BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

ZARAR GÖRENİN KUSURU

HAZIRLAYAN

BENGİSU ÖNDER SÜYEN

DOKTORA TEZİ

TEZ DANIŞMANI

PROF. DR. MEHMET ÜNAL

ANKARA-2024

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORİJİNALLİK RAPORU

25/06/2024

Öğrencinin Adı, Soyadı: Bengisu ÖNDER SÜYEN

Öğrencinin Numarası: 21910260

Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı: Özel Hukuk Doktora Programı

Danışman Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Tez Başlığı: Zarar Görenin Kusuru

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 220 sayfalık kısmına ilişkin, 05/06/2024 tarihinde şahsım/tez danışmanın tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtremeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %12'dir. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası: ……

ONAY

Tarih: 25/06/2024

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

ÖZET

Bengisu ÖNDER SÜYEN, Zarar Görenin Kusuru, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı, 2024.

Makul, dürüst, orta zekalı bir kimsenin kendi menfaati gereği zarar görmemek için kaçınması gereken davranışlar bütünü, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilmektedir. Zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak Türk Borçlar Kanunu m. 52'de düzenlenmiştir. Bu kusur, kaynağını Türk Medeni Kanunu m. 2'de yer alan dürüstlük kuralından almaktadır. Zarar görene kusur olarak yüklenen hâller, zarar görenin zararın meydana gelmesine etki etmesi ve zararın artmasına neden olmasıdır. Zarar görenin kusurunun bulunduğu böyle bir durumda hâkim, tazminattan indirim yapma ya da tazminatı tamamen kaldırma konusunda takdir hakkına sahiptir. Hâkim, bu yetkisi çerçevesinde somut olayın koşullarını değerlendirerek, sorumluluğu, kusurları oranında taraflar arasında paylaştırır. Zarar görenin kusuru, zararın belirlenmesinde değil tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır. Bu indirim sebebi, kanunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülmüş olmakla birlikte, sözleşmeye aykırılık ve kusursuz sorumluluk hallerine de uygulanmakta; ayrıca hem maddi hem de manevi zararın tazmininde göz önünde bulundurulmaktadır. Bu çalışmada, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından önemli olan zarar görenin kusuru, yargı kararları ışığında etraflıca incelenmiş olup bu indirim sebebine ilişkin özel düzenlemeler ve uygulamalar ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zarar Gören, Zarar Görenin Kusuru, Zararı Azaltma Külfeti, Tazminatta İndirim, Sorumluluğun Paylaştırılması.

ABSTRACT

Bengisu ÖNDER SÜYEN, Contributory Negligence, Başkent University, Institute of Social Sciences, Ph. D. On Civil Law, 2024.

The set of behaviors that a reasonable, faithful and prudent person should avoid in order not to suffer damage is defined as the contributory negligence. It is regulated under the Turkish Code of Obligations Art. 52/I as a ground for reduction from compensation and it derives its source from the good faith under the Turkish Civil Code Art. 2. The circumstances that are attributed to the injured party as fault are that the injured party influenced the occurrence of the damage and caused the damage to increase. In a case where the injured party is fault, the judge has the discretion to reduce or eliminate the compensation. The judge shall apportion the liability between the parties in proportion to their faults by evaluating the circumstances of the concrete case. The faulty behavior of the injured person is taken into account in calculating the compensation, not in determining the damage. Although this is regulated as a reason for reduction in tort liability, it is also applied to contractual liability and causal liability; it is also taken into consideration in the compensation for both material and moral damages. In this study, contributory negligence, which is important in terms of preserving the balance of interests between the parties and ensuring legal certainty, has been examined in detail in the light of judicial decisions and special regulations and practices regarding this reason for reduction have been tried to be revealed.

Keywords: Injured, Contributory Negligence, Duty to Mitigate the Loss, Reduction in Compensation, Apportionment of Responsibility.

İÇİNDEKİLER

ÖZET i
ABSTRACT ii
İÇİNDEKİLER iii
KISALTMALAR ix

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, TERMİNOLOJİ, TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI 1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ 1
A. KONUNUN TAKDİMİ 1
B. KONUNUN ÖNEMİ 3
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI 4
§ 2. TERMİNOLOJİ 6
§ 3. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 8
I. COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 8
A. TARİHİ GELİŞİMİ 8
B. DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 11
II. KITA AVRUPASINDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 14
A. TARİHİ GELİŞİMİ 14
B. DÜZENLENİŞ BİÇİMİ 16
1. Alman Hukuku 16
2. Türk-İsviçre Hukuku 17
§ 4. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI 18
I. ZARAR GÖRENİN RIZASI 18
II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU 20
III. HAKSIZ TAHRİK 23
A. HAKSIZ TAHRİK VE ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI 23

B. CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ 25

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR VE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR

§ 5. ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI 28

I. GENEL OLARAK 28

II. ZARAR GÖREN VE DİĞER İLGİLİLER 32

A. ZARAR GÖREN 32

B. DİĞER İLGİLİLER 33

1. Temsilciler 33

2. Yardımcı Kişiler 36

3. Yansıma Zarar Kapsamında Zarar Görenler 40

§ 6. HUKUKÎ NİTELİĞİ 42

I. BORÇ- KÜLFET AYRIMI 42

II. ZARAR GÖRENİN, KENDİSİNE ZARAR VERİCİ DAVRANIŞININ HUKUKA AYKIRI OLARAK NİTELENDİRİLİP NİTELENDİRİLEMEYECEĞİ HUSUSU 44

III. ZARAR GÖRENİN, KENDİSİNE ZARAR VERİCİ DAVRANIŞININ KUSURLU OLARAK NİTELENDİRİLİP NİTELENDİRİLEMEYECEĞİ HUSUSU 47

§ 7. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR VE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR 48

I. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR 48

A. ZARAR GÖRENİN ZARARIN DOĞMASINA ETKİ EDEN DAVRANIŞI 48

B. ZARAR GÖRENİN ZARARIN ARTMASINA ETKİ EDEN DAVRANIŞI (ZARARI AZALTMA KÜLFETİ) VE ZARAR GÖREN TARAFINDAN ALINMASI GEREKEN MAKUL ÖNLEMLER 53

1. Zarar Görenin Zararın Artmasına Etki Eden Davranışı (Zararı Azaltma Külfeti) 53

2. Zarar Gören Tarafından Alınması Gereken Makul Önlemler 56

a. Makul Önlem Kavramı 56

b. Makul Önlemlere İlişkin Masraflar 59

II. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR 64

A. KUSUR 64

1. Genel Olarak 64
2. Kusur Teorileri 66
3. Kusurun Unsurları 69
a. Kusurun Objektif Unsuru 69
b. Kusurun Sübjektif Unsuru 69
4. Zarar Görenin Kusur Ehliyeti 72
5. Zarar Görenin Kusurunun Dereceleri 73
6. Zarar Görenin Kusuru Olmaksızın Zararın Ağırlaşması: Zarar Görenin Yapısal Yatkınlığı 75
B. ZARAR 79
C. NEDENSELLİK BAĞI 81
1. Genel Olarak Nedensellik Bağı 81
2. Zarar Görenin Davranışı ile Zarar Arasındaki Nedensellik Bağı 85

İKİNCİ BÖLÜM

FARKLI HUKUKİ SEBEPLERE DAYALI SORUMLULUK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

§ 8. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 89
I. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA OYNADIĞI ROL 89
II. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ 93
III. MADDİ TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ VE MADDİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU 94
A. MADDİ TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ 94
B. MADDİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU 95
1. Bedensel Zararın Tazmininde 95
a. Genel Olarak 95
b. Zarar Görenin Tedavi Olması 97
c. Zarar Görenin Meslek Değiştirmesi 104
2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatında 108
3. Eşyaya Verilen Hasar Sonucunda Oluşan Maddi Zararın Tazmininde 111
IV. MANEVİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU 113
§ 9. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLLERİNDE, SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN VE VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUKLARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 116
I. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU 116

A. KUSURUN OYNADIĞI ROL BAKIMINDAN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN KARŞILAŞTIRILMASI 116
B. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK NEDENİYLE DOĞAN ZARAR BAKIMINDAN ZARAR GÖRENİN KUSURU 118
1. Zarar Gören Alacaklının Zararın Doğmasına Etki Etmesi 118
2. Zarar Gören Alacaklının Zararın Artmasına Neden Olması (Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti) 121
a. Genel Olarak 121
b. Zararı Azaltma Külfetinin Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklara Etkisi 122
C. SÖZLEŞMENİN İHLÂLİNDE ZARARI AZALTMA KÜLFETİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ 129
1. Genel Olarak 129
2. İfa İmkânsızlığı Hâlinde Bildirme ve Önlem Alma Yükümlülüğü ... 129
3. Satış Sözleşmesinde Alıcının Zararı Azaltma Külfeti 130
4. Kira Sözleşmesinde Kiracının Bildirme Yükümlülüğü ve Kiraya Verenin Zararı Azaltma Külfeti 132
5. Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Zararı Azaltma Külfeti 134
6. Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Zararı Azaltma Külfeti 137
II. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUKTA ZARAR GÖRENİN KUSURU 138
III. VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 141
A. GENEL OLARAK VEKALETSİZ İŞGÖRME 141
B. VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT BORCUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER, KUSURSUZ SORUMLULUK HÂLLERİNDE VE HUKUK UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

