düzenlenmiştir.

Bu açıdan zararın doğduğu ânda, alacak doğmuştur ve muaccel hâle gelmiştir. Bununla birlikte bu alacağın tahsil edilebilmesi hâkimin kararına bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle hakkaniyetin tespit edilip, hâkim tarafından karara bağlanması gerekmektedir.

Bu aşamadan sonra, hakkaniyetin hangi âna göre belirleneceği hususu açıklanmalıdır. Kanımızca, burada Borçlar Kanununun 60. maddesinden sapmanın bir gereği yoktur. Kanunda belirtilen bir yıllık süre, failin ve tazmin yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren başlayacak, bununla birlikte 10 yıllık azamî süre de, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacaktır. 1 yıllık süre ise, tazmin yükümlüsünün tam olarak öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır. Dolayısıyla, bir yıllık zamanaşımı süresi, öncelikle ev başkanına başvurulması ve fakat ondan bir sonuç çıkmaması hâlinde, yani bu karardan itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁰⁹.

Kanımızca hakkaniyetin belirlendiği ân olarak hüküm tarihinin esas alınması yerinde olacaktır⁶¹⁰. Zira, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ayırt etme gücünden

⁶⁰⁹ Ayrıca zamanaşımı ile ilgili bkz. aşağıdaki açıklamalar. § 14, IV.

⁶¹⁰ BREHM, Art.54, N.24, s.546; BGE 71 II 225-231; 102 II 226-231; BUCHER, Art.17/18, N.82; ARAL, s.740; KELLER, (Haftpflicht), s.106.

yoksun kimsenin veya zarar görenin ekonomik durumları sürekli bir değişim içinde olabilir. Dolayısıyla, bu değişmelerden dolayı sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun durumda bulunan kişiye başvurulması ihtimali adâlet duygularıyla bağdaşmayacaktır, ki kanun koyucunun amaçladığı durum bu değildir. Bu nedenle hakkaniyetin belirleneceği ân olarak hüküm tarihinin esas alınması, kanımızca, en isabetli çözüm olacaktır⁶¹¹.

Tarafların hüküm tarihinden sonraki ekonomik durumlarındaki değişim de, kanımızca yeni bir alacak hakkı doğurmayacaktır. Zira daha önce belirttiğimiz gibi, zarar verici fiil ile alacak zaten doğmuştur ve muaccel hâle gelmiştir. Bununla birlikte, bu borcun belirlenmesi ve ayırt etme gücünden yoksun kimseden talep edilebilmesi, hâkimin, “hakkaniyetin varlığını tespit etmesi” şartına bağlanmıştır. Bu durum, bir üçüncü kişinin, borç miktarını tespit etmesindeki duruma benzemektedir.

Buna karşın, İsviçre Federal Mahkemesi, malvarlığına sahip olmayan çocukların daha sonradan bir malvarlığı edinmelerinin göz önüne alınabileceğini kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle, dava sırasında, çocukların olası malvarlığı edinmeleri, hakkaniyetin belirlenmesi bakımından dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Ancak, bu hâlde dahi, hakkaniyet yine, hüküm ânında belirlenmiş olmakta ve olası malvarlığı artışları dikkate alınmaktadır⁶¹².

⁶¹¹ BGHZ 37, s.102 (NJW 1980, s.1199); **MünKom/WAGNER**, § 829 N.26, ayr. bkz. aşağıdaki dpn.de anılan kararlar.

⁶¹² BGE 43 II 205-209; ZBJV 1939, 88-90; SJZ 1969 241-244, Nr.128; **BREHM**, Art.54, N.25, s.546; diğer yandan, daha sonra meydana gelen artışların dikkate alınacağı konusunda bkz. **DEUTSCH/AHRENS**, s.72; **DEUTSCH** (Haftungsrecht), s.313; buna karşın, mahkeme kararından sonra meydana gelen artışlar, değerlendirme bakımından dikkate alınmayacaktır. bkz. **MEISTER-OSWALD**, s.40; **MünKom/WAGNER**, § 829 N.26; **Hk-BGB/STAUDINGER**, § 829, N.12; **HOFMANN**, s.155; aynı şekilde, Almanya Federal Mahkemesi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin olası malvarlığı edinimlerini, örneğin, olası bir miras kazanmasını yahut da meslekî gelişimini bir (olası zamanasını kaçırılmamak amacıyla) tespit davası yoluyla hüküm altına alabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, malvarlığındaki değişimden sonra açılacak davada, hakkaniyet sebepleri yeniden belirlenmek zorundadır. bkz. BGH 13.6.1958 (VersR 1958, s.485; NJW 1958, s.1630); BGH 24.4.1979 (VersR 1979, s.645; NJW 1979, s.2096); BGH 18.12.1979 (BGHZ 76, s.279; VersR 1980, s.625; NJW 1980, s.1623).

C. Manevî Tazminat

Bir kişinin, hukuka aykırı bir fiil yüzünden çektiği bedenî acılar ile ruhî elem ve üzüntülerin hepsine manevî zarar denir. Bu zarar, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler, ölüm dolayısıyla ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler, kişilik haklarının ihlâlinden doğan acı ve üzüntüler olmak üzere üç farklı türden doğabilir⁶¹³.

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluklarında olduğu kadar, kusursuz sorumluluk hâllerinde de manevî tazminata hükmedilebilir. Bu anlamda, Borçlar Kanununun 47. maddesinin bir sorumluluk kuralı oluşturmadığı, sadece sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, cismanî zarara uğramış olana veya ölen kimsenin ailesine manevî tazminat verilmesini düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle, sorumluluk için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, sorumluluğu düzenleyen hükümlere bağlıdır. Bu nedenle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hukuka aykırı bir fiili ile, bir kimsenin ölmesi veya beden tamlığının ihlâli gibi bir eylemlerde ortaya çıkan manevî zararlar, Borçlar Kanununun 47. maddesi çerçevesinde tazmin edilebilecektir; yeter ki, hakkaniyet sebepleri olayda oluşsun⁶¹⁴.

Gerçekten de bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, adam çalıştırmanın Borçlar Kanununun 47. maddesi gereğince manevî tazminatla sorumlu tutulabilmesi için ne

⁶¹³ FEYZİOĞLU, s.473; EREN, (Borçlar), s.483; SAYMEN/ELBİR, s.458; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.655 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.651; DESCHENAUX/TERCIER, s.24; TEKİL, s.150; KILIÇOĞLU, (Borçlar) s.191; GÖKCAN, s.32; ATAAY, (Borçlar), s.89-90.

⁶¹⁴ HELVACI, s.157; İMRE, (Gayrimüeyyizler) s.371; Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin karısını ve çocuğunu öldürdükten sonra intihar etmesi olayında, karının mirasçıları, kocanın mirasçılarına açtığı davrada, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminata hükmetmiştir. (JT 1946 I 5169) bkz. REİSOĞLU, (Temyiz Kudreti) s.1095; KARAHASAN, C.1, s.507-508; Medeni Kanununda 1988'de 3444 sayılı değişikliğinden önce Borçlar Kanununun 49. maddesi, manevî tazminat için kusur veya kusurun özel ağırlığı unsurlarını aradığından ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimselerin Borçlar Kanununun 49. maddesinin uygulama bulduğu hâllerde manevî tazminatı hükmedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte adam öldürme veya cismanî zararlar bakımından Borçlar Kanununun 47. maddesince manevî tazminata hükmedilmesi mümkün idi. bkz. ATAAY, (Borçlar), s.340; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s.321; MEISTER-OSWALD, s.119; Alman hukukunda da, hakkaniyet sorumluluğunun (ölüm haricinde meydana gelen) manevî zararlar bakımından da uygulama bulacağı kabul edilmektedir. bkz. DEUTSCH/AHRENS, s.216; bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. RGZ 169, 394; BGH VersR 77, 864; DEUTSCH (Haftungsrecht), s.310.

kendisinin, ne de müstahdemin kusurunun şart olduğuna; hâkimin, nedensellik bağı bulunmak şartıyla, özel hâl ve şartları takdir ederek manevî tazminata hükmedebileceğine; varsa müstahdemin veya adam çalıştırmanın ya da her ikisinin kusurunun ve ölenin veya cismanî zarara uğrayanın birlikte sebebiyet verme oranının ya da birlikte kusurunun, özel hâl ve şartlar içerisinde takdir edilmesi gerektiğine karar verilmiştir⁶¹⁵.

Söz konusu kararda, Borçlar Kanununun 47. maddesi çerçevesinde manevî tazminata, diğer objektif sorumluluk hâllerinde, örneğin ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet esasına göre sorumlu tutulabildiği, hayvan tutucusunun, bina ve yapı eseri malikinin ve aile başkanının sorumlu olduğu durumlarda da hükmedilebileceği belirtilmiştir.

Yine aynı doğrultuda, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bir kimseyi öldürmesi sonucunda, ölenin yakınlarına manevî tazminat ödemekle yükümlü kılabileceğini haklı olarak kabul etmiştir. Aynı şekilde Yargıtay'ımızın 22 Haziran 1966 tarihli bir başka İçtihadı Birleştirme Kararında, kusursuz sorumluluk hâllerinde, kusur olmasa bile, Borçlar Kanununun 47. maddesi içinde manevî tazminat talep edilebileceğine karar vermiştir⁶¹⁶.

Borçlar Kanununun 49. maddesine göre manevî tazminat talep edebilmek için, bu maddenin 3444 sayılı Kanununla değiştirilmesinden önce, kusur ve zararın özel ağırlığı şartları aranmaktaydı. Böylece bu hüküm de, Borçlar Kanununun 47. maddesi gibi, sorumluluk şartlarını düzenleyen bir norm olmayıp, sorumluluk sonuçları ihdas eden bir norm oluşturmuştur⁶¹⁷. Söz konusu kanun değişikliğinden sonra, bu şartlar artık aranmayacağından, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin

⁶¹⁵ YİBK., 27.3.1957, E.1.K.3 (RG., S.9640).

⁶¹⁶ BGE 115 IA 111 vd; bkz. YİBK, T.22.6.1966; E.7, K.7, (RG.22.6.1966; S.12360); Yine aynı yönde, YG. 4.HD. 28.10.2003 T. ve E. 2003/10536, K. 2003/12407 (www.kazanci.com.tr); BGE 74 II 202-213; BGE 112 IA 375 vd.; BGE 113 IA, 76-79.

⁶¹⁷ **HELVACI**, s.158; **SEROZAN, Rona**: “Manevî Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Hâluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.92-93; **OGUZMAN, Kemal**: “İsviçre’de ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Hâluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.36.

sorumluluğunda gibi objektif sorumluluk hâllerinde de, Borçlar Kanununun 49. maddesinin uygulanabilmesi mümkündür⁶¹⁸.

Yukarıda saydığımız kararlar çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlar sebebiyle, manevî tazminata hükmedilebileceği kabul edilse bile, Borçlar Kanunu tasarisının 64. maddesindeki düzenlemeyle, manevî tazminata hükmedilmesi imkânı ortadan kalkıyor izlenimi vermektedir. Zira, anılan hükümle, ancak tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararın, uygun biçimde giderilmesine karar verebilmektedir. Tarafların ekonomik durumları dikkate alındığına göre, bundan sadece maddî malvarlığının kastedildiği anlaşılmaktadır. Manevî durumlarda bir karşılaştırılma yapılması mümkün olmadığına göre, hakkaniyet çerçevesinde manevî zararın giderilmesi pek mümkün görünmemektedir. Oysa, mevcut düzenleme çerçevesinde, “hakkaniyet iktiza ediyorsa” hükmünden yola çıkılarak hakkaniyet sorumluluğunda manevî tazminata hükmedilmesi mümkün olacaktır. Bu şekilde, ayırt etme gücünden yoksun kimseye bir kusur yüklenmesi mümkün olmamasına rağmen, yaptığı eylem ile, zarar görenin

⁶¹⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.693-694; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.659; **BREHM**, Art. 54, N.14, s.543; **OFTINGER/STARK**, II/1, s.144.

Borçlar Kanununun 49. maddesinin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce, İsviçre ve Türk hukuku uygulamasında, objektif sorumluluk hâllerinde, Borçlar Kanununun 49. maddesine göre manevî tazminata hükmedilemeyeceği kabul edilmekteydi; çünkü gerek Federal Mahkeme gerekse Yargıtay, şeref ve haysiyete yönelik tecavüzlerde kusursuz sorumluluğun söz konusu olmayacağı görüşünü savunmaktaydı. Yukarıda sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararında da, Borçlar Kanununun 49. maddesinin, manevî tazminat için, 47. maddeden farklı olarak, kusurun özel ağırlığını şart koştuğu; bu şartın bulunmadığı yerde ise, 49. madde gereğince manevî tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmiştir. Federal Mahkemenin gerekçesi ise, 49. maddenin uygulanmasında manevî tazminat talebinin cezaî niteliğinin ağır bastığı, kusurun ve zararın özel ağırlığını şart koşmayan 47. madde bakımından böyle bir şeyin söylenemeyeceği şeklindedir. Bu bakımdan, her iki görüş de, 49. maddedeki kusurun özel ağırlığı unsurunda, objektif sorumluluğu etkisiz kılan bir nitelik bulmaktadır (Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.686-687.