§ 10. ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER 147
I. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER 147
A. EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE GÖNDERENİN KUSURU 147
B. DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU 148
C. SİGORTA HUKUKU KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 150
1. Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü 150
a. Sözleşmenin Yapılmasında Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü 150

b. Riziko Gerçekleştiğinde Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü 151
2. Sigorta Ettirenin Bilgi Verme ve Araştırma Yapılmasına İzin Verme Yükümlülüğü 152
3. Sigorta Ettirenin Zararı Önleme, Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğü 153
4. Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zarar Gören Malda ve Zararın Gerçekleştiği Yerde Değişiklik Yapmama Yükümlülüğü..... 154
5. Sorumluluk Sigortalarında Riziko Sonrası Sigortalının Bildirim Yükümlülüğü 154
II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER..... 155
A. KAYNAĞIN KESİLMESİ YA DA KİRLETİLMESİ SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİ..... 155
B. BOŞANMA DAVASI KAPSAMINDA TAZMİNAT TALEBİ..... 159
III. SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEME 160
IV. KARAYOLU TAŞIMA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEME..... 162
§ 11. KUSURSUZ SORUMLULUK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU..... 162
I. GENEL OLARAK..... 162
II. ÖZEN SORUMLULUĞU HALLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU ……168
A. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA 168
B. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞUNDA 173
C. EV BAŞKANININ SORUMLULUĞUNDA 176
D. YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA..... 180
E. TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA 184
III. TEHLİKE SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 187
A. GENEL OLARAK..... 187
B. TÜRK SİVİL HAVACILIK KANUNU KAPSAMINDA 189
C. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA 190
1. Genel Olarak 190
2. Sorumluluktan Kurtulma Hali Olarak Zarar Görenin Kusuru (KTK m. 86/I)..... 192
3. Tazminattan İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Kusuru (KTK m. 86/II)……..194
4. Hatır Taşıması (KTK m. 87/I) 197
D. ÜRÜN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA 200
§ 12. HUKUK UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU..... 204
I. GENEL OLARAK..... 204

II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 205

A. SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER 205

B. CISG KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN ZARARI AZALTMA KÜLFETİ (M. 77) 206

C. CISG KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN BİRLİKTE KUSURU (M. 80) 209

III. UNIDROIT İLKELERİ (PICC) VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ (PECL) KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU 211

A. ZARAR GÖRENİN ZARARI AZALTMA KÜLFETİ 211

B. ZARAR GÖRENİN BİRLİKTE KUSURU 212

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME 214

KAYNAKLAR 219

KISALTMALAR

A. : Auflage
ABD : Ankara Barosu Dergisi
Art. : Artikel
AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY : Anayasa
B. : Baskı
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAUHFD : Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
BGE : Bundesgerichtsentscheid
BGH : Bundesgerichsthof
BK : Berner Kommentar
Bkz. : Bakınız
BSK : Basler Kommentar
BÜHFD : Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C. : Cilt
CHK : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG : United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
çev. : Çeviren
ÇÜHFD : Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn. : Dipnot
DÜHFD : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
edt. : editör
E. : Esas Sayısı
E.T. : Erişim Tarihi
EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GSÜHFD : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD. : Hukuk Dairesi
HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği
HKÜHFD : Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg. : Herausgeber
İnÜHFD : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT. : Le Journal des Tribunaux
K. : Karar Sayısı
KBİBB : Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
KHASHFD : Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KTK : 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m. : madde
MÜHF-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N. : Kenar Numarası
Nr. : Nummer
OFK : Orell Füssli Kommentar
OR : Obligationenrecht
PECL : Principles of European Contract Law
PICC : Unidroit Principles of International Commercial Contracts
S. : Sayı/Sayılı
SHD : Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SSGSSK : 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T. : Tarih
TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBAD : Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi
TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBKT : Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
TCK : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TFM : Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
THD : Terazi Hukuk Dergisi
TKHK : 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSHK : 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu

TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
ÜGTDK	: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBBGK	: Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YÜED	: Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, TERMİNOLOJİ, TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ, BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

§ 1. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖNEMİ

A. KONUNUN TAKDİMİ

Türk Borçlar Kanunu'na göre borç ilişkisinin kaynakları, sözleşme[1], haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Ancak kanunda öngörülen bu üç kaynağın dışında borç doğuran diğer pek çok sebep bulunmaktadır. Örneğin, vekaletsiz iş görmeden, koruma yükümlülüklerinin ihlâlinden, nafaka ilişkisinden doğan borçlar bakımından durum böyledir. Bu nedenle doktrinde, yapılan bu üçlü ayrımın doğru olmadığı savunulmaktadır[2]. Buna göre, borç ilişkisini doğuran sebepler bakımından *"hukukî işlemden doğan borçlar*" ve "*doğrudan doğruya kanundan doğan borçlar*" olarak ikili bir ayrım yapmak daha doğrudur[3].

Hukukî anlamda sorumluluk, zarardan doğan tazminat yükümlülüğünü ifade etmektedir[4]. Zarar görenin, zararının giderilmesi amacıyla karşı taraftan talep etme hakkına sahip olduğu değer, tazminat olarak adlandırılmaktadır. Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğramış olduğu zararın giderilmesidir[5]. Bu esastan olmak üzere zarar veren

---

[1] Kanun koyucu her ne kadar "*sözleşme*" ifadesini kullanmış ise de, burada anlaşılması gereken *"hukukî işlemler"*dir. Hukukî işlem kavramı, sözleşmeyi de içine alan daha geniş ve üst bir kavramdır. Hukukî işlemin karşılıklı iki tarafı bulunması durumunda bu yapılan işleme sözleşme denilmektedir. Oysa borç ilişkisi, tek taraflı hukukî işlemlerden de doğabilir. Örneğin vasiyetname, ilan yoluyla ödül sözü verme gibi hâllerde durum böyledir (**Eren,** Borçlar Genel, N. 321; **Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/Altop,** 33-34).

[2] **Eren,** Borçlar Genel, N. 322.

[3] **Eren**, Borçlar Genel, N. 323; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 30.

[4] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 18; **Tandoğan,** Mes'uliyet, 3.

[5] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 311; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 581; **Eren**, Borçlar Genel, N.1604; **Nomer**, Maddi Tazminat, 33; **Gümüş**, Borçlar Genel, 564.

konumundaki borçlu, zarar gören alacaklının uğradığı zararı tümüyle tazmin etmekle yükümlüdür.

Şüphesiz ki, doğrudan doğruya kanundan doğan borç ilişkilerinin en önemlilerinden biri, haksız fiillerdir. Hukukî işlemden doğan borçlarda kural olarak, önceden kurulmuş olan borç ilişkisindeki bir borca aykırılık söz konusudur. Buna karşılık haksız fiil sorumluluğunun doğması için, önceden kurulmuş bir borç ilişkisinin varlığı aranmaz; hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir.

Haksız fiilden doğan borçlar, TBK m. 49 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 49/I uyarınca, *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür."* Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere, haksız fiil sorumluluğunun yaptırımı, bu nedenle meydana gelen zararın tazminidir. Kural, zararın tamamının tazminidir. Durum böyle olmakla birlikte, zarardan sorumlu olan kişinin her zaman için zararın tamamını karşılaması her zaman hakkaniyete uygun olmaz. Bazı hâllerde, zararın meydana gelmesinde ya da artmasında zarar gören kişinin davranışının da payı olabilir. Bu payı dikkate almaksızın haksız fiil sorumlusunun zararın tamamını karşılamasını beklemek, adil bir çözüm yolu olmaz.

Tazminat hukukunda, tazminatın hesaplanmasından önce zararın tespiti gerekmektedir. Zararın tespitiyle, sorumlu olan kişinin tazminat borcunun üst sınırı belirlenmiş olur[6]. Diğer bir deyişle, tazminatın miktarı, hesaplanan zararın miktarını aşamaz[7]. Nitekim tazminatın amacı, zarar göreni zenginleştirmek değil, zararın giderilmesidir. Bu doğrultuda, bazı hâllerde tazminatın miktarı, zararın miktarından az olabilir. Zararın, zarar gören, zarar veren ve varsa zararın meydana gelmesinde sorumlu olan üçüncü kişi arasında paylaştırılması gerekebilir. O takdirde bu durum, tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir unsur olarak ele alınır.

[6] **Huguenin**, N. 1886; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 583.

[7] Yarg. 4. HD. T. 11.03.1982 E. 1982/1406 K. 1982/ 2552: *"...önce zararın hesaplanması ve sonra tazminatın belirlenmesi gerekir. Zira Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda tüm zararın mutlak olarak tazminini gerektiren bir hüküm mevcut değildir. İsviçre'de olduğu gibi Türk Hukukunda da tazminatın tutarı hiçbir zaman gerçek zararı aşamaz. Diğer bir ifade ile uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını teşkil eder. BK.'nun 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tazminatın azami miktarı zararı aşmaz; ona eşit ve hatta bazanda ondan aşağı olabilir. Bu itibarla hâkim zararın gerçek miktarını göz önünde bulundurmak suretiyle tazminatı belirlemekle yükümlüdür"* (KBİBB. E.T. 02.10.2022).

Hesaplanan tazminatın, uğranılan zarar miktarından az olmasına yol açan hâllerden biri de tazminatta indirime gidilmesidir. Bu durumun hükme bağlandığı TBK m. 52 uyarınca, *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."* Tazminatta indirim nedenleri, esas itibariyle üç grupta değerlendirilmektedir. Bunlar; zarar verene ilişkin nedenler (kusurun derecesi), zarar görene ilişkin nedenler ve her iki tarafın dışında kalanlara ilişkin nedenlerdir[8]. Zarar görene ilişkin indirim sebepleri, zarar görenin rızası ve zarar görenin kusurudur. İşte bu çalışmanın konusunu, tazminattan bir indirim sebebi olarak zarar görenin kusuru oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* Hangi kaynaktan doğmuş olursa olsun, bir borç ilişkisinde taraflardan beklenen, yalnızca kendi menfaatlerini değil, karşı tarafın da menfaatlerini gözetmeleri ve dürüstlük ilkesine uygun davranmalarıdır. Bu kapsamda, zarara uğrayan tarafın zararın doğumuna katkıda bulunması ya da zarar doğduktan sonra kendisinden beklenen makul özeni göstermeyerek kendi zararını arttırması, şüphesiz ki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu hâlde zarar görenin zararının tam tazmini, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozarak zarar veren bakımından açık bir adaletsizlik yaratır[9]. Bu adaletsizliği engellemek isteyen kanun koyucu, TMK m. 2'deki genel düzenleme ile yetinmeyerek TBK m. 52/I hükmünü getirmiş, zarar görenin kusurunu bir indirim sebebi olarak öngörmüştür.