Bu görüşe, şu gerekçelerle karşı çıkmıştır: Kusurun ağırlığı, kusurun özel bir derecesinden ibaret olup, Borçlar Kanununun 41. maddesinde de, haksız fiil sorumluluğu için kusurun bulunması şarttır. Ancak, objektif sorumluluk hâllerinde bu şart bir kenara bırakılmaktadır. Borçlar Kanununun 49. maddesi, daha özel nitelikte bir kusura ihtiyaç göstermektedir; 49. madde ile 41. madde arasında kusur şartı bakımından tek fark da bundan ibarettir. Objektif sorumluluk durumlarında 41. maddenin aradığı kusur şartı nasıl aranmıyorsa, 49. maddenin aradığı kusurun özel ağırlıkta olması şartı da bir kenara bırakılmalıdır. Objektif sorumluluk kurallarının, sadece genel kusur şartını etkisiz kılacağı, daha özel nitelikte kusura ilişkin şartları etkisiz bırakmayacağı yolunda bir kural kabul edilemez. Kusuru aramayan objektif sorumluluk kurallarının, hangi derecede olursa olsun kusuru bir sorumluluk şartı olarak kabul eden bütün özel kuralların önüne geçmesi daha uygundur (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.687-688). Söz konusu kanun değişikliğinden sonra, bu tartışmaların hukukumuz bakımından bir önemi kalmamıştır.

manevî varlığında büyük bir tahribata neden olabilir. Her ne kadar, bu zararının bir miktar para ile giderilmesi tam anlamıyla gerçekleşmese bile, en azından bir nebze manevî tatmin sağlayacağı kabul edilmelidir. Bu açıdan, kanımızca, özellikle ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından yapılan eylemin çok kötü bir nitelik taşıması hâlinde manevî tazminata hükmedilmesi hakkaniyetli olacaktır. Ancak bunun için, hâkimin somut olayın şartlarını dikkatlice araştırmalı ve ona göre karar vermelidir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zarar dolayısıyla manevî tazminata hükmedilse bile, bu yine hakkaniyete uygun bir tazminat olacaktır. Zaten Borçlar Kanununun 47. maddesine bakılacak olunursa, cismanî bir zarar uğrayan kimseye veyahut da ölüm hâlinde ölen kişinin ailesine, hâkim adâlete uygun bir tazminat belirler, lafzından bu tazminatın hakkaniyet çerçevesinde belirleneceği öngörülmektedir⁶¹⁹.

II. Sorumluluğun Yarışması

Sorumluluk ilkelerinin yarışması hâlinde, sorumluluğun niteliği açısından en ağırından en hafifine doğru bir sorumluluk belirlenecektir. Bu açıdan daha önce sorumluluk sebeplerini ortaya koyarken, sorumluluk sebeplerinin tehlike sorumluluğu, sebep sorumluluğu ve hakkaniyet sorumluluğu şeklinde bazı ayrımlara tabi tutulduğunu ortaya koymuş bulunmaktayız. İşte, sorumluluk sebepleri açısından bir sınıflandırma yapılacak olunursa, en ağırından tehlike sorumluluğu, objektif sorumluluk, hakkaniyet sorumluluğu ve kusur sorumluluğu şeklinde bir sınıflandırma yapmamız mümkündür. İşte hakkaniyet sorumluluğunun niteliğine bakıldığında, esasen sorumluluğun talî bir nitelik taşıdığı, dolayısıyla, ancak bir başkasının sorumlu tutulamaması hâlinde söz konusu olacağı yukarıda incelenmiştir. Bu açıdan sorumlulukların yarışması söz konusu olmayacaktır.

Bununla birlikte, bir olayda birden fazla failin veya zarar görenin bulunduğu durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu hâllerde durumun nasıl çözüleceği aşağıda ortaya konulmaya çalışılacaktır.

⁶¹⁹ Alman hukukunda, ölenin yakınlarına bu tarz bir manevî tazminata hükmedilmesi kabul edilmemiştir. bkz. **DEUTSCH/AHRENS**, s.216 ve 223.

III. Birden Fazla Sorumlunun Bulunması Hâlinde Hakkaniyet Sorumluluğu

A. Birden Fazla Borçlunun Bulunması

Birden fazla borçlunun bulunmasını değişik örneklerle şekillendirmek mümkündür. Buna göre, bir olayda, birden fazla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin zararveren olması veyahut olayda, zararveren olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunan kimsenin, dışında başka kimselerin de bulunması mümkündür. İşte bu gibi hâllerde, durum nasıl çözülecektir. Tazminatın belirlenmesinde neye dikkat edilecektir. İşte bu gibi hâllerin ayrıntılı olarak incelenip ortaya konulması gerekmektedir. Aşağıda bu durumlar ayrı ayrı inceleme bulacaktır.

Öncelikle, zararın doğmasında birden fazla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin bulunması hâlinde, durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Örneğin, birden fazla çocuğun kibritle oynamaları sonucunda bir çiftçinin ahırını yakmaları hâlinde, sorumluluk nasıl oluşacaktır sorusunun cevabı bulunmalıdır.

Borçlar Kanununun 50. maddesi gereğince, birden fazla kimsenin fail olarak katıldığı bir haksız fiilde, faillerden her biri zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olmaktadır⁶²⁰. Bu gibi hâllerde, haksız fiil alacaklısı, dilediği failden veya faillerden, zararın karşılanmasını talep edebilecektir. İşte bu noktada, Borçlar Kanununun 54. maddesinde düzenlen hakkaniyet sorumluluğunun 50. madde ile nasıl bağdaştırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle bu hüküm, hakkaniyet sorumluluğunun söz konusu olabileceği bu hâllerde, yani birden fazla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin katıldığı bir zararlı davranışta uygulanabileceği incelenmelidir⁶²¹.

⁶²⁰ BK md. 50 şu şekildedir: “Birden ziyade kimseler, birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer’ân methâli olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hâkim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler”.

⁶²¹ bkz. SCHIRMER, s.102-103; SCHWARTZ, s.114.

Yukarıda ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz üzere, hakkaniyet sorumluluğu, her somut olay karşısında, tarafların durumları gözetilerek, hakkaniyet sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde doğmaktadır. Diğer yandan, hakkaniyet sorumluluğunun doğması için hakkaniyet sebepleri yanında, tazminatın kapsamı da belirlenirken, hakkaniyet sebepleri dikkate alınmaktadır. Hâl böylece olunca, birden fazla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin katıldığı bir haksız fiil sorumluluğunda, her bir fail açısından, ayrı ayrı değerlendirmeler yapılarak tazminatın kapsamı belirlenecektir⁶²².

Bununla birlikte, somut olaydaki duruma göre, faillerden sadece bir veya birkaçının sorumlu tutulmasına neden olabilir. Buna göre, faillerden biri, hiçbir şekilde sorumlu tutulmazken, diğerleri sorumlu tutulabilir; hatta hakkaniyet şartları gerçekleşmemişse, hiçbirinin sorumluluğu söz konusu olmayabilir⁶²³. Anlaşılacağı üzere, kanımızca burada Borçlar Kanununun 50. maddesi doğrudan uygulama bulması mümkün olmayacaktır; hâkim, Medeni Kanununun 4. maddesindeki takdir hakkı çerçevesinde, somut olaydaki koşulları değerlendirerek, sorumluluğu varlığını belirleyebilir ve tazminatın kapsamını tayin edebilir. Örneğin, iki zararverenden, hâkim, tarafların malî durumlarını dikkate alarak A'nın ½, B'nin tam olarak tazminatına karar verebilir⁶²⁴.

Kanımızca zarar gören, faillerden dilediğine karşı davayı açabilecek, buna karşın, tazminatın miktarını tüm faillere göre belirleyecek ve sadece, o fail yönünden hakkaniyeti gerektiren sebepler açısından zararı belirleyecektir. Bunu yaparken de, önce, her bir failin malî durumunu belirleyerek, fiilin niteliğini vs. dikkate alarak, başka bir ifadeyle hakkaniyeti gerektiren durumların varlığını araştırarak, daha sonra da tazminatın miktarını belirleyecektir. Bundan sonra ise, her bir fail açısından, faillerin sorumlu olacağı miktarı hakkaniyet ölçüsünden belirleyecektir⁶²⁵.

⁶²² SCHIRMER, s.103; SCHWARTZ, s.114

⁶²³ Aynı yönde, SCHWARTZ, s. 114-115.

⁶²⁴ SCHIRMER, s.103.

⁶²⁵ SCHIRMER, s.105; SCHWARTZ, s.118.

B. Birden Fazla Alacaklının Bulunması

Birden fazla alacaklının bulunduğu durumlara ilişkin olarak, zararveren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin birden fazla kimselere zarar vermesi olarak gösterilebilir. Bu durumlarda, hâkim hakkaniyet sorumluluğunun kimler için gerçekleşip gerçekleşmediğini, ayrı ayrı tespit edecektir. Buna göre, bazıları için bir tazminat alacağına hükmetmesi mümkünken, başkaları için aynı davranıştan dolayı bir tazminat kararlaştırmayabilir⁶²⁶.

Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun bir çocuk, top oynamak için iki kişinin ortak olarak kiraladığı bir dükkânın içine girer ve bütün malzemeleri kırarak, bu kimselerden bir tanesinin tamamen fakirleşmesine sebep olurken, diğeri bakımından bir maddî zarar oluşturmakla birlikte, tamamen fakir hâle gelmesine neden olmamaktadır. Bu hâllerde, hâkim, diğere şartların oluşması şartıyla fakir hâle gelen kimsenin zararının karşılanmasına karar verebilecekken, diğeri açısından herhangi bir zarar hükmetmeyebilir⁶²⁷.

Diğere yandan, şartların her iki zarar gören açısından gerçekleşmesi hâlinde ise, yani her iki kiracının da fakir hâle gelmesi hâlinde, hâkim, tazminatı yine takdir hakkı çerçevesinde taraflar arasında dağıtabilecektir.

C. Mirasçılar

Medeni Kanununun 599. maddesi gereğince mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Buna göre, mirasçılar, miras bırakanın tüm malvarlığını, yani aktif ve pasifleriyle sahip olurlar. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin işlediği bir haksız fiilden dolayı bir alacak hakkının doğup doğmadığının tespiti nasıl yapılacaktır. Başka bir ifadeyle, hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin malvarlığı değerlendirilmesi hangi âna göre yapılabilir sorusunun cevabı aranmalıdır.

⁶²⁶ SCHIRMER, s.101.

⁶²⁷ SCHIRMER, s.101.

Hamen belirtelim ki, kanımızca, bu durumda ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sağlığındaki malî durumu dikkate alınmalıdır. daha evvel de belirtildiği üzere⁶²⁸, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin işlediği hukuka aykırı fiil nedeniyle meydana gelen zararı tazmin borcu, esas itibariyle, diğer haksız fiillerde olduğu gibi, eylemin işlenmesiyle doğmaktadır. Bu nedenle, hakkaniyet sebeplerinin varolup olmadığı, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, eylemi işlediği sıradaki malvarlığı durumuna göre tespit edilmelidir. Bu nedenle, zararın karşılanması mirasçılarının malvarlığı dikkate alınmaz. Neticede, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan dolayı Borçlar Kanununun 54. maddesindeki esaslar çerçevesinde, zararın giderilmesi bu kimsenin terekesinden zarar karşılanabilmelidir⁶²⁹.

§ 14. SORUMLULUK DAVASINDA USÛL

I. İspat Yükü

Hukukî bir terim olarak ispat, bir yargılama sürecinde, taraflarca iddia edilen veya hâkimce kendiliğinden gözetilecek olan ve talebin konusuyla ilgili olarak uygulanacak bir hukuk kuralının koşul vakıalarını karşılamaya elverişli somut vakıaların, iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla yapılan inandırma (ikna) faaliyetleridir⁶³⁰. İspat yükü ise, belirli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda vakıa iddiasında bulunan tarafa düşen bir yüküdür. Bu yükü yerine getirmeyen kişi hakkında, maddî hukuktaki gibi bir ifaya

⁶²⁸ bkz. § 13, I, B, 2.

⁶²⁹ YG.11.HD.13.11.1987 T. ve E. 1987/3714 K. 1987/6184, sayılı kararında, ölen çocuğun ancak Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabileceği, mirasçısı olan anne ve babasının bu nedenle ancak hakkaniyet nedeniyle sorumlu olacağını ve kabul etmiştir. Kararın bu yönü kanımızca yerinde bulunmakla birlikte, kararda, davanın anne babaya karşı açılmasından dolayı, aile başkanının sorumlu tutulamayacağı, zira, davanın bu nedenle sadece babaya karşı açılması gerektiğini belirterek, olayda hakkaniyet sorumluluğunun doğabileceğini öngörmüştür. Oysa, hakkaniyet sorumluluğunun istisnai ve tali niteliği sebebiyle, bu davanın bu nedenle reddi gerekirken, Yargıtay'ın bu yönden kararı kanımızca isabetli değildir. (YKD.1988/3, s.367).

⁶³⁰ **KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: II, İstanbul 2001, s.1966; **ATALAY, Oğuz:** “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz-Ekim 1999, s.7; **ATALAY, Oğuz:** Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s.5; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.356; **EDİS**, s.361.

zorlama veya tazminat yaptırımı uygulanmadığından ispat, aslında bir yükümlülük (mükellefiyet) değil, külfettir⁶³¹.

Hakkaniyet sorumluluğu bakımından yukarıdaki şartlarda ayrıntılı olarak gördüğümüz üzere, ispat edilmesi gereken hususlar, zararın miktarı, failin ayırt etme gücünden yokluğu veyahut varlığı ile hakkaniyet sebepleridir.

Daha önce, ayırt etme gücü kavramı açıklanırken, Medeni hukukumuzda, ayırt etme gücünün varlığı ilke, yokluğu ise istisnadır. Bu açıdan, ayırt etme gücünün varlığına dayanan kimse bu karineye dayanacak, aksini iddia eden kimse ise bu iddiasını ispat edecektir. Diğer yandan da, kanunda belirtilen akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk sebeplerinin bulunması hâlinde ise, ayırt etme gücünden yoksunluk esastır, bunun aksini iddia eden ise, bu iddiasını Medeni Kanununun 7. maddesi gereğince ispat etmek zorundadır⁶³².