B. KONUNUN ÖNEMİ

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I'de hükme bağlanan zarar görenin kusuru, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak öngörülmüş olmakla birlikte, sözleşmeden doğan sorumluluk ve hatta kusursuz sorumluluk bakımından dahi uygulama alanı bulmaktadır (TBK m. 114/II).

---

[8] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 590.

[9] Yarg. 10. HD. T. 12.11 2012 E. 2012/21455 K. 2012/21185: "*Zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulanması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hâllerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir. Bu düşünceden hareketle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda zararın kapsamının belirlenmesinde etkili iki hüküm mevcuttur. Bunlar 43 ve 44. maddelerde yer alan hükümlerdir."* (KBİBB. E. T. 02.10.2022).

Bunun dışında, zarar görenin kusuru, aksine bir hüküm bulunmadıkça, Türk Borçlar Kanunu dışında özel kanunlarla düzenlenen sorumluluk hâllerine de uygulanabilen bir indirim sebebidir. Ayrıca hem maddi tazminat hem de manevi tazminat bakımından hâkim tarafından tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulduğu için geniş bir uygulama alanına sahip olduğu görülmektedir.

Tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m. 52/I hâkime, tazminatı indirme ya da tamamen kaldırma konusunda bir takdir hakkı vermektedir. Tazminatın hesaplanmasında hâkim, TMK m. 4 uyarınca kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak TBK m. 52'yi uygular. Bu kapsamda hâkim, takdir yetkisini kullanırken hakkaniyete ve hukuka uygun bir değerlendirme yaparak tazminattan indirim yapılıp yapılmayacağına, yapılacaksa bunun hangi oranda olması gerektiğine karar verir. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması ve adaletin sağlanması anlamında sorumluluğun taraflar arasında paylaştırılması bakımından TBK m. 52 hükmünün doğru uygulanması, önem arz etmektedir.

Zarar görenin kusurunun, zararın belirlenmesinde mi yoksa tazminata hükmedilmesinde mi göz önünde bulundurulacağı, teknik anlamda kusur olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, zarar görenin göstermesi gereken özen derecesinin tespiti ve zarar görenden alması beklenen önlemlerin makullüğü gibi hususlarda doktrinde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Birçok hususta görüş birliği sağlanmış olmakla birlikte, özellikle Yargıtay uygulamasına bakıldığında, zarar görenin kim olduğu tam olarak tespit edilmeden zarar gören dışındaki kişilerin kusurlu davranışlarının da zarar görene yüklendiği, zarar görenin kusurunun kimi zaman zararın belirlenmesi aşamasında kimi zaman ise tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulduğu, önlemlerin makullüğüne ilişkin birbiriyle tutarlı kararlar verilmediği ve sonuç olarak zarar görenin kusurunun uygulamada hak ettiği kadar bir indirim sebebi olarak değerlendirilmediği görülmektedir. Tüm bu sebeplerle, tazminatta önemli bir indirim sebebi olan ve geniş bir uygulama alanı bulunan zarar görenin kusuru kavramının tüm unsurlarıyla incelenmesinin, zarar görenin kusuruna ilişkin özel nitelikteki düzenlemelerin ortaya konmasının uygulamaya katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Türk Borçlar Kanunu'nda zarar görenin kusuru, bir yandan indirim sebebi olarak sayılırken, diğer yandan nedensellik bağını keserek zarar vereni sorumluluktan tamamen

kurtaran bir hâl olarak görülmektedir. Zarar görenin kusuru, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşması hâlinde, meydana gelen zarar ile zarar verenin davranışı arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldırır; bundan dolayı, fail için herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmaz. Buna karşılık, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmaması, TBK m. 52 kapsamında tazminatta bir indirim sebebi oluşturur. Bu çalışmada zarar görenin kusuru, tazminatın belirlenmesindeki rolü ile sınırlı tutularak bir indirim sebebi olarak ele alınmıştır.

Zarar görenin kusuru, tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir mesele olmakla birlikte, tazminatın temelini oluşturan sorumluluğun haksız fiilden ya da sözleşmeden doğmuş olmasının, kusur ya da sebep sorumluluğuna dayanmasının bir önemi bulunmamaktadır. TBK m. 114/II uyarınca "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır*". Dolayısıyla, haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi, tazminatın hesaplanması ve tazminatın indirilmesine ilişkin hususlar sözleşme sorumluluğu açısından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu çalışmada zarar görenin kusuru, öncelikle haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminat yükümlülüğü kapsamında incelenmiştir. TBK m. 114/II hükmünün göndermesiyle, belirtilen esasların büyük bir kısmı sözleşme sorumluluğu bakımından da geçerli olduğu için, sözleşmenin ihlâli durumunda, sözleşme görüşmelerinden ve vekaletsiz işgörmeden doğan tazminat borçlarında zarar görenin kusuru ana hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, tazminatta bir indirim nedeni olarak zarar görenin kusuru kavramı ve bu kavramın hukukî niteliği üzerinde durulmuş, zarar görenin kusurunun türleri ve unsurlarının neler olduğu incelenmiştir. İkinci bölümde, haksız fiil sorumluluğunda zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması konularına değinilerek zarar görenin kusurunun haksız fiil sorumluluğunda tazminatın hesaplanmasına olan etkisi incelenmiş, ayrıca TBK m. 52/I'in sözleşmeye görüşmeleri, sözleşmeye aykırılık ve vekaletsiz işgörme hâllerindeki etkisi genel olarak ele alınmıştır. Son olarak üçüncü bölümde, zarar görenin kusuruna ilişkin diğer özel düzenlemelerin yanı sıra, bu kurumun kusursuz sorumluluk hâllerindeki uygulaması ve hukuk uyumlaştırma çalışmalarındaki görünüm biçimleri incelenmiştir.

§ 2. TERMİNOLOJİ

Gerek doktrinde gerek yargı kararlarında, TBK m. 52/I'de düzenlenen duruma ilişkin, "*zarar görenin kusuru*", "*birlikte kusur*", "*ortak kusur*", "*müterafik kusur*", "*bölüşük kusur*"[10] gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır. Bütün bu ifadelerin ortak noktasını "*kusur*" oluşturmaktadır. Durum böyle olmakla birlikte, TBK m. 52/I'de kanun koyucu, kusur ifadesine yer vermemiştir. Buna rağmen ilgili durumu teknik anlamda kusur olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre[11], kusur kavramı haksız fiilin sübjektif unsurudur; bir kimsenin kendisini koruma yükümlülüğü bulunmadığı için, zarar gören açısından teknik anlamda bir kusurdan söz edilmesi, kendi uğradığı zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir. Teknik anlamda kusur, bir kimsenin başka bir kimseyi zarara uğratıcı davranışıdır[12]. Bu görüşün savunucuları, hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsurunu bir arada değerlendirmektedirler. Buna göre, bir davranışın kusurlu sayılabilmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekmektedir; kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması ihtimal dahilinde değildir[13]. Bir kimsenin kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için, bu kimsenin hukuka aykırı davranma yönünde bir iradeye sahip olması gerekmektedir[14]. Buna göre, zarar görenin kendisine zarar vermesi hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyeceği için kusurdan söz edilmesi de mümkün olmamalıdır. Bu davranış biçimi, zarar gören bakımından kusur değil, bir külfettir[15]. Hukuka aykırı davranış ile kusur kavramlarını bir arada değerlendiren bu yazarlar, sadece terimsel açıdan "kusur" kavramını eleştirmekte, buna karşılık kusura ilişkin esasların kıyas yoluyla zarar görenin kusuruna da uygulanabileceğini savunmaktadırlar[16].

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, zarar görenin kusuru teknik anlamda kusur olarak kabul edilmelidir[17]. Buna göre, kusur ile hukuka aykırılık kavramlarının her

---

[10] "*Bölüşük kusur*" ifadesinin yer aldığı yargı kararları için bkz. Yarg. 3. HD. T. 21.6.2022 E. 2021/8877 K. 2022/6026; Yarg. 4. HD. T. 28.6.2021 E. 2021/685 K. 2021/37; Yarg. 14. HD. T. 9.12.2020 E. 2017/1968 K. 2020/8235 (KBİBB E. T. 02.10.2022).
[11] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 18; **Tandoğan,** Mes'uliyet, 318-319; **Eren,** Uygun İlliyet, 189; **Gökyayla**, 253; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 107; **Oğuz**, 282-283; **Erdoğan,** Kusur, 132; **Günal**, 208; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2399; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 340; **Karahasan**, 169; **Erdoğan**, Borçlar Genel, 128.
[12] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Eren**, Uygun İlliyet, 189; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 107.
[13] **Eren,** Borçlar Genel, N. 1759; **Erdoğan,** Kusur, 123; **Kaneti**, 24; **Erdoğan**, Borçlar Genel, 124.
[14] **Kaneti**, 24; **Nomer**, 86; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1759; **Erdoğan**, Kusur, 123.
[15] **Nomer**, 85 vd.
[16] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 319 vd.; **Nomer**, 86; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 340.
[17] **Baysal**, 34; **Kurt**, 797-798; **Altınok Ormancı**, 91.

durumda birlikte ve bağlantılı olarak değerlendirilmesi yerinde değildir. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin kişilerin mal ve şahıs varlıklarını korumaya yönelik emredici nitelikteki kurallara uyulmaması sonucu ortaya çıkmaktadır; yani doğrudan hukuk düzeni ile alakalı ve objektif niteliktedir[18]. Buna karşılık sorumluluğun sübjektif şartı olan kusur, bir kimsenin hukuk düzeninin ondan beklediği şekilde davranmayarak makul özeni göstermemiş olmasıdır[19]. Ancak bu özensiz davranış, bir hukuk kuralını ihlâl etmiyorsa, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin davranışının kusurlu sayılabilmesi için söz konusu davranışın hukuka aykırı olması gerekmemektedir[20]. Zarar görenin kusurunda durum tam da böyledir. Nitekim zarar görenin, özensiz bir davranışıyla zararın doğmasına ya da zararın artmasına neden olması, bu davranışın hukuka aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, TBK m. 52/I hükmü ile, zarar görenin, kendisinden beklenen özeni göstermeyerek zararın doğmasına ya da artmasına neden olan davranışının, sorumluluğun paylaştırılması sonucunu doğuracağını öngörmüştür. Her ne kadar bu durumda hukuka aykırı bir davranış bulunmamakta ise de, zarar görenin, özensiz bir davranışı bulunduğu için kusurlu olarak nitelendirilmesinde bir engel yoktur.

Aynı doğrultuda, bir davranışın hukuka aykırı sayılabilmesi için kusurlu olması şart değildir[21]. Zira, örneğin ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin hukuka aykırı olan davranışı kusurlu olarak nitelendirilemez. Sonuç olarak denilebilir ki, hukuk düzeninin işlenen fiilin bizzat kendi dış dünyadaki görünüşünü uygun bulmamasına hukuka aykırılık, fiilin psikolojik etkenlerin onaylamaması hâline ise kusur denilmektedir[22].

Zarar verenin sorumluluğunun, kusur sorumluluğuna dayanması mümkün olduğu gibi kusursuz sorumluluk hâllerinden birine dayanması da mümkündür. Oysa "*ortak kusur*" ya da "*birlikte* (*müterafik) kusur*" terimleri, sadece kusur sorumluluğunda söz konusu olabilir[23]. Nitekim kusursuz sorumlulukta sorumluluğun doğması için sorumlu olan kişinin

---

[18] **Deschenaux//Tercier**, 40; **İnan/Yücel**, 393; **Eren,** Borçlar Genel, N. 1814; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 476; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 45; **Erdoğan**, Kusur, 123; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 477.

[19] **Deschenaux//Tercier**, 40; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 492; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1759; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 45; **Erdoğan**, Kusur, 123; **İnan/Yücel**, 393.

[20] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 477; **Baysal**, 33-34; **Altınok/Ormancı**, 91.

[21] **Erdoğan**, Kusur, 123-124; **Matthäus,** 140-141.

[22] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 492.

[23] **Eren**, Uygun İlliyet, 189; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2395; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 109; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 22.

kusurlu olup olmaması bir önem taşımamaktadır. Bu nedenle, bu iki terimin kullanılması da durumun mahiyetine uygun düşmemektedir.

Bir davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekmediği düşüncesine katılarak, bu kavramın teknik anlamda bir kusuru ifade etmediğini savunmanın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Açıklanan bu nedenlerle, bu çalışmada "*zarar görenin kusuru*" kavramı kullanılmıştır. Zarar görenin davranışının kusurlu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu, ikinci bölümde detaylı olarak inceleneceğinden, şimdilik bu açıklamalarla yetinilmiştir.

§ 3. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

I. COMMON LAW HUKUK SİSTEMİNDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. TARİHİ GELİŞİMİ

Roma hukukunun etkili olmadığı *Common Law*'da[24], haksız fiil sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de Kıta Avrupası'ndan farklılık göstermektedir. Örneğin, kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen haksız fiilin genel şartları (kusur, hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı), Common Law hukuk sisteminde kabul edilmemiştir. Bunun yerine, belirli haksız fiil durumları münferit olarak düzenlenmiş olup her biri farklı hukuki değerleri koruma altına almıştır ve her birinin kendine özgü unsurları bulunmaktadır[25].

[24] Common Law (ortak hukuk), İngiltere'de ortaya çıkıp gelişen, ayrıca gerek sömürgecilik kapsamında gerekse gönüllü olarak diğer birçok ülkede benimsenerek uygulanan, örf ve âdet hukukuna dayanan müşterek hukuku ifade etmektedir. *Common L*aw hukuk sisteminde, kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak, Roma hukuku kuralları benimsenmemiştir. Söz konusu hukuk sisteminin, üç temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar; içtihatlar, hakkaniyet hukuku ve gelenektir. Hâkim, karar verirken, benzer bir uyuşmazlıkta daha önce verilmiş olan kararlara sadık kalmak zorundadır (**Erdoğan/Keskin**, 24; **Özden Merhacı**, 180).
[25] **Özden Merhacı**, 181 vd.

İngiliz hukukunda birlikte kusur[26] kavramı, 1945 yılında kabul edilen Reform Kanunu (Contributory Negligence) ile getirilmiştir. İlgili yasa yürürlüğe girmeden önce, "*ya hep ya hiç*" kuralı uygulanmakta idi[27]. Buna göre, zarar gören taraf %1 oranında dahi kusurlu bulunsa, %99 oranda kusurlu olan zarar verenden zararının tazminini talep edememekteydi[28]. İngiliz hukukunda yargıçların, kusurun da sorumluluğun kaynağı olabileceğine dair karar vermeye başlamaları 18. yüzyılın sonlarını bulmuştur. Bu doğrultuda, birlikte kusura dayanan sorumluluğun reddi iddiaları da bu tarihten sonra mümkün olmuştur. Buna karşılık, birlikte kusura dayalı sorumluluğun kabul edilmesine dair önceki tarihli mahkeme kararlarının mevcut olduğu da görülmektedir[29].

İhmâlin bağımsız bir sorumluluk sebebi olarak kabul edilmesi, 18. yüzyıla ve 19. yüzyılın başlarına tesadüf eder. Esas itibariyle birlikte kusur savunmasının kökeninin, *Butterfield v. Forrester* (1809) davasına dayandığı kabul edilmektedir[30]. *Butterfield v. Forrester* davasında verilen karar, 19. yüzyılın başlarında diğer olayları da etkilemiştir. Benzer davalarda hâkimin jüriye, zarar gören tarafın herhangi bir kusurunun bulunduğu hâllerde tazminat talebini reddetmesi yönünde talimat verdiği görülmektedir. Ancak uygulamada, hâkimin bu yöndeki talimatına rağmen jüriler, zarar gören tarafın görece daha az önem arz eden kusurunu dikkate almamış, böylelikle ya hep ya hiç kuralının ilk başlarda

[26] İngiliz hukukunda zarar görenin kusuru için "birlikte (müşterek) kusur" olarak çevrilen "*contributory negligence*" ifadesi kullanılmaktadır. Yukarıda bahsettiğimiz üzere kanaatimizce bu kavramın doğru kullanılış biçimi zarar görenin kusuru olmakla birlikte, kavramın aslına sadık kalmak amacıyla, ilgili yerlerde birlikte kusur ifadesi kullanılmıştır.

[27] **Burrows,** 183; **Prentice,** 366.

[28] **Prentice**, 367; **Field**, 475 vd.

[29] Bu kararlara örnek olarak, *Sanders v. Spencer* (1567) davasında otelci, davacıya mallarını özel bir kilit sistemiyle korunan belirli bir odaya koyması hâlinde garanti verebileceğini bildirmiştir. Bu uyarıya rağmen davacı, eşyalarını başka bir yere koymuş ve eşyaları çalınmıştır. Mahkeme, hırsızlığın davacının kendi kusurundan kaynaklandığına hükmetmiştir. Aynı doğrultuda, *Bayley v. Merrel* (1615) davasında davalı, bir bitkiyi bir yerden diğer bir yere taşıması için davacı ile anlaşmıştır ve taşınacak malın ağırlığı konusunda onu kasıtlı olarak kandırmıştır. Malların çok ağır olmasından dolayı davacının atlarından yedisi ölmüştür. Mahkeme, davalının hilesine rağmen, taşınan malların gerçek ağırlığını kontrol etmeden beyana dayalı olarak kabul eden davacının davasını reddetmiştir (**Van Dongen/ Verdam**, 63-64).

[30] Söz konusu davada, evini tamir eden davalı, otoyolun bir kısmı boyunca uzanan bir direk bırakmış, davacı ise alacakaranlıkta evine doğru atını sürerken bu direği görmeyip çarparak atından düşmüş ve yaralanmıştır. Atı süren kişinin, asgari özeni göstermeyerek aşırı hızlı olarak atını sürdüğü için, zararının giderilmesi talebi reddedilmiştir. İlk derece mahkemesinin hâkimine göre, bir kimse, asgari özen yükümlülüğüne uyarak kazadan kaçınabilecek idiyse, zarar gören bu kimsenin zararı tazmin edilmez. Temyiz mahkemesinin kararına göre ise, kendisinden beklenen asgari özeni gerekli şekilde göstermeyen kimse, karşı tarafın hatasından kaynaklanan bir sebeple kendisine menfaat sağlayamaz. Davalının kusurlu olarak yolu tıkaması ile davacının asgari özeni göstermekten kaçınması, davayı çözmekte birlikte dikkate alınmalıdır. Mahkemeye göre davacı, asgari özeni gösterse idi yoldaki engeli görebileceği için kaza, tamamen kendi kusurundan kaynaklanmaktadır. Mahkeme kararının gerekçesi, zarar gören tarafın karşı kusurunun, zarar talebiyle açılan davada başlı başına bir savunma sebebi olacağına ilişkindir. Bu ise kusurlu tarafın ihmâli çok daha fazla olsa bile, zarar görenin en ufak bir kusurunun sorumluluğu kaldıracağına dair oldukça katı bir kuralın doğmasına neden olmuştur (**Van Dongen/ Verdam**, 64; **Prosser**, 467; **Prentice**, 372).

olduğu katılıkta uygulanmasının önüne geçilmiştir. Bazı vakıalarda ise, zarar gören tarafın asgari özeni göstermesi, bir eşik olarak uygulanmıştır[31].