Borçlar Kanununun 54. maddesi, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler arasında düzenlendiğinden haksız fiile ilişkin hükümler burada da uygulama bulacaktır. Bu anlamda zararın belirlenmesiyle ilgili Borçlar Kanununun 42. maddesi; ölüm ve bedensel zararları ilgilendiren 45. ve 46. maddesi; tazminatın indirilmesiyle ilgili 44. maddesi; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumluluğu için kusur şartı aranmadığından, ölüm ve bedensel zararlarda istenebilecek olan manevî tazminatı düzenleyen 47. maddesi; kusurun ağırlığına ilişkin bölümü dışında 43. maddesi uygulama bulacaktır. Buna karşın, daha önce sorumluluğun çatışması bölümünde açıklandığı gibi, eksik teselsülü düzenleyen 51. maddesi ve tam teselsülü düzenleyen 50. maddesi hükümleri, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin sorumluluğunda uygulama bulmayacaktır⁶³³.

Anlaşılacağı üzere, haksız fiillere ilişkin genel hükümler, sorumluluk ve tazminatın kapsamı bakımından da dikkate alınmaktadır ve böylece hâkim, önüne gelen her somut olayda bu hükümleri uygulayarak, tazminat miktarını belirleyecektir.

⁶³¹ KURU, s.1972; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.371.

⁶³² bkz. § 2, IV, A-B.

⁶³³ bkz. § 13, III.

Diğer yandan elbette ki ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, kusur haricinde (objektif açıdan hariç) haksız fiil şartlarının gerçekleşmesi gerektiğinden Borçlar Kanununun 41. ve devamı maddeleri; nedensellik bağı, zamanaşımı gibi konularda olduğu gibi zararın belirlenmesi ve takdiri konularında da borçlar hukukunun genel hükümleri göz önünde tutulmalıdır.

Tazminata karar verilebilmesi için, öncelikle zarar miktarının belirlenmesi gerekir. Borçlar Kanununun 42. maddesinin birinci fıkrasında, zararın ispat edilmesi gerektiği belirtildikten sonra, ikinci fıkrada da zarar miktarının ispatı konusu düzenlenmiştir; dolayısıyla, zarara uğrayan kişi, zararın miktarını da ispat etmelidir. Zararın gerçek miktarının ispatının zor olduğu durumlarda, hâkimin takdir hakkını kullanarak, olayın akışına ve zarar gören tarafından alınmış olan tedbirlere göre, tazminatın miktarını tespit etmesi gerekir. Ancak, tazminatın azamî miktarı, hiçbir zaman, zarar miktarını aşamaz; ona eşit veya daha az olabilir⁶³⁴.

II. Davanın Tarafları

Hakkaniyet sorumluluğu çerçevesinde açılacak davanın tarafları, zarar gören davacı, zararveren ayırt etme gücünden yoksun kimse de davalı olacaktır. Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin dava ehliyeti olamayacağına göre, bu dava varsa yetkili temsilci aracılığı ile yürütülecektir. Eğer, ayırt etme gücünden yoksun kimseye henüz bir temsilci atanmamışsa, mahkeme öncelikle kendisine bir temsilci atayacaktır.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin vefatı hâlinde, mirasçılarının davada taraf olacağı daha önce ortaya konulmuştur⁶³⁵.

⁶³⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar, s.583; EREN, Borçlar, s.692; OĞUZMAN/ÖZ, s.534.

⁶³⁵ bkz. § 13, III, C.

III. Görev ve Yetki

Hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin tazminat davalarında görev ve yetkinin nasıl olacağı konusunda ayrı bir düzenleme bulunmadığından ve bu sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu arasında düzenlendiğine göre, görev ve yetki açısından genel hükümlere bakılmak gerekecektir. Bu nedenle yetkili ve görevli mahkemeler aşağıdaki gibi belirlenecektir.

A. Görevli Mahkeme

Borçlar Kanununun 54. maddesine dayanılarak açılan davalarda görevli mahkemenin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun görevle ilgili kurallarına göre belirlenmesi gerekir. Buna göre, temelinde bir haksız fiil sorumluluğu olan bu davadaki görevli mahkeme, istenilen maddî ve manevî tazminatın miktarına göre belirlenir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun (5219 sayılı Kanunla değişik)⁶³⁶ 8. maddesine göre, (21.7.2004 tarihinden sonra açılacak davalarda) görevli mahkemenin tespitinde esas alınacak dava konusunun (müddeabihin) değeri 5000 YTL'dir. Buna göre, istenen maddî ve manevî tazminatın miktarı 5000 YTL'yi geçmiyorsa sulh hukuk mahkemeleri, geçiyorsa asliye hukuk mahkemeleri görevlidir.

B. Yetkili Mahkeme

Borçlar Kanununun 54. maddesine dayanılarak açılacak davalara bakmaya yer itibariyle yetkili hukuk mahkemesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 9. maddesinin genel hükmü gereğince, davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Bu dava esasen haksız fiilden kaynaklandığından, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 21. maddesine göre, fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açılabilir.

⁶³⁶ RG., 21.7.2004, S.25529.

Ayırt etme gücünden yoksun kimseye bir vasi atanmış yahut çocuk ise velisi varsa bu hâllerde dava, vesait veya velâyet altında bulunan kimsenin ikametgâhı veli veya vasisinin ikametgâhı olduğundan bu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

IV. Zamanaşımı

A. Genel Olarak Zamanaşımı Süreleri

Borçlar Kanununun 60. maddesi maddî ve manevî tazminat taleplerinin bağlı olduğu zamanaşımı sürelerini özel olarak düzenlemiştir. Tazminat ilişkisinden doğan talepler de, hukukî nitelikleri itibariyle bir alacak hakkı olmasına rağmen, kanun koyucu zamanaşımı süresi açısından alacak haklarını düzenleyen Borçlar Kanununun 125. maddesi vd. hükümlerinden farklı bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu 60. madde ile zamanaşımının başlangıç ânı ile zamanaşımı sürelerini farklı bir şekilde düzenlemiştir. Bununla birlikte zamanaşımının kesilmesi gibi konularda genel hükümleri uygulama bulacaktır⁶³⁷. Hakkaniyet sorumluluğu da, haksız fiillere ilişkin hükümler arasında düzenlendiğine göre, zamanaşımına ilişkin olarak Borçlar Kanununun 60. maddesi uygulanacaktır. Buna göre Borçlar Kanununun 60. maddesi üç türlü zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bunlar bir yıllık, sübjektif ve nispi nitelikte kısa zamanaşımı süresi; on yıllık objektif ve mutlak nitelikte uzun zamanaşımı süresi ile olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresidir⁶³⁸.

Bir yıllık süre, zararın ve failin (zararı tazminle yükümlü kişinin)⁶³⁹ davacı tarafından⁶⁴⁰ öğrenildiği tarihten⁶⁴¹; on yıllık süre de, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

⁶³⁷ Borçlar Kanununda öngörülen süreler, hem maddî tazminat hem de manevî tazminat talebi hakkında uygulanır. Bu hüküm kusur sorumluluğunda olduğu gibi, olağan sebep sorumlulukları için geçerlidir. bkz. **EREN**, s.794 vd.; **SAYMEN/ELBİR**, s.527 vd.

⁶³⁸ Sözleşmeler için düzenlenen Borçlar Kanununun 127. maddesindeki yasak, haksız fiil sorumluluğu için geçerli olmadığından, taraflar zamanaşımı sürelerini diledikleri gibi düzenleyebilirler. bkz. **EREN**, s.794.

⁶³⁹ Zarar gören kişinin, zararı tazmin yükümlüsünün kimliği hakkında kesin bir bilgi sahibi olması beklenmemeli; yaklaşık bir bilgiyle (veya tahminle) bile dava açılması için gereken süre işlemeye başlamalıdır. Aksi takdirde, davaların açılabilmesi için gereken sürenin işlemeye başlaması gecikeceği ve bu da hukuk güvenliğine aykırı olacağı gibi, sürenin işlemesi için kesin bir bilginin aranması, bu tür davalarda kuşkululu durumlarda zarar görene tanınan ispat kolaylığı ilkesine de aykırı olacaktır. bkz. **PETEK**, s.422.

Buna göre, bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için, her şeyden önce zarar görenin, zarar verici fiili veya olayı değil, zararı öğrenmesi gerekir⁶⁴². Zarar, zarar verici veya fiil veya olayın zarar görenin hukukî varlık ve değerleri üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlardır. Borçlar Kanununun 128. maddesinde olduğu gibi, sadece tazminat alacağıın muaccel olması, haksız fiillerde zamanaşımı süresinin işlemesi için yeterli değildir. Tazminat alacağı, zararın doğduğu ânda muaccel olmaktadır.

Zararın öğrenilmesinden kastedilen, zarar verici olay değil, zararın varlık ve mahiyetini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir. Bunlar öğrenilmedikçe, zarar gören dava yoluyla talep edeceği tazminatın sebep ve şartlarını değerlendiremez⁶⁴³.

Diğer yandan bir yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için, zarar görenin aynı zamanda tazmin yükümlüsü kişiyi de öğrenmesi gerekmektedir. Davalının şahıs ve kimliğinin tam olarak tespit edilememesi hâlinde, aleyhine dava açılacak şahıs ve onun sorumluluğunu kuran ve olay ve durumları öğrenmek zorundadır. Kusur sorumluluğunda bu kişi, fail; sebep sorumluluğunda ise, kanunun kendisine tazminat yükümlülüğü bağladığı olayı gerçekleştiren kişidir. Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için, ev başkanını sorumluluğunda, zarar veren küçük veya kısıtlının değil,

⁶⁴⁰ Davacı tüzel kişiyse, tazminat davası açılması için emir vermeye yetkili organ ve kurulun, zararı ve faili (zararı tazminle yükümlü kişiyi) öğrenmesi esas alınmalıdır (**KARACABEY, Faruk:** “Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK.md.60)”, YD 1978/4, s.495-496); **UYGUR, C.3, s.2711.**

⁶⁴¹ Kanun koyucu bu şekilde tazminat talepleri için bir yıllık kısa ve nispi bir süre öngörmüştür. Bununla birlikte, sürenin başlaması, zarar görenin, tazmin yükümlüsü kişiyi öğrenmesi gibi sübjektif bir şartın gerçekleşmesine bağlamıştır. Diğer yandan zarar gören zararı da öğrenmek zorundadır. bkz. **EREN, s.795; SPINDLER/BAMBERGER/ROTH, § 829, Rn.14.**

⁶⁴² Zarar görenin zararı öğrenmesi, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hâl ve şartları öğrenmiş olması demektir; ancak, tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların (zararın kapsamının ve miktarının) öğrenilmiş olması aranmaz (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.718-719; FEYZİOĞLU, s.709; EREN, (Borçlar), s.795; OĞUZMAN/ÖZ, s.523; KARACABEY, s.491-492; GİRİTLİOĞLU, s.101; UYGUR, C.3, s.2710; 4.HD., 22.1.1981, E.1980/12753, K.1981/415 (YKD., 1982/1, s.34).**

⁶⁴³ **EREN, s. 795; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.718; BGE 96 II 39; 92 II 4; “... zaman aşımı başlangıcından esas olacak unsurlardan zarar görenin zararı öğrenmesi demek, kural olarak zararın kapsamına değil, varlığına taalluk eder. Yoksa tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz. Zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, davayı ciddi ve objektif şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hâl ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir...”;** YG 4.HD. 4.12.1986 T. ve E.6073, K.8188, (YKD. 1987/3, s.395); **OĞUZMAN/ÖZ, s.523-524; KARACABEY, I, s.492-493.**

ev başkanının; adam çalıştırmanın sorumluluğunda da yardımcı kişinin değil, adam çalıştırmanın öğrenilmesi gerekir. Bunun için akıl hastalığının ve adam çalıştırma ilişkisinin öğrenilmesi gerekmektedir. Bir kimsenin tazmin yükümlüsü olabileceği hususunda bir tahmin veya zan yeterli değildir. Diğer yandan, zarar gören, tazmin yükümlülüğünü kuran olay ve olguları öğrenmesi gerekir⁶⁴⁴. Örneğin, akıl hastası bir kimsenin, bir zarar meydana getirmesi hâlinde, zamanaşımı süresi, ancak bu kimsenin akıl hastası olduğu ve ev başkanın sorumlu olacağına anlaşılmasıyla başlar.

Bunun gibi, daha evvel belirttiğimiz gibi, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, bu kimsenin, sorumlu tutulabileceğinin tam olarak anlaşılması gerekmektedir. Bu açıdan, öncelikle varsa ev başkanına başvurulmalı, ancak bundan bir sonuç alınmaması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimseye başvurmak mümkün hâle gelmektedir.

Bu nedenle, zarar, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra ortaya çıkmışsa veya haksız fiille birlikte doğmasına rağmen, haksız fiilin üzerinden on yıl geçmişse, tazminat davası zamanaşımına uğramış olur. Ancak, zarar verici fiil, süreklilik taşıyorsa (devam eden, gelişmekte olan bir durum yaratıyorsa), on yıllık zamanaşımı süresi, fiilin veya süren durumun sona erdiği (gelişmekte olan durumun seyrini tamamladığı) tarihten itibaren işlemeye başlar⁶⁴⁵.