19. yüzyılın ortalarında, kazada zarar görenin esaslı bir kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, *"son fırsat kuralı*"nın doğumuna zemin hazırlamıştır[32]. İngiliz hukuk sisteminde, zarar görenin zarara katılımı hâlinde tazminat talebi reddedilmekteydi. Kazadan kaçınmak için son fırsata sahip olan tarafın kusurlu bulunduğu esasına dayanan son fırsat kuralı ile bu uygulamanın açık adaletsizliği kısmen yumuşatılmıştır[33]. Buna dair önemli bir karar, 1842 yılında *Davies v. Mann* davasında verilmiştir. Olayda, araba sürücüsü davalı, kusurlu olarak davacı tarafından yola terk edilmiş bir merkebe çarpmış ve merkep ölmüştür. Davada mahkeme, merkebin yola terk edilmesinin kazanın doğrudan sonucu olup olmadığının temel mesele olduğuna, böyleyse, zararın giderilmesi talebinin kabul edilmeyeceğine karar vermiştir. Nitekim, zarardan kaçınmak için son ve daha iyi fırsata sahip olan taraf, zarara katlanmak zorundadır. Esasında son fırsat kuralının doğumuna, uygulamadaki birlikte kusur kuralına ilişkin büyüyen hoşnutsuzluğun sebep olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle içtihat hukukunun, hakkaniyete dayanarak eski birlikte kusur kuralının yumuşatılması yaklaşımında olduğu görülmektedir[34].

Daha sonraları son fırsat kuralı, davalının gerekli özeni gösterseydi zarardan kaçınabileceği davaları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Davalının zarardan kaçınmak için son bir fırsatı yok ise de, gerekli özeni gösterseydi bu fırsata sahip olabileceğine dayanan bu kural, *"yapıcı son fırsat kuralı"* olarak adlandırılmıştır[35]. Bununla birlikte, son fırsat kuralının fiili ve yapıcı her iki versiyonu da tatmin edici bulunmamıştır[36].

Her ne kadar Reform Kanunu kabul edilinceye kadar birlikte kusurun yasal bir dayanağı bulunmamakta ise de, uygulamada jüriler, zarar görenin kusuru hâlinde tazminatta

---

[31] Zarar gören tarafın kusuru, bu kusur zararın doğrudan sebebi olmadığı sürece, zarar talebinin önünde bir engel olmaktan çıkmıştır. Bazı davalarda yargıç jüriye, olayda davacıya atfedilebilecek önemli bir kusur bulunup bulunmadığını araştırma görevi vermiştir. Böylece, kazada zarar gören tarafa yüklenebilecek esaslı bir kusurun bulunup bulunmadığı, zarar görenin uğradığı zararın giderilmesine hak kazanıp kazanmayacağını belirlemede yaygın bir ölçüt hâline gelmiştir. Mahkemeler herhangi bir derecedeki birlikte kusuru yeterli görmemiş, bu kusurun zarara büyük ölçüde katkı sağlar nitelikte olmasını aramıştır. Kusurun ciddiliği, zarar gören tarafın birlikte kusurunun sonuçları bakımından önemli hâle gelmiştir (**Van Dongen/ Verdam**, 66-67).
[32] **Van Dongen/ Verdam**, 68.
[33] **Burrows,** 183; **Prentice**, 367; **Prosser**, 472.
[34] **Van Dongen/ Verdam**, 69.
[35] **Burrows**, 183; **Prosser**, 473; **Van Dongen/ Verdam**, 70.
[36] **Burrows**, N. 2.190.

indirim yaparak bir uzlaşmaya varmaya çalışmışlardır[37]. 1911 tarihli Denizcilik Sözleşmesi Yasası (Maritime Convention Act) tarafından belirlenen emsallerin ve oluşturulan teamülün ardından mahkemeler, zarardan doğan sorumluluğun taraflar arasında paylaştırılması yönünde bir yaklaşım sergilemişlerdir.[38]

İngiliz hukukunda zararın paylaştırılması ilkesi, 1945 yasasına kadar resmi olarak uygulanmamıştır. Buna karşılık, daha önce de belirtildiği üzere jüriler, bazı hâllerde indirim ya da zararın paylaştırılması amacıyla, resmi kuralı dikkate almamışlardır. Buradan yola çıkılarak, jüriler nezdinde "*ya hep ya hiç kuralı*"nın adaletsiz olduğu yönünde bir kanının olduğunu söylemek mümkündür. 1945 yasasıyla birlikte, zarar gören kimsenin kusurlu olması hâlinde tazminattan indirim yapılması mümkün hâle gelmiştir. Bu noktada hâkime, tarafların davranışlarını dikkate alarak indirim yapma konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Böylelikle ya hep ya hiç kuralı ve son fırsat kuralı da geçerliliğini yitirmiştir[39].

Sonuç olarak, birlikte kusur kavramının doğumundan önce zarar görenin kusurlu davranışı, nedensellik bağı açısından ele alınmaktaydı. Buna göre, failin eyleminin zararı doğuran en uygun neden olması gerekmekteydi. *Butterfield v. Forrester* davasındaki kararla birlikte, karşı tarafın kusurunun ya hep ya hiç kuralı çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir. *Davies v. Mann* davasında şekillenen son fırsat kuralının devreye girmesi, dikkati, ihmâlin varlığından çok derecesine yöneltmiş ve kusurun zamanlamasına vurgu yapmıştır[40]. 19. yüzyıldaki bazı vakıalarda, zararın paylaştırılmasına ilişkin yaklaşımlara da rastlanmaktadır. Böylece, zararın paylaşımı fikrinin İngiliz İçtihat Hukuku'nda 19. yüzyılın sonlarında geliştiği söylenebilir. 1945 tarihli Reform Kanunu ile birlikte, tarafların kusurlarına göre indirim yapılması yasal bir dayanağa kavuşmuş olup bu düzenleme hâlen yürürlüktedir.

B. DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Common Law (Anglo Sakson) hukuk sisteminde, Amerikan ve İngiliz hukuk sistemleri başta gelmektedir. Konumuz ile ilgili olduğu ölçüde bu başlık altında, esas itibariyle İngiliz hukuk sistemindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak özellikle İngiliz

[37] **Van Dongen/ Verdam**, 71.
[38] **Burrows**, N. 2.190; **Prosser**, 476; **Van Dongen/ Verdam**, 71.
[39] **Van Dongen/Verdam,** 74.
[40] **Van Dongen/Verdam,** 74.

hukukundan farklı bir model ortaya koyması dolayısıyla, Amerikan hukuk sisteminden de yeri geldikçe bahsedilmiştir.

İngiliz hukuk sisteminde, 1945 tarihli Reform Yasası uyarınca, bir kimsenin kısmen kendi kusuru kısmen diğer kişi ve kişilerin kusuru nedeniyle zarara uğraması durumunda, bu zararın tazmini istemi zarar görenin kusuru nedeniyle reddedilmez. Ancak tazminat miktarı, davacının zarar bakımından sorumluluğu paylaşması açısından mahkemenin adil ve hakkaniyetli olduğunu düşündüğü ölçüde indirilir. Bu yasa, hem zararın doğumuna yol açan kusur hâlinde hem de zararın ağırlaşmasına yol açan kusur hâlinde uygulanmaktadır[41]. Söz konusu düzenleme ile birlikte, birlikte kusur, bir savunma aracı olarak İngiliz hukuk sistemine girmiştir[42]. Ancak, birlikte kusur savunması, sözleşmeye aykırılık durumunda ileri sürülememektedir[43]. Zira İngiliz hukukunda, haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusura dayanmakta iken; sözleşme sorumluluğu, kusurdan bağımsız olarak ele alınmaktadır[44]. Her ne kadar birlikte kusurun sözleşmeden doğan sorumluluğa da uygulanmasına ilişkin 1990 yılında *"The Law Commission, Contributory Negligence as a Defence in Contract*"[45] başlıklı bir teklif yapılmış ise de, uygulamasının doğuracağı zorluklar ileri sürülerek bu teklif kabul edilmemiştir[46].