Buna karşın zararın, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra ortaya çıktığı durumlarda, tazminat talebinin zamanaşımına uğradığı için reddedilecek olması, kanımızca hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Bunu engellemek için, on yıllık zamanaşımı süresinin, zararın ortaya çıkmasından itibaren başlaması önerilebilir⁶⁴⁶. Ancak mevcut düzenlemeler karşısında, on yıllık zamanaşımının, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacağı ortadadır⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ KARACABEY, I, s.499; EREN, s.795.

⁶⁴⁵ TEKİNAY, II/1, s.144; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.703; FEYZİOĞLU, s.709; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.720; EREN, (Borçlar), s.797; OĞUZMAN/ÖZ, s.524; KILIÇOĞLU, (Borçlar), s.347.

⁶⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda, on yıllık zamanaşımının “*tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddine ilişkin kararın kesinleşme tarihinden*” başlayacağı, dolayısıyla zararın gerçekleştiği tarihten itibaren on

Birden çok davalının bulunması durumunda (müteselsil sorumlulukta, sorumlulardan her birinin borcunun diğerlerinden bağımsız olmasının sonucu olarak), bir yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, her borçlu için ayrı ayrı hesaplanmalıdır⁶⁴⁸.

Borçlar Kanununun 60. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tazminat davası, Ceza Kanununun daha uzun bir zamanaşımı süresi öngördüğü suç oluşturan bir fiilden doğuyorsa, tazminat davasına da ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Bu hüküm ayırt etme gücünden yoksun kimse açısından ayrı bir önemi vardır. Buna göre, ceza hukuku açısından öngörülen bir davranışına bir suç olarak isnat edilememesi karşın bu kimsenin borçlar hukukuna göre hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulması hâlinde nasıl bir çözüm bulunacaktır. Daha evvel de incelendiği gibi, Borçlar Kanununun 53. maddesi çerçevesinde hâkim, ceza hukukunun ayırt etme gücüne ilişkin değerlendirmesinde ceza kanunlarıyla bağlı değildir. Bu açıdan incelenmesi gereken, acaba faile Ceza Kanunu açısından kişiye ayırt etme gücünden yoksun bulunduğundan suç isnat edilememesi, fakat Borçlar Kanunu açısından hakkaniyet sorumluluğuna tabi tutulması hâlinde zamanaşımı süresi daha uzun mu olacaktır sorusu akla gelebilir.

yıllık zamanaşımının işleyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Ancak, Borçlar Kanununun 60. maddesindeki açık ifade, bu şekilde bir yorum yapmayı engelleyici niteliktedir; zira söz konusu hükümde, “...mutazarrır olan tarafın zarara ve failine utilai tarihinden itibaren bir sene ve her hâlde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene...” şeklinde, on yıllık sürenin, zararı doğuran fiilin işlenmesinden itibaren başlayacağı açık olarak belirtilmiştir. HGK., 21.4.1999, 1-222/226 (YKD., 2000/10, s.1489).

⁶⁴⁷ Hazırlanmakta olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, yürürlükteki Borçlar Kanunumuzun 60. maddesini karşılayan 71. maddesinde, “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. -Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.” hükmü yer almaktadır. Haksız fiil tazminatı için, Borçlar Kanunumuzda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresi, yetersiz bulunması nedeniyle, Tasarıda iki yıla çıkarılmış; on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibare, haksız fiilin “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve on yıllık uzun zamanaşımı süresi de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılmıştır.

⁶⁴⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.718; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.523.

Kanımızca, Borçlar Kanunu açısından bu açıdan herhangi bir ayırım yapmadığından, bu durum objektif açıdan suç sayıldığına göre, hakkaniyet sorumluluğu bakımından da daha uzun zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Diğer yandan Borçlar Kanununun 98. maddesindeki atıf sebebiyle, haksız fiillere ilişkin hükümlerin sözleşmelere uygulanması hâlinde, zamanaşımının haksız fiillere göre belirlenmelidir⁶⁴⁹.

Diğer yandan, zamanaşımının kesilmesi ve durması bakımından, Borçlar Kanununun 125. ve devamı maddeleri uygulanır. Birden fazla kişinin sorumluluğunda, eğer Borçlar Kanununun 50. maddesine göre tam teselsül söz konusuysa, müteselsil sorumlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş sayılır (BK.md.134/I); Borçlar Kanununun 51. maddesine göre eksik teselsül söz konusuysa, diğerlerine hiçbir etki yapmaz.

B. Zamanaşımı Sürelerinin Hakkaniyet Sorumluluğu Bakımından Taşdığı Özellik

Hakkaniyet sorumluluğunda zamanaşımı konusu bir özellik arz etmektedir. Zira daha önce açıkladığımız üzere hakkaniyet sorumluluğu, ancak hakkaniyet sebeplerinin varlığı hâlinde söz konusu olmakta ve ancak talî nitelikte bir talep hakkıdır. Bu nedenle, hakkaniyet sorumluluğu bakımından olası değişik durumların dikkate alınması gerekmektedir⁶⁵⁰.

Yukarıda daha önce açıkladığımız üzere, Schwartz, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin işlediği zararlı davranışlardan dolayı talep (alacak) hakkının zararlı fiilin işlendiği tarihte olmadığını, bu hakkın tarafların ekonomik durumlarına göre değişik zamanlarda olabileceğini kabul etmektedir. Başka bir ifadeyle Schwartz, hâkimin takdirine bağlı böyle bir alacak hakkının ne zaman doğacağı sorusunun

⁶⁴⁹ bkz. BRUNNER, s. 164-165.

⁶⁵⁰ SCHIRMER, s.80; SCHWARTZ, s.19, 37.

cevabı, bize aynı zamanda zamanaşımın ne zaman başlayacağını, yani actio nata'yı da göstereceğini ileri sürmektedir⁶⁵¹.

Schwartz'a göre bu alacağın, sorumluluğun tespiti için mahkemeye başvurulduğu anda doğacağı kabul edilemez. Bu tarz bir görüşün kabulü, dava zamanaşımının geçilmemesi şartıyla alacağın zamanaşımına uğramasını engel olacaktır. Yine bu görüşü çerçevesinde, zamanaşımı süreleri ancak tazminat hakkının doğmasından itibaren zamanaşımına uğrayacak, bunun da ancak hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin şartların gerçekleşmesiyle mümkün olacaktır. Bu nedenle, tazminat hakkının zararın doğduğu anda değil, malvarlığında bir artışın meydana gelmesi hâlinde, örneğin daha evvel verdiğimiz örnekte olduğu gibi çocuğun zararlı fiili işlemesinden sonra bir mirasa hak kazanması hâlinde doğacağı kabul edilmektedir⁶⁵².

Schwartz sorunun çözümü için, zamanaşımına ilişkin düzenlenen hükümlerin, hakkaniyet sorumluluğunda nasıl uygulama bulacağını örneklerle açıklamaya çalışmaktadır. Bunun için de Schwartz şu örneklerden hareket etmektedir⁶⁵³:

6 yaşında bir çocuk bir evi yakıyor ve zarar gören ev sahibi, çocuğu yakalıyor. Çocuk ise, dilencilik yapan ve kimsesi olmayan biridir. Bununla birlikte, 10 yıl sonra bu çocuğun büyük bir miktarda bir miras kazandığı anlaşılıyor. Bu talep zamanaşımına uğramış mıdır?

Başka bir örnekte, zengin bir çocuk, akıl hastanesinden kaçarak bir çiftçinin samanlığını yakıyor. Bunun üzerine çocuk yakalanıyor ve akıl hastanesine teslim edilerek, ömrünün sonuna kadar zengin olarak bu hastanede kalıyor. Zarar gören çiftçi, zararının karşılanması için, akıl hastanesine başvurmasına rağmen, yıllar süren dava sonucunda, akıl hastanesinden zararını karşılayamıyor. Zararını karşılayamayan

⁶⁵¹ **SCHWARTZ**, s.17; **ENGELMANN**, : “Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen”, Sonderdruck aus der Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911, s.29-30; **SCHIRMER**, s.80.

⁶⁵² **SCHWARTZ**, s.31; **ENGELMANN**, s.12; **SCHIRMER**, s.80.

⁶⁵³ bkz. **SCHWARTZ**, s.31 vd.

çiftçi bu sefer çocuk aleyhine dava açıyor. Bu durumda, 1 yıllık zamanaşımı süresi kaçırılmış mıdır?

Schwartz'a göre Alman Medeni Kanununun 198. paragrafı gereğince zamanaşımı süresi alacağın doğumuyla başlamaktadır. Daha önceden bir zamanaşımı süresinin başlaması mümkün değildir ve bu hükmün herhangi bir istisnasının olmayacağını iddia etmektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda varolan 30 yıllık zamanaşımı süresi açısından 852. paragrafından bazı istisnaların çıkarılabileceği ileri sürmektedir. Yukarıda da açıkladığımız gibi, ayırt etme gücünden yoksun kimse aleyhine zamanaşımı süresinin daha geç işlemeye başlayacağı söylenebilir. Bunlar için kanun koyucu, sadece tek ortak bir zamanaşımı süresi belirlemiştir, o da azamî yıllık zamanaşımı süresinin eylemin yapıldığı tarihten itibaren başlayacağıdır⁶⁵⁴.

Bununla birlikte daha kısa olan zamanaşımı süresi ancak tazminat yükümlüsü ve zararın öğrenilmesinden sonra başlayacaktır. Schwartz'ın da belirttiği gibi kusurlu sorumlulukta tazminat yükümlüsünün belirlenmesi çok zor değildir. Bir kimse, başkasının kusurlu bir davranışı sonucunda zarar görmesi hâlinde bu zararın tamamını ondan karşılanmasını talep edebileceğini bilmektedir ve davasını ona yöneltecektir. Bununla birlikte hakkaniyet sorumluluğunu düzenleyen hüküm (BK.md.54 ve Alman MK. § 829) açısından aynı şeyi söylemek her zaman mümkün değildir. Zira, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin meydana getirdiği zarar bakımından zarar görenin, bu zararı kimden karşılayabileceği her zaman açık değildir. Bu açıdan, zarar gören zararını, ayırt etme gücünden yoksun kimseyi gözetmekle yükümlü bir kimseden talep etmek isteyebilir, ki bu hâlde zararın yükümlüsünü hemen öğrenmek mümkün olmayacaktır⁶⁵⁵.

Meydana gelen zarar sebebiyle sorumlu tutulabilecek kimseden (yani failin veya gözetimle yükümlü kişiden), ancak kanunun, hakkaniyet sorumluluğu için

⁶⁵⁴ SCHWARTZ, s.31-32.

⁶⁵⁵ SCHWARTZ, s.32-33; örneğin; bir ayırt etme gücünden yoksun kimse için henüz bir kanuni temsilci atanmamış olabilir. Bu hâllerde, davanın kime karşı açılacağı belli değildir. Diğer yandan zarar gören, öncelikle gözetimle yükümlü kimseye başvurabilir ve bir sonuç alamayabilir, zira bu kimse, bütün tedbirleri almış olabilir, yahut da takip yapıp kendisinden bir şey talep edilmeyebilir.

öngördüğü diğer şartların da gerçekleştiğinin öğrenilmesinden itibaren bilgi sahibi olunacaktır. Kusurlu sorumluluk hâlinde, zarar gören kimse, zararın tamamını diğer taraftan talep edebilirken, hakkaniyet sorumluluğunda bu zarar, ancak ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ekonomik durumunun göz önüne alındıktan sonra belirlenecektir. Başka bir ifadeyle, burada öncelikle ne kadar bir tazminatın talep edebileceği de baştan belli değildir. Bu durum ancak, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin ekonomik durumunun dikkate alınmasından itibaren ortaya çıkacaktır⁶⁵⁶.

Buna göre kusurlu sorumluluk hâllerinde, failin öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacak olan bir (alman hukukuna göre 3 yıllık) yıllık zamanaşımı süresi, genellikle hakkaniyet sorumluluğuna oranla daha önce işlemeye başlayacaktır. Zira, hakkaniyet sorumluluğunda, sorumlu tutulacak kimse genelde daha sonra gerçekleşmektedir⁶⁵⁷.

Bu açıklamalardan sonra Schwartz, yukarıda verdiğimiz örnekleri şu şekilde çözmektedir. Bir evin yanmasına neden olan 6 yaşındaki çocuğun örneğinde olduğu gibi, zarar gören, 10 yıl sonra, çocuğun zengin olduğunu öğreniyor. Bu durumda, zarar gören ancak tazminat sorumluluğuna ilişkin diğer şartların gerçekleştiğini öğrendiği tarihten itibaren alacağı doğacaktır. Dolayısıyla, 3 yıllık zamanaşımı süresi kaçırılmış olmayacaktır⁶⁵⁸.

Hastaneden kaçan çocuğun durumunda ise, dava öncelikle hastaneye karşı açılmış ve bunun zararı karşılayamayacağı anlaşıldığına göre, kısa zamanaşımı süresi de ancak bu tarihten, yani gözetim borcu altında bulunan kimsenin sorumlu tutulamayacağına anlaşılmasından itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁵⁹.

Bu şekilde, hakkaniyet sorumluluğunda zamanaşımı süreleri ancak failin tam olarak kim olduğunun ve zararın miktarının, daha doğru talep edilecek miktarın ne olduğunun anlaşılmasından itibaren doğacaktır. Dolayısıyla, ayırt etme gücünden yoksun kimse, daha sonraki bir zamanda zengin olması hâlinde, zamanaşımı süresi

⁶⁵⁶ SCHWARTZ, s.33; ERMAN/SCHIEMANN, § 829, N.7.

⁶⁵⁷ SCHWARTZ, s.32; ENGELMANN, s.12; SCHIRMER, s.80.

⁶⁵⁸ SCHWARTZ, s.34-35, s.82.