İngiliz hukukunda, zararı azaltma külfeti ile zarar görenin birlikte kusuru kavramları, birbirinden bağımsız tutulmuştur. Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak zarar görenin kusuru kavramı, zararı azaltma külfetini de kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmamaktadır. Zararın ortaya çıkmasından sonra söz konusu olan zararı azaltma külfeti, 1945 tarihli düzenlemenin kapsamına dahil edilmediği için hem sözleşme sorumluluğunda hem de haksız fiil sorumluluğunda uygulanabilmektedir[47]. 1945 tarihli Yasa'nın getirdiği birlikte kusurun kurucu unsurları, kusur (*fault*), katılım (*contribution*), zarar (*damage*) ve dağıtım (*apportionment*) olarak sıralanabilir[48]. Hâkime tanınan geniş

[41] **Foxton**, 21,
[42] **Burrows**, 186.
[43] **Foxton**, 23.
[44] **Atamer**, CISG, 311 vd.
[45] No.114-Contributory-Negligence-as-a-Defence-in-Contract.pdf (lawcom.gov.uk), E.T. 8.11.2022.
[46] **Baysal**, 77.
[47] **Baysal**, 77-78.
[48] İlk olarak, ilgili düzenleme, bir kimsenin kısmen kendi kusuru, kısmen başkasının kusuru nedeniyle zarara uğraması hâlinde uygulama alanı bulmaktadır. Zarar gören davacının birlikte kusurunun haksız fiil niteliğinde olduğunu kanıtlamaya gerek yoktur; onun uğradığı zararın kısmen kendi kusurundan kaynaklanması yeterlidir. İkinci olarak kusur, davacının kendine kasıtlı zarar verme eylemini de içerebilir. Birlikte kusurun ikinci unsuru olan katılım unsuru, nedensellik bağını ifade etmektedir. Nitekim, davacının, davalının ihmâlinin zarara yol açtığını göstermesi gerektiği gibi; birlikte kusura dayanan davalının da davacının kısmen zarara neden

takdir yetkisi, mahkemenin adil ve hakkaniyetli olduğunu düşündüğü her kararı almasına cevaz vermektedir[49].

Amerikan hukuk sisteminde *"birlikte kusur rejimi" (contributory negligence regime)* ve "*nispî kusur rejimi" (comparative negligence regime)* olmak üzere iki farklı rejim olduğu görülmektedir. Birlikte kusur rejimi, zarar görenin kusurlu olması durumunda zarar verenin tazminat borcunun tamamen ortadan kalkacağını öngörmekte iken, nispî kusur rejimi, tarafların kusur oranlarının karşılaştırılmasına ve bu doğrultuda tazminatta indirim esasına dayanmaktadır.[50]. Amerika'da genel olarak 1970'li yılların başına kadar İngiliz hukukuna benzer bir şekilde birlikte kusur rejimi hâkim olmakla birlikte sonraları, tazminatın indirilmesi esasına gidilmiş ve nispî kusur rejimi uygulanmaya başlanmıştır. Nispî kusur rejimi uygulamada, "*saf nispî kusur rejimi" (pure comparative negligence regime)* ile "*değiştirilmiş nispî kusur rejimi" (modified comparative negligence regime)* olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Her iki modelde de zarar görenin ve zarar verenin kusur oranları birbirleriyle karşılaştırılmaktadır. Bunlardan saf nispî kusur rejimine göre zarar görenin kusuru, alması gereken tazminatın tamamını hiçbir zaman etkilemez[51]. Diğer bir anlatımla, zarar görenin kusuru zarar verenin kusuruna oranla daha ağır olsa dahi zarar gören, az da olsa bir miktar tazminat alır[52]. Buna karşılık değiştirilmiş nispî kusur rejimi uyarınca, zarar gören en az zarar veren kadar kusurlu ise tazminata hak kazanamaz[53]. Yani, değiştirilmiş nispî kusur rejiminde de tarafların kusur oranları karşılaştırılmakta, zarar görenin kusurunun genel kusur oranının %50'sinden fazla olduğunun anlaşılması hâlinde, herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edilmektedir[54]. Bunlardan başka, Amerikan hukuk sisteminde farklı eyaletlerde çeşitli teorilerin geliştirildiği görülmektedir[55].

olduğunu göstermesi gerekmektedir. Üçüncü olarak, birlikte kusur savunmasının ileri sürülebilmesi için, davacının kusurunun uğradığı zararın kısmen nedeni olması gerekmektedir. Son olarak, paylaştırma unsuruna ilişkin olarak yasa, alacaklının zarardan sorumluluktaki payını göz önünde bulundurarak hâkimin adil ve hakkaniyetli olduğunu düşündüğü ölçüde davacının tazminatının indirileceğini öngörmektedir (**Burrows**, N. 2.191 vd.).

[49] **Burrows**, N. 2. 198.

[50] **Dari-Mattiacci/Hendriks**, 2.

[51] **George/ Walkowiak,** 4.

[52] **Robinette/Scherland**, 43; **George/ Walkowiak**, 4.

[53] **Robinette/Scherland**, 43; **Kratzke,** 16.

[54] **Kratzke**, 16.

[55] Farklı eyaletlerde kabul edilen sistemlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Robinette/Scherland**, 44-45.

II. KITA AVRUPASINDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ VE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. TARİHİ GELİŞİMİ

Birlikte kusur kavramının kökeninin, bugünkü anlamıyla olmasa da, Roma Hukuku'na dayandığını söylemek mümkündür. Nitekim bu durum, D.50.17.203'te belirtilen *"*kendi kusuruyla zarara uğramış olan kimse, zarar görmüş sayılmaz" (*Quod quis ex culpa sua damnum sentit,non intellegitur damnum sentire)* kuralından da açıkça anlaşılmaktadır[56]. Roma Hukukuna hâkim olan ilke, zarar veren kimsenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olmasıdır. Buna karşılık, bazı dış faktörlerin, zarara sebep olan kişinin davranışı ile zararlı sonuç arasına girerek sonucu etkilemesi durumunda, sorumluluğun ortadan kalkacağı esası benimsenmiştir[57].

Günümüz hukuk sistemlerinde, zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya zararın artmasında kusurunun bulunması, zararın tazmininde bir indirim sebebi olarak kabul edilmekle birlikte, Roma Hukuku'ndaki durum farklıdır. Roma Hukuku'nda, alacaklı (zarar gören) ve borçlu (zarar veren) ihmâllerinin karşılıklı olarak zarara yol açtığı hâllerde borçlunun tazminat yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmekteydi[58]. Bu iki ihmâlin birbirini götürmesi ilkesine, ihmallerin mahsubu/takası (*compensatio culparum)* denilmektedir[59]. Buna göre zarar, borçlunun ihmâli ile meydana gelmiş olmakla birlikte alacaklı, dikkatli bir kimsenin göstereceği özen ve dikkati göstermiş olsaydı zarar meydana gelmeyecek idiyse borçlu, tazmin yükümlülüğünden kurtulmaktadır[60]. Dolayısıyla, Roma Hukuku'nda zarar görenin ya da zarar verenin tek başına zarardan sorumlu olması esasının benimsendiğini söylemek mümkündür[61]. Örneğin, bir kimse terziye verdiği ceketinin düğmelerinin altın olduğunu belirtmemişse ve terzi ceketi kaybetmişse veya bir kimse ailesine iletilmek üzere arkadaşına içinde mektup bulunan bir zarf vermiş ancak bu zarfın içinde para da olmasına

---

[56] **Günveren**, 955; **Tamer Güven**, 259; **Tahiroğlu**, 79; **Somer**, 54; **Erdoğmuş**, 42; **Söğütlü**, 446.
[57] **Tamer Güven**, 252-253.
[58] **Tahiroğlu**, 64-65; **Rado**, 34; **Topuz**, 244. Bu durum, D.16.2.10.pr: "*Si ambo socii parem neglegentiam societati dicendum est desinere nos invicem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta*…". ("*Ortaklar olarak ikimiz ortaklığa ilişkin olarak aynı ihmalle suçlu isek, kanun gereği gerçekleşen ihmallerin mahsubu ile birbirimize karşı sorumluluğumuzun sona erdiği söylenmelidir*.") şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Günveren**, 955.
[59] **Tahiroğlu**, 65; **Somer**, 56; **Rado**, 34; **Günveren**, 956; **Tamer Güven**, 253; **Söğütlü**, 446.
[60] **Rado**, 34.
[61] **Topuz,** 244; **Günveren**, 958; **Söğütlü**, 446.

rağmen buna ilişkin bilgi vermemiş ve arkadaşı zarfı kaybetmişse, alacaklının ortak kusurundan söz edilir ve borçlunun tazminat yükümlülüğü ortadan kalkar[62]. Zira bu örneklerde, terziye düğmelerin altın olduğu bilgisi verilmiş olsaydı ya da arkadaşına zarf veren kişi zarfın içinde para da bulunduğundan söz etseydi karşı tarafın daha dikkatli ve özenli davranacağı, zararın belki de hiç doğmayacağı kabul edilmektedir. Benzer şekilde, kapısını kilitlemeyi kendi ihmâli üzerine unutan bir kimsenin evine hırsız girmesi durumunda, ev sahibinin ihmâlinden hırsızın yararlanması mümkün değildir[63]. Buna karşılık, borçlunun kasıtlı zarar verdiği durumlarda alacaklının ihmâli tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır[64]. Zarar veren borçlunun kasıtlı davranışına karşılık gelen bir kastın zarar gören alacaklıda da bulunması ise, bir indirim sebebi olarak kabul edilmektedir[65]. Yani, taraflardan birinin kusurunun daha ağır olduğu durumlarda, *compensatio culparum* ilkesi uygulanmaz.

İngiliz Hukuku'na benzer şekilde Roma Hukuku'na da hâkim *"ya hep ya hiç"* kuralı, Ortaçağ ile birlikte yumuşatılmıştır. Daha sonraları, zarar gören kimsenin kendi kusuru nedeniyle herhangi bir tazminat talep edememesine ilişkin düzenlemenin hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesinin doğmasıyla birlikte hukuk sistemleri, daha adil bir düzenleme arayışına girmişlerdir. 19. yüzyılın başlarında Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) kabulünden önce mahkemeler, yakın sebep kuralını uygulamaya başlamış ve 1804 yılında Code Civil ile birlikte paylaştırma (hisse) yöntemi getirilmiştir[66]. Aynı doğrultuda, 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nda zarar verenle birlikte zarar görenin de kusuru oranında sorumlu olacağı, bu oranın tespit edilememesi hâlinde ise zarar verenle birlikte eşit olarak sorumlu olacağı esası benimsenmiştir[67].

Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında ise, zararın taraflar arasında paylaştırılması veya tazmin yükümlülüğünün kaldırılması için hâkime takdir yetkisi verilmiştir[68]. Alman Medeni Kanunu'nda, zarara sebep olan davranışların zarar verme elverişliliği dikkate alınmak suretiyle sebep olma derecesine öncelik tanınmıştır[69]. Somut olayda, birden fazla davranışın hangisinin zarara daha fazla sebep olduğu değil, hangisinin zarar vermeye daha

[62] **Rado**, 34; **Tahiroğlu**, 65; **Topuz,** 243.
[63] **Tahiroğlu**, 65.
[64] **Rado**, 34; **Tahiroğlu**, 65.
[65] **Tahiroğlu**, 65.
[66] **Tamer Güven**, 252; **Topuz,** 245.
[67] **Tamer Güven**, 252; **Topuz,** 245.
[68] **Tamer Güven**, 252; **Topuz,** 245-246.
[69] **Nomer**, 91; **Tamer Güven**, 252.

elverişli olduğu göz önünde bulundurulmaktadır. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ise, tarafların karşılıklı kusurlarının değerlendirilmesi esasını kabul etmiştir[70]. Buna göre, uğradığı zararda kendi davranışlarının payı olan zarar gören, sorumluluğu zarar veren ile paylaşmaktadır.

B. DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

1. Alman Hukuku

Alman Hukuku'nda zarar görenin kusuru, BGB § 254'te *"Müşterek (Birlikte) Kusur"* (*Mitverschulden)* başlığı altında genel hüküm niteliğinde hükme bağlanmıştır. İlgili hüküm uyarınca, *"(1) Zarar gören zararın ortaya çıkmasına kusuru ile katkıda bulunmuşsa tazminat borcu ve bu borcun kapsamı olayın şartlarına, özellikle de taraflardan her birinin zarara olan katkısına göre belirlenir. (2) Bu hüküm, zarar görenin kusurunun, olağandışı ölçüde yüksek ve borçlunun bilmediği ve bilemeyeceği zararın ortaya çıkma tehlikesini borçluya bildirmemesinden veya zararı engellemeyi veya azaltmayı ihmal etmesinden kaynaklandığında da uygulanır. § 278 hükmü kıyasen bu durumlara da uygulanacaktır."* Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da bu hükmün, kaynağını dürüstlük kuralından aldığı kabul edilmektedir[71]. Görüldüğü üzere birlikte kusur, zarar görenin zararın ortaya çıkmasındaki birlikte kusurunu (*Mitverschulden*), zarar görenin, zararın olağanüstü yüksek olma ihtimâli hakkında bunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen zarar vereni uyarmaması hâlini (*Warnungsobliegenheit*) ve zarar görenin zararı azaltma külfetini (*Schadenminderungspflicht*) kapsayan bir üst kavram olarak kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen birlikte kusur, Türk-İsviçre hukukundaki anlamıyla kaleme alınmıştır. Buna göre, her somut olayın özelliğine göre tarafların zarara katılım oranları göz önünde bulundurularak sorumluluğun belirleneceği belirtilmektedir. Anlam itibariyle hukuk sistemimizdeki düzenlemeden bir farkı olmamakla birlikte, birlikte kusurun bir indirim sebebi olarak sayılmayıp zararın taraflar arasında paylaştırılacağının belirtilmesi, zararın paylaşılması fikrini ön plana çıkarmaktadır[72].

Maddenin ikinci fıkrasında, Türk-İsviçre hukuk sistemindeki anlayıştan farklı olarak zarar görene bir uyarma külfeti getirilmiştir. Buna göre, ortaya çıkması olası zarar

[70] **Nomer,** 91; **Tamer Güven**, 252.
[71] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 79.
[72] **Baysal**, 70.

olağanüstü derecede yüksek ise zarar görene zarar vereni uyarma külfeti yüklenmiştir. Söz konusu külfetin doğabilmesi için, zarar verenin bu tehlikeyi bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir. Zarar görenin, sorumlu kişiyi, onun bilmediği ya da bilmesi gerekmeyen büyük bir zarar tehlikesine ilişkin uyarması hâli, TBK m. 52/I'de açıkça hükme bağlanmamıştır. Ancak doktrinde bu durum, zararın doğmasına etki eden birlikte kusur hâllerinden biri olarak değerlendirilmektedir[73].

Sonuç olarak Alman Hukukunda birlikte kusur kavramı, bazı farklılıklar göstermekle birlikte, genel itibariyle Türk-İsviçre hukuk sistemine benzer bir şekilde, zarar görenin hem zararın doğumundaki kusurunu hem de zararı azaltma külfetini içine alacak şekilde düzenlenmiştir.

2. Türk-İsviçre Hukuku

Türk hukukunda zarar görenin kusuru, tazminatta bir indirim sebebi olarak TBK m. 52/I (OR. Art. 44/I)'de hükme bağlanmıştır. TBK m. 52, esas itibariyle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olmakla birlikte, TBK m. 114/II (OR. Art. 99/III) hükmü, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, sözleşmeye aykırılık hâllerine de kıyas yoluyla uygulanmasını öngördüğü için, sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından da TBK m. 52 uygulama alanı bulmaktadır. Haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu dışında zarar görenin kusuru, vekaletsiz işgörmeden doğan tazminat talebinde ve kusursuz sorumluluk hâllerinde de indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan, geniş bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir.

Zarar görenin kusuru kavramı, zarar görenin zararın doğumundaki kusuru ve zarar ortaya çıktıktan sonra zarar görenin makul önlemleri almayarak zararın artmasına sebep olması durumlarını içerecek şekilde geniş bir anlama sahiptir. İlerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, tazminatın indirilmesi, esas itibariyle tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir meseledir. Buna göre zarar gören, zararın doğmasına ya da artmasına kusurlu davranışı ile sebep olmuşsa, bu durum hâkim tarafından indirim sebebi olarak dikkate alınarak tazminat miktarı bu kapsamda belirlenmektedir.

Zarar görenin kusuruna ilişkin getirilen genel nitelikteki düzenlemenin (TBK m. 52/I) yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu'nda özellikle zararı azaltma külfetine ilişkin bazı özel

[73] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 114; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2406; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 542.

düzenlemeler de bulunmaktadır. Kanun koyucu, satım, kira, eser ve hizmet sözleşmelerinde zarar görenin zararı azaltma külfetini özel düzenlemeler ile hükme bağlamıştır. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümlerden başka zarar görenin kusurunun, kusursuz sorumluluk hâllerinde de özel olarak düzenlendiği görülmektedir. Bütün bu hâller çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak incelenmiştir.

§ 4. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. ZARAR GÖRENİN RIZASI

Türk Borçlar Kanunu'nun *"hukuka aykırılığı kaldıran hâller*" başlıklı 63. maddesinde, zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâllerden biri olarak sayılmıştır. Aynı doğrultuda TMK m. 24/II hükmünde, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı hükme bağlanmıştır. Haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmadığı hâllerde, tazminatta indirim sebebi olarak görülmektedir[74]. Zira, TBK m. 52/I hükmünde yer alan, *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş…hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen ortadan kaldırabilir."* ifadesinden de anlaşıldığı üzere, zarar görenin rızası, aynı zamanda bir indirim sebebidir.

Hak sahibi, hukuk düzeninin kendisine tanıdığı menfaatlere müdahale edilmesine belli bir ölçüde rıza gösterebilir. Ancak bu rızanın geçerli olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken bazı özellikler vardır. Zarar görenin rızası, hukukî niteliği itibariyle tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bu nedenle, hukukî işlem niteliğindeki tek taraflı bir irade açıklamasının geçerli olarak kabul edilebilmesi için, kişinin fiil ehliyetine sahip bulunması, irade sakatlığının bulunmaması, rızanın hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekmektedir[75]. Ayrıca, söz konusu rıza, fiillin gerçekleşmesinden önce verilmiş olmalıdır. Haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra verilen rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakla birlikte, tazminat talebinden feragat olarak nitelendirilebilmektedir[76].

---

[74] **Oser/Schönenberger**, Art. 44. N. 2; **Brehm**-BK, OR. Art. 44, N. 6; **Huguenin**, N. 1895.
[75] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1863; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 31; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 490.
[76] **Erdoğan,** Kusur, 116; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 32; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 490; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1869; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2408.

Bir kimsenin kişilik haklarından vazgeçmesi, kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir. Bu doğrultuda, zarar görenin verdiği rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaması hâli, özellikle yaşama hakkı ve vücut bütünlüğüne saldırı teşkil eden fiiller bakımından söz konusu olmaktadır. Bir kimsenin vücut bütünlüğüne veya yaşama hakkına gelecek saldırılara önceden rıza göstermesi, yapılan saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır[77]. Yaşama hakkını ihlâline gösterilen rıza her zaman geçersiz iken; kişinin vücut bütünlüğünün ihlâline verdiği rıza, üstün bir amaç bu rızayı haklı göstermediği sürece, geçersizdir. Buna karşılık, bir kimsenin malvarlığı haklarının ihlâline rıza göstermesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmektedir[78].

Kısaca denilebilir ki, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayan, diğer bir deyişle geçersiz olarak nitelendirilen zarar görenin rızası, tazminattan indirim sebebi oluşturmaktadır[79]. Nitekim, yukarıda da ifade edildiği üzere geçerli rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı için bu hâlde herhangi bir tazminat hakkı doğmaz; dolayısıyla tazminattan indirim de söz konusu olmaz[80]. Bununla birlikte, geçersiz rıza karşısında hâkim, TMK m. 52/I hükmü kapsamında tazminatı tamamen kaldırabileceği gibi bir kısmını da indirebilir.