⁶⁵⁹ SCHWARTZ, s.36.

bunun öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Diğer yandan Schwartz'a göre, bu talepler, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana gelen zararın tamamını karşılayıncaya kadar devam eder. Başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimse, önce 2000 Mark'lık zararın yalnız 300 Marklık kısmını karşılayabilmiş, fakat daha sonra bir miktar para edinmişse, tekrar bir talep doğar ve bu zararın kalan kısmı için tekrar borçluya başvurabilecektir. Bu şekilde Schwartz, 30 yıllık (bizde 10) yıllık zamanaşımı süresi içinde bu taleplerin, zararın karşılanmasına kadar sürebilecektir⁶⁶⁰.

C. Değerlendirme

Daha evvel açıklandığı gibi Schwartz'ın görüşleri kabul edilecek olunursa, ayırt etme gücünden yoksun kimse daha sonra zengin olması hâlinde, daha sonraki bir zamanda sorumlu tutulabilecektir. Bu durumun ise, bazı sorunlara yol açacaktır. Bu sorunları açıklamaya geçmeden önce, konunun iki açıdan değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Öncelikle, hakkaniyetin belirlendiği ân ile alacak hakkının doğduğu ânı birbirinden ayırmak gerekecektir.

Alacak hakkı, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, alacağa ilişkin diğer unsurların tamam olmasından itibaren doğacaktır. Buna göre, haksız fiillerde bu zarar verici fiilin işlendiği tarihte olmaktadır. Bununla birlikte Borçlar Kanununun 59. maddesine bakıldığında bu alacak hakkına ilişkin olarak zamanaşımı süresi, failin ve zararın tam olarak öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Bununla birlikte zarar gören, zararı da öğrenmek zorundadır.

Schwartz'ın hakkaniyetin belirleneceği âna ve alacağın doğumu ânı ile ilgili olarak yaptığımız eleştirileri burada da zamanaşımıyla ilgili olarak devam etmek gerekir. Daha önce açıkladığımız görüş çerçevesinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin işlediği zararlı davranışlardan dolayı meydana gelen tazminat alacağının

⁶⁶⁰ Diğer yandan Schwartz'a göre, alacak hakkının sonradan doğup zamanaşımı süresinin daha sonraki bir tarihte başlaması sadece Alman Medeni Kanununun 829 paragrafının bir özelliği olmayıp, bu durumun munzam zarar açısından da düzenlendiği ve bu durumda da zamanaşımı süresi ancak daha sonraki zararın oluşmasından sonra başlayacağını ileri sürmektedir. bkz. SCHWARTZ, s.36-37.

doğumu, hâkimin kararıyla olmayıp, zararlı fiilin işlendiği tarihte gerçekleşmektedir. Bununla birlikte alacak, ancak hâkimin kararıyla belirlenebilir ve muaccel hâle gelmektedir.

Dolayısıyla 1 yıllık zamanaşımı süresi, failin ve zararın öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Burada, failin aynı zamanda ayırt etme gücünden yoksun bir kimse olması durumu değiştirmeyecektir. 10 yıllık uzun zamanaşımı süresi ise, yine fiilin işlendiği tarihten itibaren hesaplanma başlayacaktır.

Diğer yandan zarar görenin zararın karşılanması amacıyla, başlangıçta ev başkanını sorumlu tutması ve fakat ondan herhangi bir sonuç alamaması sonucunda zamanaşımının kaçırılmış olmamaktadır. Zira, zarar görenin, ev başkanına başvurması hâlinde, davanın sonucunda sorumlu kimse bulamazsa, faili ancak bu tarihten itibaren öğrenecektir. Dolayısıyla bir yıllık süre bu ândan itibaren başlayacaktır. Buna karşın 10 yıllık süre geçmişse, alacak hakkının zamanaşımına uğradığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Kanunkoyucu, ayırt etme gücünden yoksun olan, yani makul surette hareket etme gücüne sahip olmayan kişilere mümkün olduğunca tam bir koruma sağlamaya çalışmaktadır. Bu durum, küçüklerin korunmasına ilişkin Anayasanın 41. maddesi gereğidir. Anılan hüküm ile devlete, çocukların korunması için gerekli önlemleri alma konusunda yükümlülükler yüklemektedir. Bunun gibi, akıl hastalığı gibi sebepler yüzünden ayırt etme gücünü yitiren kimselerin de, sahip oldukları bu özürden dolayı korunmaları, sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir.

Nitekim, Medeni Kanunumuzun 405. maddesi “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kişinin” kısıtlanacağı düzenlenmiştir. Kişinin kısıtlanması, esasen o kişinin aleyhine gerçekleştirilen bir işlem olmayıp, onun korunmasına yönelik bir tedbirdir. Çocukların korunması düşüncesi, onların gelişimlerine bağlı olarak sahip oldukları tecrübe, bilgi eksiklikleri, aklî yeteneklerinin gelişmemesi sebepleriyle, eylemlerini ve yaptıkları hukukî işlemlerin sonuçlarını tam olarak kestirememelerinden dolayı bir zorunluluktan ortaya çıkmıştır. Çocukların korunması ilkesi, birçok kanunda görülmesi mümkündür. Medeni Kanununun 15. maddesi bu anlamda çocukların korunması için getirilmiş bir hükümdür.

Ayırt etme gücünden yoksun kimselerin, Medeni Kanunumuzun 15. maddesine göre, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, bu kimselerin fiilleri hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Bu anlamda, bu kimselerin ne bir işlem ehliyeti ne de bir haksız fiil ehliyetleri vardır. Dolayısıyla yaptıkları işlemlerden ve eylemlerden kural olarak sorumlu tutulmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, yine aynı maddede, kanundan doğan bazı istisnaların bulunabileceği düzenlenmiştir. İşte bunlardan bir tanesi, Borçlar Kanunumuzun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hakkaniyet sorumluluğudur. Buna göre, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin işlediği zararlı davranış sonucu meydana gelen zarar, somut olayın şartlarına göre hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim, zararın

ayırt etme gücünden yoksun kimse tarafından uygun bir şekilde giderilmesine karar verebilir.

Hakkaniyet sorumluluğu, tamamen toplumsal adâlet ve fedakârlığın denkleştirilmesi düşüncesinden ortaya çıkmış ve bir yandan ayırt etme gücünden yoksun kimsenin korunması amaçlanırken, bir yandan da zarar gören kimsenin gördüğü zararın karşılanması sağlamaktadır. Bu şekilde çatışan menfaatler arasında en azından kısmen bir denge sağlanmaya çalışılmaktadır. İşte bu amaç doğrultusunda hâkim, somut olayın durumuna göre, zararın kısmen de olsa giderilmesine karar verebilecektir.

Hakkaniyet sorumluluğu, haksız fiiller içerisinde düzenlendiği hâlde, koşulları ve mevcut kapsamı içerisinde toplumsal adâlet düşüncesinden oluşan bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Hakkaniyet sorumluluğunun, ancak hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda söz konusu olması; sorumluluğun hukukî niteliği ve koşulları bakımından haksız fiillerden ve diğer kusursuz sorumluluk hâllerinden farklılıklar taşımasına neden olmaktadır. Bu anlamda sorumluluğun niteliğini, hakkaniyet fikrine dayandırmak gerekir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimseler, ayırt etme gücüne sahip kimselerden daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi tutulamazlar. Bu nedenle ayırt etme gücüne sahip kimselerin sorumlu tutulabilmesi için, kusurun sübjektif tarafı dışında, haksız fiilin diğer unsurları bulunmalıdır. Bu nedenle olayda, illiyet bağı, hukuka aykırılık ve zarar unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bir kimsenin kusurlu bir davranışta bulunabilmesi için mutlaka ayırt etme gücünün varlığı gereklidir. Zira bir kimsenin kusurlu, yani ihmalî veya kasten hareket edebilmesi için, mutlaka yapmış olduğu eylemin sonucunu öngörebilmeli, bu sonucu istemeli veya gereken önlemleri alabilmesi gereklidir. Kısaca bir failin serbest bir iradesi bulunmalıdır. Bu unsur da ayırt etme gücünden yoksun kimselerde olmadığına göre, bunlara bir kusur yüklenilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu bir davranışta bulunması mümkün olmamakla birlikte, bu davranışı en azından, objektif (somut) olarak kusurlu bir davranış sayılmalıdır. Davranış, ayırt etme gücüne sahip bir kimse için kusurlu sayılmıyorsa, hakkaniyet sorumluluğuna gidilmemelidir. Ayırt etme gücüne sahip bir kimsenin işlediği fiilden sorumlu tutulamayan bir kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle sorumlu tutmak adâlet duygularına ve hukuk mantığına aykırı bir durum oluşturur.

Borçlar Kanunu Tasarısının 64. maddesinde kusur şartının aranmaması, haksız fiilin diğer unsurlarının aranmadığı anlamına gelmez. Bu nedenle, hâkim bu hâllerde sorumluluğa karar verse bile, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve zarar unsurlarını aramak zorunda kalacaktır. Mücbir sebep, illiyet bağını ortadan kaldıran sebeplerden biri olduğuna göre, kusur dışındaki diğer şartlarda bir eksiklik olacağından, mücbir sebebin bulunduğu hâllerde hakkaniyet sorumluluğuna gidilemez, zira bu hâllerde uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. Buna karşın, tasarının kanunlaşması hâlinde, umulmayan hâl açısından, hakkaniyet sorumluluğunun oluşması mümkündür, zira umulmayan hâl, illiyet bağını tek başına ortadan kaldıracak bir nitelik taşımamaktadır. Buna karşın, umulmayan hâl, kusurun oluşmasını engellediğinden, zarar bir umulmayan hâl neticesinde oluşmuşsa hâkim, bu zararın hakkaniyet çerçevesinde giderilmesine karar verebilir.

Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin Borçlar Kanununun 54. maddesi çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, somut olayda, tazminatı gerektirecek hakkaniyet sebeplerinin oluşmuş olması gerekmektedir. Hakkaniyet sebeplerinin oluşup oluşmadığına hâkim, Medeni Kanununun 4. maddesi gereğince takdir edecektir. Hakkaniyet, hukukun adil bir şekilde uygulanması sorunudur ve söz konusu olayda, doğru olan hukukun uygulanmasını gerektirmektedir. Hâkim, doğru olan hukuka ise, vicdanî kanaati çerçevesinde ulaşacaktır; ancak bunu yaparken, sübjektif etkilerle hareket etmeyecek, objektif olarak, kanun koyucunun amacını (ratio legis) yorumlayacak, tarafların menfaatini ve toplumun kanaatini de dikkate alarak en adil sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Başka bir ifadeyle “makul olanı” uygulamaya çalışacaktır. Bu şekilde de hakkaniyetli davranabilecektir. Bu nedenle,

hâkim, somut olaya ilişkin adâleti uygulayacak, başka bir ifadeyle, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin meydana getirdiği zararlardan dolayı, bozulan dengenin yeniden kurulması amacıyla, somut olaydaki koşulları değerlendirerek adâlete uygun bir karar verecek ve bir sorumluluk gerekiyorsa, sorumluluğun kapsamını belirleyecektir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimsenin hakkaniyet sorumluluğuna tabi tutulabilmesi için, daha ağır bir sorumluluk sebebinin bulunmamış olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, meydana gelen zararın bir başkası tarafından karşılanamaması gerekmektedir. Bu sonuç, Borçlar Kanununun 54. maddesinin istisnaî mahiyetinden çıkmaktadır. Hâkim, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan hakkaniyet sebeplerini araştırırken, öncelikle başka bir kimsenin bu zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağını araştırmak zorundadır. Meydana gelen zarar, başkası tarafından, meselâ gözetim borcu altındaki bir ev başkanı veya bir sigortacı tarafından tazmin ettirilebiliyorsa, ayırt etme gücünden yoksun kimse sorumlu tutulmamalıdır.

Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin bu durumdayken verdiği zarardan sorumluluğu, Borçlar Kanununun 54. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimse bu duruma kendi kusuru olmaksızın düştüğünü ispat etmedikçe, bu durumda iken meydana getirdiği zararlardan sorumludur. Burada kusurun bulunmadığının ispatı, haksız fiil işlenirken değil, ayırt etme gücünü yitirme ânında yapılması gerekmektedir.

Hakkaniyet sebeplerinin bulunması hâlinde, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin sözleşmelerden de sorumluluğu oluşabilir. Ayırt etme gücünden yoksun kimsenin kusurlu bir davranışından söz edilemeyeceğine göre bu kimsenin sorumlu tutulması da ilke olarak mümkün olmayacaktır. Ancak, Borçlar Kanununun 98. maddesinin ikinci fıkrasının haksız fiillere ilişkin açık atfı gereğince, Borçlar Kanununun 54. maddesi, “culpa in contrahendo”dan doğan sorumluluk alanında, başka bir ifadeyle sözleşme ilişkilerine de uygulanması gerekmektedir. Burada da

kanımızca, Federal Mahkeme kararlarına uyarak, bu gibi hâllerde culpa in contrahendo sorumluluğu uygulama bulabileceği, ayırt etme gücünden yoksun kimsenin, hakkaniyet çerçevesinde, durumun gerektirdiği ölçüde, karşı tarafın menfi zararını karşılamasına karar verilebilmelidir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan şahsın davranışı, gerekli yoğunluğu arz ediyorsa, illiyet bağıni kesebilir. Zira, illiyet bağı ve bu bağıni uygun olup olmadığının belirlenmesinde, illiyet bağıni kesilmesi yönünden davranışı, söz konusu olan kimsenin sübjektif özellikleri, başka bir ifadeyle ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı önemli değildir. İlliyet bağıni kesilmesi açısından, zarar görenin kusurlu davranışı ile ayırt etme gücüne sahip olmaması sebebiyle, kusursuz olarak nitelenen davranışı arasında bir fark yoktur.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin davranışı, zararın meydana gelmesi veya artmasında katkısı olabilir. Bu durumda, zararın tamamının, sorumlu kişiye yükletilmesi, çoğunlukla adâlete uygun olmaz. Bu gibi durumlarda, Borçlar Kanununun 54. maddesinin birinci hükmünü kıyasen uygulamak ve hakkaniyetin gerekli kıldığı hâllerde hâkime, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimseye ödenecek tazminattan indirim yapma yetkisi vermek uygun olur. Bu nedenle, zarar görenin davranışı, Borçlar Kanununun 44. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde dikkate alınmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin meydana getirdikleri zararlardan hangilerinin giderileceği konusu, kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanımızca, kanun koyucu Borçlar Kanununun 54. maddesinde zararın niteliği konusunda bir ayırım yapmadığına göre, maddî zararların karşılanması kadar, manevî zararların da giderilmesine karar verilebilecektir. Bu husus, özellikle işlenen haksız fiilin ağır bir nitelik taşıması hâlinde, zarar görenin çektiği manevî acıların biraz olsun hafifletilmesinde önem taşımaktadır.

Hakkaniyet sorumluluğundan doğan taleplerin, zamanaşımı konusunda Borçlar Kanununun 60. maddesinden sapmanın bir gereği yoktur. Kanunda belirtilen

bir yıllık süre, failin ve tazmin yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren başlayacak, bununla birlikte 10 yıllık azamî süre de, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacaktır. 1 yıllık süre ise, tazmin yükümlüsünün tam olarak öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır.

Diğer yandan, kanımızca hakkaniyetin belirlendiği ân olarak, hüküm tarihinin esas alınması yerinde olacaktır. Zira, 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde ayırt etme gücünden yoksun kimsenin veya zarar görenin ekonomik durumları sürekli bir değişim içinde olabilir. Dolayısıyla, bu değişimlerden dolayı sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun durumda bulunan kişiye başvurulması ihtimali, adâlet duygularıyla bağdaşmayacaktır, ki kanun koyucunun amaçladığı durum, bu değildir. Bu nedenle hakkaniyetin belirleneceği ân olarak hüküm tarihinin esas alınması, kanımızca, en isabetli çözüm olacaktır.

Tarafların hüküm tarihinden sonraki ekonomik durumlarındaki değişim de, kanımızca yeni bir alacak hakkı doğurmayacaktır. Zira, zarar verici fiil ile alacak zaten doğmuştur ve muaccel hâle gelmiştir. Bununla birlikte, bu borcun belirlenmesi ve ayırt etme gücünden yoksun kimseden talep edilebilmesi, hâkimin, “hakkaniyetin varlığını tespit etmesi” şartına bağlanmıştır. Bu durum, bir üçüncü kişinin, borç miktarını tespit etmesindeki duruma benzemektedir.

Birden fazla ayırt etme gücünden yoksun kimsenin katıldığı bir haksız fiil sorumluluğunda, her bir fail açısından, ayrı ayrı değerlendirmeler yapılarak tazminatın kapsamı belirlenecektir. Bununla birlikte, somut olaydaki duruma göre, faillerden sadece bir veya birkaçının sorumlu tutulmasına neden olabilir. Buna göre, faillerden biri, hiçbir şekilde sorumlu tutulmazken, diğerleri sorumlu tutulabilir; hatta hakkaniyet şartları gerçekleşmemişse, hiçbirinin sorumluluğu söz konusu olmayabilir.

Birden fazla alacaklının bulunduğu durumlarda ise, zararveren ayırt etme gücünden yoksun kimsenin birden fazla kimselere zarar vermesi olarak gösterilebilir. Bu durumlarda, hâkim, hakkaniyet sorumluluğunun kimler için gerçekleşip

gerçekleşmediğini, ayrı ayrı tespit edecektir. Buna göre, bazıları için bir tazminat alacağına hükmetmesi mümkünken, başkaları için aynı davranıştan dolayı bir tazminat kararlaştırmayabilir.

KAYNAKÇA

- **AKINCI, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2003.
- **AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku), Cilt: I, İstanbul 2002.
- **AKİPEK, Jale:** Eşya Hukuku, I. Kitap, 1972.
- **ALBAŞ, Hakan:** Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK.md.105), Ankara 2004.
- **ANSAY, Sabri Şakir:** Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 3. Bası, Ankara 1958.
- **ARAL, Fahrettin:** “Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu”, Banka Ticaret Enstitüsü Dergisi Cilt: X, 1980/3, s.733-755.
- **ARPACI, Abdülkadir:** Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- **ATAAY, Aytekin:** Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 3. Bası, İstanbul 1981 (Kısaltma: Borçlar).
- **ATAAY, Aytekin:** Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1969 (Kısaltma: Şahıslar).
- **ATALAY, Oğuz:** Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- **ATALAY, Oğuz:** “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz-Ekim 1999, s.7-22.
- **ATAMER, M. Yeşim:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996.
- **AYAN, Mehmet:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Konya 2002.
- **AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin:** Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- **AYBAY, Aydın:** Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- **BAMBERGER, Heinz Georg/ROTH, Herbert:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band: 2, München 2003.
- **BAR, Christian von:** Die Billigkeitshaftung in den kontinentalen Rechten der EU, Festschrift für Egon Lorenz, 1994, s.73-92.
- **BAŞTUĞ, İrfan:** Borçlar Hukuku, “Genel Hükümler”, İzmir 1977.
- **BECKER, Hermann:** Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen Art.1-183, Bern 1941.
- **BECKER, Walter:** Das Recht der unerlaubten Handlungen, Berlin 1976 (Kısaltma: Walter).

- **BERKİ, Şakir:** “Türk Medeni Kanununda Mümeyyizlerin ve Mümeyyiz Olmayanların Ehliyeti”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXVI, Sayı: 1-2, Ankara 1969, s.117-134.
- **BINDER, Hans:** Die Urteilsfähigkeit in psychologischer und juristischer Hinsicht, Zürich 1964.
- **BINDING, Karl:** Die Normen und ihre Übertretung : eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten es Delikts / von Band: 2: Schuld, Vorsatz, Irrtum Hälfte 1: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Leipzig 1890.
- **BORGELT, Rainer:** Das Kind im Deliktsrecht, Osnabrück 1994.
- **BORK, Reinhard:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2001.
- **BOSSHARD, Erich:** Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art.41, Zürich 1988.
- **BÖHMER, Emil:** Kann § 829 BGB auch im Fall des § 254 BGB analog angewendet werden ?, Monatschrift für Deutsches Recht 1962, Band: 10, s.778-779.
- **BÖHMER, Emil:** Zur Frage der Billigkeitshaftung des geschädigten Unzurechnungsfähigen nach §§ 254, Heft 9, 829 BGB, Juristische Rundschau 1970, s.339-341.
- **BRANDT, Hans:** Verkehrssicherheit und Geschäftsunfähigkeit : eine Rechtsvergleichende und gesetzeskritische Studie über die Stellung des unerkennbar Geistesgestörten im bürgerlichen Verkehrsrecht, Stuttgart 1936 (Nachdr. Frankfurt a.M.), 1970.
- **BREHM, Roland:** Berner Kommentar, Band: VI, Abt. 1, Teilbd. 3, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch Unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41 - 61 OR, 2., überarb. Aufl., Bern 1998.
- **BREIT, James:** Die Geschäftsfähigkeit, Leipzig 1903.
- **BRUNNER, Hans Ulrich:** Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg 1991.
- **BRUNSWIG, Peter:** Die Handlungsfähigkeit der Geisteskranken nach dem BGB, in Rostocker rechtswissenschaftliche Studien I, Leipzig 1904.
- **BRÜGGEMEIER, Gert:** Prinzipien des Haftungsrechts, Baden Baden 1999.
- **BSK-SCHNYDER, Anton K.:** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Cilt: I, Art.1-529 OR (Hrsgb.HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim P./Wiegand, Wolfgang).
- **BUCHER, Eugen:** Berner Kommentar, (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), Band: I, Teil 2, Bern 1976.
- **BUCHER, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2. Auflage, Zürich 1988.

- **BUCHER, Eugen:** “Verschuldensfähigkeit und Verschulden”, Überlegungen aus Anlass der Kritik am "Entscheid Regotz" (BGE 102 II 365), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, hgg. im Auftrag der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen von Ernst Brem et. al., Bern 1990, s.287-312.
- **BURCKHARDT, Carl, Christoph:** “Die Revision des schweizerischen OR. in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, (Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins; 1903, Heft 1) Zeitschrift für Schweizerisches Recht Band: 42, Heft 4, Basel 1925, s.519-570.
- **BUSCH, Nicola:** Der Reifegrad der Minderjähriger als Maßstab im Zivilrecht, München 2001.
- **CARONI, Pio:** “Der Einfluss des Code Civil auf das Obligationenrecht”, Das Obligationenrecht 1883-1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, s.139-176.
- **CEYLAN, Seldağ Z.:** “Temyiz Gücünden Yoksun Olanların Sorumluluğu”, T. Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.92, Kasım 1996. s.49-55.
- **CZEGHUN, Ignacio:** Geschäftsfähigkeit- beschränkte Geschäftsfähigkeit- Geschäftsunfähigkeit, Grundlagen-Rechtsfolgen-Sonderfragen, Berlin 2003.
- **DALHOFF, Albrecht:** Die Einwirkung der Geschäftsfähigkeit auf nichtrechtsgeschäftliche Willensäußerungen, Univ., Diss., Münster 1969.
- **DERNBURG, Heinrich:** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens , 4. Aufl. Band: 2, Einzelne Obligationen, Halle a.d.See: 1915.*
- **DERNBURG, Heinrich:** Pandekten, Erster Band, 7. Auflage, 1902 (Kısaltma: Pandekten).*
- **DESCHENAUX, Henri / TERCIER, Pierre:** Sorumluluk Hukuku (Çeviren: Salim ÖZDEMİR), Ankara 1983.
- **DEUTSCH, Erwin/AHRENS, Jürgen, H.:** Deliktsrecht, unerlaubte Handlungen, Schadensrecht, Schmerzensgeld, 4. völlig überarb. u. erw. Aufl, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.
- **DEUTSCH, Erwin:** “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Muhittin Alam Armağanı, İzmir 1983, (Çev. Şeref Ertaş).s.245-256.
- **DEUTSCH, Erwin:** Allgemeines Haftungsrecht, Göttingen 1995 (Kısaltma: Haftungsrecht).
- **DEUTSCH, Erwin:** Fahrlässigkeit und Erforderliche Sorgfalt, Kiel 1963 (Kısaltma: Fahrlässigkeit).
- **DEUTSCH, Erwin:** Zurechnungsfähigkeit und Verschulden, Ein Beitrag zum Anwendungsberich des § 829, Juristenzeitung 1984, Band: 19, Heft 3, s.86-91, (Kısaltma: Verschulden).

- **DİNÇKOL, Abdullah:** “Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, Muğla Üniversitesi “Felsefe Günleri” (9-12 Ekim 2003) “Adâlet” Sempozyumu Bildirileri, 9. Kitap, İstanbul 2004, s.173-188.
- **DI MARZO, Salvatore:** Roma Hukuku, (çev. Kudret AYİTER) İstanbul 1954.
- **DIALINAS, Nikolas:** Das Mitverschulden des Minderjährigen, seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen im deutschen, französischen und griechischen Recht München-Florenz 1982.
- **DIRLMEYER, Franz:** Aristoteles – Nikomanische Ethik, übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeyer, 5. Aufl., Darmstadt 1969.
- **DOĞANAY, İsmail:** Hukuk Hâkimi Ceza Mahkemesinin Hangi Nevi Kararı ile Bağlıdır? Yargıtay Dergisi, Sayı: 2, Yıl: 1975, s.21-31.
- **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan:** Kişiler Hukuku, Cilt: I-II, İstanbul 2001.
- **EDİS, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Üçüncü Bası, Ankara 1987.
- **EGEN, Claudia:** Das Ende der Entmündigung und Vormundschaft- eine Wohltat für psychisch Kranke ?, Bonn 1994.
- **EGGER, August:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Zürich 1930.
- **EGGER, August:** Gayrimümeyyizlerin hukukî muameleleri, (çev. ÇAĞA, Tahir Adliye Ceridesi, 31. Yıl, Ankara, 1940, s.122-133.
- **ELTZBACHER, Paul:** Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht, Berlin - Vahlen, 1903.
- **EMMERICH, Volker:** BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 10.Aufl, Tübingen 2003.
- **ENDEMANN, Friedrich:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl, Band: I, Berlin 1903.*
- **ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans C.:** Allgemeiner Teil des BGB, erster Halbband, Tübingen 1959.
- **ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans C.:** Allgemeiner Teil des BGB, zweiter Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960.
- **ENGELMANN, Arthur:** “Verjährung der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen”, Sonderdruck aus der Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911.
- **ERDOĞAN, İhsan:** “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1990/1, s.109-134.
- **ERDOĞDU, Ahmet:** Farik ve Mümeyyiz Olmak ve Bunun Tâyini”, Adalet Dergisi, Yıl: 37, Sayı: 9, Eylül 1946, s.955-970.

- **EREN, Fikret:** “Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Teorisi”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s.461-491, (Kısaltma: Armağan).
- **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003 (Kısaltma: Borçlar).
- **EREN, Fikret:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.
- **Erman Bürgerliches Gesetzbuch/SCHIEMANN, Gottfried:** 11. neub. Aufl. Köln 2004.
- **ERTAŞ, Şeref:** Çevre Hukuku, İzmir 1997.
- **ERTAŞ, Şeref:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Bası, Ankara 2006.
- **FECHNER, Hermann, F.:** Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles, Ein Beitrag zur Geschichte der alten Philosophie, 2. Neudruck der Ausgabe 1855, Aalen 1987.
- **FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: I, 2. Bası, İstanbul 1976.
- **FLUME, Werner:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Bd, Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl., Berlin Heidelberg 1979.
- **FRAENKEL, Michael:** Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs.1 BGB, Bonn 1978.
- **FROSINI, Vittorio:** “Struktur und Bedeutung des Billigkeitsurteils”, (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Vol.1967, LIII/2, s.179-195.
- **FUCHS, Albrecht:** Studien zur elterlichen Aufsichtspflicht – Grundlagen und Dogmatik des § 832 BGB, Bielefeld 1995.
- **FUCHS, Maximilian:** Deliktsrecht, Berlin-Heidelberg, 2003.
- **GABRIEL, Bruno:** Die Widerrechtlichkeit in Art.41 Abs.1 OR, Entlebuch 1987.
- **GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R.:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Band:, 6. Aufl., Zürich 1995.
- **GAUCH, Peter:** “Die Vereinheitlichung der Delikts und Vertragshaftung”, Band: 116, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel 1997, s.329-340.
- **GEBAUER, Gerhard:** Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, Archiv für die civilistische Praxis, Band: 153 (1954), s.332-372.
- **GIERKE, Otto von:** Deutsches Privatrecht, Band: III, Schuldrecht, München und Leipzig 1917.
- **GIERKE, Otto von:** Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

- **GİRİTLİOĞLU, Neclâ:** Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1984.
- **GROßFELD, Bernhardt/MUND, Birgit:** "Die Haftung der Eltern nach § 832 I BGB", Zeitschrift für Familienrecht 1994, Heft 23, s.1504-1509.
- **GOECKE, Klaus:** Die unbegrenzte Haftung Minderjähriger im Deliktsrecht, Berlin 1997.
- **GONZENBACH, Rainer:** Culpa in contrahendo im Schweizerischen Recht, Bern 1987.
- **GÖKCAN, Hasan Tahsin:** Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- **GÖZÜBÜYÜK, Pulat:** Mücbir Sebepler – Beklenmeyen Haller, Üçüncü Bası, Ankara 1977.
- **GRAMSCH, Werner:** Die Billigkeit im Recht, Stuttgart – Berlin, 1938.
- **GROSSEN, Jaques-M.:** Schweizerisches Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, II. Band, Basel – Stuttgart 1967.
- **GROTIUS, Hugo:** "de aequitate, indulgentia, facilitate, libellus, singularis, Amstelodami", 1680, De Jure belli ac pacis libri tres, (almancaya çev. SCHÄTZEL, Walter, Tübingen 1950.
- **GUHL, Theo /MERZ, Hans/Koller, Alfred:** Das Schweizerische Obligationenrecht : mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Achte Aufl. aufgrund der Ausg. von Hans Merz und Max Kummer /bearb. von Alfred Koller und Jean Nicolas Druey, Nachdruck mit Neudarstellung des Aktienrechts, Zürich 1991.
- **GÜCÜN, C. Abdürrahim:** Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, II. Menkul Mallar ve Borçlar, İstanbul 1944.
- **GÜRİZ, Adnan:** "Adalet Kavramının Belirsizliği", Adalet Kavramı, Ankara 1994.
- **GÜRİZ, Adnan:** Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Ankara 2003 (Hukuk Felsefesi).
- **GÜRSEL, Nihat:** Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı, Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem (I); Yargıtay Dergisi Cilt: 5, Temmuz 1979, Sayı: 3, s.531-555; (II), Yargıtay Dergisi Cilt: 5, Ekim 1979, Sayı: 4, s.855-875.
- **GÜRSOY, Kemal T. / EREN, Fikret / CANSEL, Erol:** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- **GÜVEN, Osman Sabri:** Kusur Kavramı ve Çeşitleri (I); Yargıtay Dergisi Cilt: 7, Ekim 1981, Sayı: 4, s.570-588; (II), Yargıtay Dergisi Cilt: 8, Ocak-Nisan 1982, Sayı: 1-2, s.154-186.
- **HATEMİ, Hüseyin (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN/ ARPACI):** Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994.

- **HAVUTÇU, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- **HEDEMANN, Justus W.:** Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX, Jahrhundert, Teil I, Die Neuordnung des Verkehrslebens, Berlin 1910.
- **HEFERMEHL, Wolfgang:** Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, 12.Aufl., (§§ 104-240) Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1998.
- **HEGEL, Georg Wilhelm F.:** Rechtsphilosophie, Berlin 1821.
- **HEINRICHS, Helmut:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band: 7, 64.Aufl. München 2005.
- **HEINSHEIMER, Karl:** Die Haftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 Bürgerlichen Gesetzbuchs, Archiv für die civilistische Praxis, Band: 95 (1904), s.234-255.
- **HELVACI, İlhan:** “Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukuki Sorumluluğu Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı), Cilt: LV, Sayı: 4, İstanbul 1997, s.145-172.
- **HENF, Frieder:** Billigkeit und Zivilrichterliche Argumentation, Kiel 1978.
- **HENNINGS, Thomas:** Persönliche Haftung und Mitverschulden von Kindern im französischen Deliktrechts, Berlin 1992.
- **HERTEL, Fritz:** Die Billigkeitshaftung Unzurechnungsfähiger nach § 829 BGB, Leipzig 1912.
- **HEUKING, Hans-Günter:** Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit im Arbeitsvertragsrecht, Münster, Univ., Diss., 1968.
- **HOMBERGER, Arthur:** “Haftpflicht ohne Verschulden”, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd.49, Heft 3, Basel 1930, s.1a-64a.
- **HOMMERS, Wilfried:** Die Entwicklungspsychologie der Delikts- und Geschäftsfähigkeit : ein exemplarischer Beitrag zur Validität der zivilrechtlichen Altersgrenze des vollendeten siebenten Lebensjahres, u.a. Göttingen 1983.
- **HONSELL, Heinrich:** Römisches Recht, 5.Aufl., Berlin - Heidelberg - New York 2002. (Kısaltma: Römisches Recht).
- **HONSELL, Heinrich:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Auf., Zürich 1996.
- **HÖCHSTER, E.:** “Die Grenzen der Haftung Unzurechnungsfähiger”, Archiv für die civilistische Praxis Band: 104, Heft 3, 1909, s.427-437.
- **HUBER, Eugen:** Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und Rechtsphilosophie, 2. unveränderte Aufl.; Basel 1925.
- **IGNEY Axel:** Die Deliktsrechtliche Haftung Minderjähriger und der zu Ihrer Beaufsichtigung verpflichteten Personen nach deutschem und schwedischen Recht, Freiburg 1981.

- **ISAY, Hermann:** Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929 (neudr. Aalen 1970).
- **IŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukuk Felsefesi, İstanbul 2004.
- **İMRE, Zahit:** “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1982/1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), s.401-420.
- **İMRE, Zahit:** “Türk Medeni Hukukuna Göre Hâkimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medeni Kanununun değiştirilmesinde Zorunluluk var mıdır?)”, Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl’a Armağan Sayısı, Cilt: LV, Sayı: 4, İstanbul 1997, s.153-194 (Kısaltma: İktisadi Mesele).
- **İMRE, Zahit:** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XIV, Sayı: 1-2, İstanbul 1948, s.755-849 (Kısaltma: Kusursuz Mesuliyet).
- **İMRE, Zahit:** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (Kısaltma: Kusursuz Mesuliyet Halleri).
- **İMRE, Zahit:** “Gayrimüeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler”, Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Ankara 1974, s.335-374 (Kısaltma: Gayrimüeyyizler).
- **İNAN, A. Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.
- **JAEGER, Peter:** Der Vertrauensschutz im Verkehr mit Handlungsunfähigen Personen, Diss. Zürich 1946.
- **JANSEN, Nil:** Die Struktur des Haftungsrechts, Geschichte, Theorie und Dogmatik ausserverträglicher Ansprüche auf Schadenersatz, Tübingen 2003.
- **JUNG, Erich:** “Rechtsregel und Rechtsgewissen, Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung”, Archiv für die civilistische Praxis, Band: 118, 1920, s.1-141.
- **KANETİ, Selim:** Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II.Sempozyumu, İstanbul 1981, s.143-162.
- **KANETİ, Selim:** “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.147-150 (Kısaltma: Toplumsal Hasar).
- **KANETİ, Selim:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I, s.29-66 (Kısaltma: Kusur).
- **KANETİ, Selim:** Haksız Fiillerde Hukuka Aykırılık Unsuru, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1964 (Kısaltma: Hukuka Aykırılık).
- **KARACABEY, Faruk:** “Haksız Fiillerde Zamanaşımı (BK.md.60)”, Yargıtay Dergisi, 1978/4, s.477-502, 1979/1, s.81-100.

- **KARAHASAN, M. Reşit:** Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt: 1, İstanbul 1992.
- **KARAHASAN, M. Reşit:** Tazminat Davaları, İstanbul 1973.
- **KARAHASAN, Mustafa R.:** Tazminat Hukuku, Tazminat Davaları Ve Yargılama Usulü, İstanbul 1996 (Kısaltma: Yargılama Usulü).
- **KARAHASAN, Mustafa Reşit:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltma: Sorumluluk).
- **KARAMAN, Hayreddin:** Mukayeseli İslâm Hukuku, Cilt: I, İstanbul 1986.
- **KASER, Max:** Römisches Privatrecht, München 1989.
- **KELLER, Alfred:** Haftpflicht im Privatrecht, Band: I, Bern 2002.
- **KELLER, Max/GABI, Sonja:** Das schweizerische Schuldrecht Band: II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988.
- **KELSEN, Hans:** Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus, Charlottenburg 1928.
- **KIELRUFF, Johann:** Theorie des Allgemeinen Civilrechts, Band: I, Altona 1834.
- **KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXIX, Sayı: 3-4, Ankara 1972, s.185-225.
- **KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002 (Kısaltma: Borçlar).
- **KILIÇOĞLU, Mustafa:** “Borçlar Hukukunda Olağan Sebep Sorumluluğu”, Yargıtay Dergisi, 2004/3, s.179-222 (Kısaltma: Mustafa).
- **KLATT, Michael:** Auftraglose Fremdgeschäftsführung durch Minderjährige: zugleich ein Beitrag zum Minderjährigenschutz in gesetzlichen Schuldverhältnissen Berlin : Duncker & Humblot, 2001.
- **KNIEPER, Judith:** Geschäfte von Geschäftsunfähigen, Baden-Baden, Frankfurt am Main 1999.
- **KNOTHE, Hans-Georg:** Die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt am Main 1983.
- **KOÇ, Nevzat:** Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukukî Sorumluluğu (BK.md.58), Ankara 1990.
- **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** Haksız Eylem Kusuru, Yayınlanmamış doçentlik tezi, Cilt: I-II, Ankara 1990.
- **KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret:** Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, İzmir 1993.
- **KOZIOL, Helmut/WELSER, Rudolf:** Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil Schuldrecht, Band: I, Wien 1983.

- **KOZIOL, Helmut:** Österreichisches Haftpflichtrecht, Band: I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Wien 1980.
- **KÖPRÜLÜ, Bülent:** Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku (gerçek kişiler – Tüzel Kişiler), 1-2. Kitaplar, 2. Bası, İstanbul 1984.
- **KÖTZ, Hein/WAGNER, Gerhard:** Deliktsrecht, Luchterhand 2001.
- **KRÜGER, Frank:** Nicht lineares Information Retrieval in der juristischen Informationssuche, Saarbrücken 1995.
- **KURU, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: II, İstanbul 2001.
- **LARENZ, Wolf:** Allgemeiner Teil des BGB, 9.Aufl., 2004.
- **LEHMANN, Heinrich:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, (bearb. HÜBNER, Heinz), 15. Aufl., Berlin 1966.
- **LEHNERTZ, Friedericke:** Zur Problematik des § 829 BGB, Bonn.
- **LEHNERTZ, Friedericke:** Die Bedeutung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung für den Billigkeitsanspruch gemäß § 829 BGB, Heft 37(A), Versicherungsrecht 1974, s.940-942.
- **LEONHARD, Franz:** Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, Marburg 1913.
- **LIZST, Franz von:** Die Deliktobligationen im System des BGB, Berlin 1898.*
- **LORENZ, Egon:** Billigkeitshaftung und Haftpflichtversicherung –Ein Harmonisierungsvorschlag–, Versicherungsrecht 1980, Heft 29 (A), s.697-703.
- **MAURER, Thomas:** Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht, Diss. Bern 1974.
- **MEDICUS, Dieter:** Schuldrecht II, Besonderer Teil, München 2003.
- **MEISTER-OSWALD, Elisabeth:** Haftpflicht für außervertragliche Schädigungen durch Kinder, Zürich 1981.
- **MERKEL, Günter:** Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit, Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1962.
- **MERKEL, Rudolf:** Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895.
- **MUMCU, Ahmet:** “Günümüzde Türk Hukuku Uygulamasında Adalet Kavramının Yeri”, Adalet Kavramı, Ankara 1994.
- **MÜLLER, Florian:** Wahrheit und Wahrscheinlichkeit in der Rhetorik: Die rhetorische Bedeutung des Eikós in Platons Phaidros und Aristoteles Rhetorik im Spiegel der Moderne
http://de.wikipedia.org/wiki/Praktischer_Syllogismus
- **MÜLLER, Gabriele:** Betreuung und Geschäftsfähigkeit – Bielefeld - Giesecking 1998.

- **MÜLLER, Wilhelm:** Der Begriff der unerlaubten Handlungen für das Deutsche Reich, Halle 1900.
- **NÄGELI, Max:** Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich 1984.
- **NIBOYET, Frédérique:** Die Haftung Minderjähriger und ihrer Eltern nach deutschem und französischem Deliktsrecht zwischen Dogmatik und Rechtspolitik Berlin 2001.
- **OBERLOSKAMP, Helga / (bearb. Ingrid BAER):** Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 2., vollständig überarb. Aufl. München 1998.
- **OECHSLER, Jürgen:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 826-829; Berlin 2003.
- **OERTMANN, Paul:** "Privatrechtschutz gegenüber Unzurechnungsfähigen", in Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Rechtsanwendung, Band: 74, Nr.19, Nürnberg 1.11.1909, s.573-620.**
- **OFTINGER, Karl/STARK, Emil:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: I, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995.
- **OFTINGER, Karl:** Schweizerisches Haftpflichtrecht Band: I, Zürich 1975 (Kısaltma: I).
- **OFTINGER, Karl:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band: II/2, Zürich 1972 (Kısaltma: II/2).
- **OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- **OĞUZMAN, Kemal:** "İsviçre'de ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler", Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990. s.7-53.
- **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, ÖZER/OKTAY, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7. Bası, İstanbul 2002.
- **OĞUZOĞLU, Cahit H.:** Roma Hukuku, Ankara 1959.
- **OLGAÇ, Senaî:** İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, 4. Bası, Ankara 1975.
- **OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm:** Zürcher Kommentar, Band: V/1, Obligationenrecht, Komm. zu Art.1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929.
- **ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, A. Ulvi:** Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 3. Basım, İstanbul 2003.
- **ÖZSUNAY, Ergun:** Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.
- **ÖZTÜRK/ERULUÇ/AKÇOLLU/ŞENTÜRK:** 4.Hukuk Dairesi, Emsal Kararları, Ankara 1959.

- **PAWLOWSKI, Hans-Martin:** Allgemeiner Teil des BGB, 6.Aufl., Heidelberg 2000.
- **PEDRAZZINI, Mario M./OBERHOLZER Niklaus:** Grundriss des Personenrechts, dritte, überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern 1989.
- **PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001.
- **PERNICE, Alfred:** Marcus Antistius Labeo, Band: I, Halle 1873.
- **PETEK, Hasan:** Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (TMK.md.730/II), Ankara 2005.
- **PFIZER, Gustav:** “Verschulden eines Kindes unter sieben Jahren”, Deutsche Juristenzeitung, Band: IX, s.712-743.
- **QUAST, Andrea:** Die capacidad de obrar Minderjähriger im spanischen Código Civil im Vergleich zu der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Köln 2000.
- **RASCHEIN, Heinz:** Die Widerrechtlichkeit im System des schweizerischen Haftpflichtrecht, Bern 1986.
- **REGELSBERGER, Ferdinand:** Pandekten, Band: I, Leipzig 1893.*
- **REINECKE, Horst:** Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht, Köln 1960.
- **REİSOĞLU, Kemal:** İstihdam Edenlerin Mesuliyeti, Ankara 1958.
- **REİSOĞLU, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Bası, İstanbul 2004 (Kısaltma: Borçlar).
- **REİSOĞLU, Sefa:** “Temyiz Kudretinden Mahrumiyet Halinde Haksız Fiil Mesuliyeti ve Bir “cour de Justice” Kararı”, Adalet Dergisi, Yıl: 47, Sayı: 10, Ekim 1957, (Kısaltma: Temyiz Kudreti), s.1090-1101.
- **REY, Heinz:** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995.
- **ROBERTO, Vito:** Schadensrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1997.
- **RODOPOULOS, Georges:** Kritische Studie der Reflexwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, Frankfurt a.M. 1981.
- **ROSANES, Otto:** Die Voraussehbarkeit des Erfolges Unzurechnungsfähiger, Breslau 1901.
- **ROSS, David:** Aristoteles, İstanbul 2002.
- **ROTH, Herbert / LEMKE, Reiner / KROHN, Günter:** Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch als Problem der Systemgerechtigkeit im Schadensersatzrecht, Heidelberg 2001.
- **RÜDIGER, Matris:** Unerlaubte Handlungen, allgemeines Schadensrecht / München 1994.

- **RÜMELIN, Gustav:** "Culpahaftung und Kausalhaftung" Archiv für die civilistische Praxis, Band: 88, Heft 2/3, 1898, s.285-317.
- **RÜMELIN, Max:** Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1909.*
- **RÜMELIN, Max:** Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg, Leipzig 1896* (Kısaltma: Die Gründe).
- **RÜMELIN, Max:** Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921. (Kısaltma: Die Billigkeit im Recht).
- **RÜMELIN, Max:** Schadenersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.* (Kısaltma: Schadenersatz ohne Verschulden).
- **RÜMELIN, Max:** Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Heft 2, 90; 1900. s.171-340.
- **SAUER, Wilhelm:** Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940.
- **SAVIGNY, Friedrich Carl von:** System des Heutigen Römischen Rechts, Band: III, Berlin 1840.*
- **SAYMEN, Ferit H. / ELBİR, Halid K.:** Türk Borçlar Hukuku I, Umumî Hükümler, Birinci Cilt, İstanbul 1958 (Kısaltma: Borçlar).
- **SAYMEN, Ferit, H.:** Türk Medeni Hukuku, Cilt: I, Umumi Prensipler, İstanbul 1948.
- **SCHIRMER, Bernhard:** Der Anspruch aus § 829 BGB, Leipzig 1915.
- **SCHLECHTRIEM, Peter:** Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. Tübingen 2003.
- **SCHMÖLDER, Karl:** Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts, Hamm 1907.*
- **SCHOLZ, Karsten:** Der Begriff der Zumutbarkeit im Deliktrecht, Berlin 1996.
- **SCHULZE, Christian:** Die Haftung des Schädigers : die Haftung des Schädigers bei besonderen Eigenschaften (Abnormitäten) des Opfers im deutschen und englischen Deliktsrecht; eine rechtsvergleichende Untersuchung – Frankfurt a.M., Lang, 1984.
- **SCHWARTZ, Johann Chr.:** Das Billigkeitsurtheil des § 828 BGB, Halle 1904.
- **SCHWARZ, Andreas B./RADO, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri, I.cilt, 6. bası, İstanbul 1963.
- **SCHWARZ, Andreas:** Borçlar Hukuku Dersleri I. Cilt, İstanbul 1948 (çev. DAVRAN, Bülent).
- **SCHWENZER, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Bern 2003.

- **SCHWIMANN, Michael:** Die Institution der Geschäftsfähigkeit : ein Beitrag zu den Grundlagen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Wien Manz, 1965.
- **SELİÇİ, Özer:** “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.61-69.
- **SEROZAN, Rona:** “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.67-101.
- **SIEVEKE, Franz G.:** Aristoteles – Rhetorik, München 1980.
- **SJÖGREN, W.:** “Zur Lehre von den Formen des Unrechts und Tatbestände der Schadenstiftung”, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd 35, 1896, s.343 – 430. **
- **SOERGEL/WOLF, Manfred:** Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band: 2, Berlin-Köln-Mainz 1999.
- **SPICKHOFF, Andreas:** Gesetzesverstoß und Haftung, Köln [u.a.] : Heymann 1998.
- **STAMMLER, Rudolf:** Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.
- **STAMMLER, Rudolf:** Die Lehre von dem richtigen Rechte, Halle 1926.
- **STARK, Emil W.:** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, Zürich 1982.
- **STAUDINGER, Anwar/Hk-BGB:** Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar 3. Auflage, Baden-Baden 2003.
- **STROHAL, Emil:** Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstück im 2. Teil des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs zum österreichischen Advocatentag, Wien 1880, (u.a. Pfaff, Leopold / Randa, Anton).
- **SUNGUR, B. Halis:** Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, Cilt: I, İstanbul 1943.
- **TACKE, Monika:** Die Haftung für von Minderjährigen verursachte Schäden im französischen Zivilrecht - im Vergleich zum deutschen Recht, Bonn, Univ., Diss., 2000.
- **TAHIROĞLU, Bülent:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.
- **TANDOĞAN, Haluk:** “Hukuka Aykırılık Bağı”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul 1980, s.5-27.
- **TANDOĞAN, Haluk:** “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler II. Sempozyumu, İstanbul 1981, s.7-52 (Kısaltma: Tehlike Sorumluluğu).
- **TANDOĞAN, Haluk:** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (Kısaltma: Kusura Dayanmayan Sorumluluk).

- **TANDOĞAN, Haluk:** Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961 (Kısaltma: Mes'uliyet).
- **TEKİL, Fehiman:** Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.
- **TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- **TEKİNAY, Selahattin Sulhi:** Haksız fiillerde müteselsil sorumluluğun kapsamı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu I, s.205-221.
- **TİFTİK, Mustafa:** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- **TUĞSAVUL, Muhsin:** “Borçlar K.53 üncü maddesi üzerine bir inceleme”, Adalet Dergisi, Yıl: 37, Sayı: 9, Eylül 1946, s.946-955.
- **TUHR, Andreas von / PETER, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band: I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- **TUHR, Andreas von:** Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888.*
- **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.
- **TUOR, Peter / SCHNYDER, Bernhard:** Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Auflage (Nachdruck), Zürich 1979.
- **ULUSAN, İlhan:** “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 4, 1970, S.6, s.23-57.
- **ULUSAN, İlhan:** Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977 (Kısaltma: Fedakârlığın Denkleştirilmesi).
- **UMUR, Ziya:** Roma Hukuku (Umumi Mefhumlar - Hakların Himayesi), İstanbul 1967.
- **UNGER, Joseph:** Handeln auf eigene Gefahr, Ein Beitrag zur Lehre von Schadensersatz, 3. Aufl., Jena 1904.
- **UYAR, Talih:** Türk Medeni Kanunu, Kişiler Hukuku, Cilt: I, Ankara 2003.
- **UYGUR, Turgut:** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, İkinci Cilt (Madde 41-50), Ankara 2003 (Kısaltma: C.2); Üçüncü Cilt (Madde 51-108), Ankara 2003 (Kısaltma: C.3).
- **ÜNAL, Metin:** Türk Aile Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979.
- **VELİDEDEOĞLU, Hıfzı V.:** Medeni Hukuk, İstanbul 1969.
- **VIEHWEG, Theodor:** Topik und Jurisprudenz, 5. Auflage, München 1974.
- **von BÜREN, Bruno:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

- **von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band: II, Zürich 1974.
- **von TUHR, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2 (Çev. Cevat EDEGE), Ankara 1983.
- **WAGNER, Gerhard:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band: 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 4.Aufl., München 2004.
- **WAIBEL, Erich:** Die Verschuldensfähigkeit des Minderjährigen im Zivilrecht, Berlin 1970.
- **WAITZMANN, Steffen:** Das Eltern-Kind-Verhältnis im Schadensrecht - „Haften Kinder für ihre Eltern?“ – Zur Frage der Haftung von Kindern für ein Fehlverhalten ihrer Eltern im Zusammenhang mit dem Gedanken des Minderjährigenschutzes und der Tendenz zur Beschränkung der Minderjährigenhaftung – Tübingen 2002.
- **WEINRIEFER, Gertrud:** Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, Bestandsaufnahme und Versuch einer begrifflichen Klärung, Berlin 1987.
- **WESSNER, PIERRE. A.:** Le discernement: Contre la notion de capacité restreinte en droit de la responsabilité civile, Schweizerische Juristenzeitung, Heft 21, 1983, s.333-338.
- **WILLI, Joachim:** Anwendungsbereiche, Argumentationsstrukturen und Inhalte der Billigkeit im deutschen Privatrecht Bielefeld 1984.
- **WINDSCHEID, Bernhard:** Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Aufl., Frankfurt a.M. 1906 *.
- **WOLF, Martin:** Billigkeitshaftung statt überzogener elterlicher Aufsichtspflichten- ein neues Plädoyer für die Anwendung des § 829 BGB auf Grund einer Haftpflichtversicherung, Heft 19, Versicherungsrecht 1998, s. 812-819.
- **WOLLMANN, Herbert:** Die Anwendung des § 829 B.G.B. auf Kontraktliche Verletzungen, Breslau 1910.
- **WYLER, Marcus:** Für ein eidgenössisches Irrengesetz, Tatsachen, Gedanken und Wünsche; Schweizerischen Ärzten, Juristen und Politikern aller Parteien gewidmet, Basel 1905.*
- **YILMAZ, Hamdi:** “Tehlike Sorumluluğu ve Sorumlulukların Çatışması”, Yargıtay Dergisi, 1995/3, s.294-308.
- **YUNG, Walter:** “Temyiz Kudretinden Mahrum Olan Bir Kimse Tarafından Yapılan Hukuki Muameleler ve Üçüncü Şahısların Korunması”, Ankara Hukuk Fakültesi 40.Yıl Armağanı, Ankara 1966 (çev. Haluk Tandoğan), s.485-495.

- **ZEUNER, Albrecht:** Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Band: 5/2, Schuldrecht IV/2, 12.Aufl., (§§ 823-853) Stuttgart – Berlin – Köln - Mainz 1998.
- **ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir M./GÖKYAYLA, Emre K.:** Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2002.
- **ZEYDAN, Abdülkerim:** İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. Ali Şafak), İstanbul 1976.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://dlib-pr.mpier.mpg.de> : (*) işaretli kitaplara bu internet sayfasından ulaşılabilir.
- <http://dlib-zs.mpier.mpg.de> : (***) işaretli makalelere bu internet sayfasından ulaşılabilir.
- www.kazanci.com.tr