Doktrinde bazı yazarlar[81], zarar görenin rızasını, zarar görenin kusuru kavramı içinde değerlendirmektedirler. Bizim de katıldığımız diğer bazı yazarlar[82] ise, zarar görenin rızasını, zarar görenin kusurundan bağımsız bir indirim sebebi olarak nitelendirmektedirler. Esasen, her iki durum da tazminatta indirim sebebi sayılıp sonuç bakımından bir fark yaratmamakla birlikte, iki kavramın birbirinden ayırt edilmesinde fayda vardır.

Zarar görenin rızası, tek taraflı bir hukukî işlem iken, zarar görenin kusurunu esas itibariyle bir fiil oluşturmaktadır. Zarar görenin rızasında dikkate alınması gereken hususlar, hukukî işlemle ilgili olan fiil ehliyeti ve irade beyanının geçerli olup olmadığı iken; zarar görenin kusurunda, kusura ilişkin hükümler kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Kusura

---

[77] Rıza gösterilen bir davranışın eşyaya ilişkin bir zarar doğurması hâlinde fiil hukuka uygun kabul edilir ve tazminata hükmedilmez. Ancak kişinin bedensel bütünlüğü ve kişilik değerleri üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için bunlara yönelik bir davranışa ilişkin verilen rıza söz konusu fiilleri hukuka uygun hâle getirmez. Bkz. **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 20; **Fischer**, OFK OR Art. 44, N. 9.

[78] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1868.

[79] **Becker**-BK OR Art. 44, N. 1; **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 1; **Guhl/Koller**, §24. N. 26; **Kessler**- BSK OR-I, Art. 44, N. 4; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2404.

[80] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2393.

[81] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 536-537; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 20; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 321; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 57 vd., 375; **Erdoğan**, Kusur, 132; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 490-491.

[82]**Tiftik,** Zarar Görenin Rızası, 386; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2393; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 593 vd.

ilişkin genel kuralların zarar görenin rızasına uygulanması ise hukukî niteliğine aykırı düşmektedir[83]. Ayrıca, bir indirim sebebi olan zarar görenin rızasında hukuka aykırılık unsuru her zaman bulunmasına karşın, zarar görenin kusurunda kural olarak hukuka aykırılık unsurunun varlığından söz edilemez[84].

Zarar görenin geçerli rızası, hukuka aykırılığa ilişkin bir konu iken, zarar görenin kusuru, nedensellik bağı ile ilişkilidir[85]. Zarar görenin geçerli olmayan rızası ile zarar görenin kusuru kavramları ise birbiriyle oldukça benzer niteliktedir. Ancak zarar görenin geçersiz olarak kabul edilen rızası, her durumda zarar görenin kusurlu sayılmasını gerektirmemektedir. Önemli olan, geçersizliğin nedenidir.

Zarar görenin rızası, kişiyi kendine karşı koruma amacıyla getirilmiş TMK m. 23 hükmüne aykırı ise, bu durum aynı zamanda zarar görenin kusuru olarak da kabul edilebilir. Yani, zarar görenin rızası, TMK m. 23 hükmüne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle geçersiz ise, bu rızanın aynı zamanda kusurlu bir davranışa vücut verdiğinden bahsetmek mümkündür. Örneğin bir kimse, vücut bütünlüğünü ihlâl eden bir fiile rıza göstermiş ise bu rıza, TMK m. 23'e aykırı kabul edilir ve rızanın geçersizliği gündeme gelir. Zarar görenin bu davranışı, hukuk düzeninin kendisinden beklediği makul özeni göstermeyerek zararın ortaya çıkmasına da sebep olduğu için aynı zamanda kusurlu bir davranış oluşturmaktadır[86]. Buna karşılık, zarar görenin rızasının geçersizliğinin başka bir nedene, örneğin irade bozukluğuna dayanması hâlinde kusurdan bahsedilemez[87].

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN KUSURU

Hukuka aykırı fiil zararlı sonucu doğurmadan önce araya başka bir fiil girerek aynı sonucun bu ikinci fiilden meydana gelmesine, nedensellik bağının kesilmesi denir[88]. Kusursuz sorumluluk hâlinde nedensellik bağını kesen sebepler, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru olarak sayılmıştır[89]. Kusura dayanan sorumluluk

[83] **Tiftik**, Zarar Görenin Rızası, 386.
[84] **Tiftik**, Zarar Görenin Rızası, 386; **Arsebük**, 142; **Gürsoy,** Borçlar Genel, 364 vd.
[85] **Baysal**, 44.
[86] **Tiftik**, Zarar Görenin Rızası, 392 vd.; **Baysal**, 45-46.
[87] **Baysal**, 46.
[88] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1725 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 568.
[89] Nedensellik bağının kesilmesi tabiri mecazi anlamda kullanılmaktadır. Zira bu hâllerde nedensellik bağının kesilmesi değil, fiil ile sonuç arasında hiç nedensellik bağının kurulmaması söz konusudur. Var olan nedensellik bağının kesilmesi söz konusu değildir. Bu hâllerde kesilen nedensellik bağı değil, neden ile sonuç arasındaki uygunluk ilişkisidir. Doktrinde, bu ifade yerine başka bir ifadenin kullanılması gerektiği

bakımından bu sebeplere ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, aynı esas bu sorumluluk bakımından da kabul edilmektedir[90].

Üçüncü kişinin kusuru, kural olarak zarar verenin sorumluluğuna etki etmemekle birlikte, nedensellik bağını kesmesi durumunda zarar vereni sorumluluktan kurtarmaktadır[91]. Bu noktada, üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusuru kavramları, nedensellik bağına olan etkileri bakımından birbirlerine benzerlik göstermektedir. Zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması hâlinde, TBK m. 52/I hükmü uygulanmaz; zira bu hâlde zarar veren aleyhine herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmamaktadır. Buna karşılık nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmaması hâli, TBK m. 52/I kapsamında bir indirim sebebi teşkil etmektedir. Üçüncü kişinin kusuru da nedensellik bağını keserek zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olabilir. Bu yönden, zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusuru birbiriyle benzerlik göstermektedir.

Öncelikle, "*üçüncü kişi*" ifadesi ile kimlerin kast edildiğinin belirlenmesi gerekir. Zarar gören, zarar veren ve bu kimselerin davranışlarından sorumlu olduğu kişiler dışında kalan kişiler, üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir[92].

Üçüncü kişinin davranışı, zarar sebep olan olay ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunlukta ise zarar veren, sorumluluktan kurtulur. Zarar verenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, zarar görenin davranışına benzer şekilde, üçüncü kişinin davranışının da kusurlu olması gerekmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre[93], davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için üçüncü kişinin ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir; aksi takdirde kusurdan söz edilemez ve ilk sebebi gerçekleştiren zarar veren, sorumluluktan kurtulamaz[94].

---

belirtilmekle ve hatta öneriler getirilmekle birlikte, karışıklığa yol açmamak adına nedensellik bağının kesilmesi tabirini tercih edilmektedir (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 80; **Eren**, Uygun İlliyet, 174).

[90] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1729; **Eren**, Uygun İlliyet, 174-175; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 406; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 568-569.

[91] **Deschenaux//Tercier**, 37.

[92] **Eren**, Uygun İlliyet, 204; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1754.

[93] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1806; **Karacan Çetin**, 283.

[94] Bu durum, doktrinde eleştirilmiştir. Eleştirilere göre, üçüncü kişinin sübjektif durumu dikkate alınamamalı, olay sadece objektif niteliği itibariyle değerlendirilmelidir. Eğer üçüncü kişinin davranışı, yoğunluğu itibariyle nedensellik bağını kesecek nitelikteyse, bu durumda ilk sebebin gerçekleşmesine neden olan zarar veren sorumluluktan kurtulur. Diğer bir anlatımla, üçüncü kişinin fiili kusurlu da olsa kusursuz da olsa yoğunluğu ve niteliği itibariyle zararlı sonucun tek sebebi ise, nedensellik bağı kesilir. Zarardan sorumlu olanın her durumda kusurlu olması şartı aranmayacağı için, üçüncü kişinin de mutlaka ayırt etme gücüne sahip olması gerekmemektedir. Bkz. **Eren**, Uygun İlliyet, 205; **Canbolat/Gönül Koşar**, 855.

Atom tesisleri, uçak işletmeleri gibi bazı işletmelerin taşıdığı tehlikeler çok büyük olduğu için bu işletmelerden doğan zararlarda üçüncü kişinin fiili nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşamaz[95]. Örneğin, bir kimsenin uçağa bomba koymak suretiyle uçağın düşmesine sebep olması hâlinde havayolu şirketinin bu üçüncü kişinin fiilini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir[96]. Nitekim burada zarar, tipik işletme tehlikesinin gerçekleşmesi sonucu doğmuştur. Zarar verenin, kusursuz sorumluluğa tâbi olmasına rağmen ek kusurunun bulunması hâlinde ise, üçüncü kişinin kusurunun, hangi ağırlıkta olursa olsun, nedensellik bağını kesemeyeceği kabul edilmektedir[97].

Doktrinde, üçüncü kişinin kusuru ile zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesmesi için gereken yoğunluk kıyaslandığında, üçüncü kişinin kusurunun, zarar görenin kusurundan daha yoğun olması gerektiği kabul edilmektedir[98]. Üçüncü kişinin kusuru, kast şeklinde olabileceği gibi ihmal şeklinde de ortaya çıkabilir[99]. Üçüncü kişinin kusurlu davranışında söz konusu yoğunluk gerçekleştiği zaman, zararlı sonucun esas sebebi olan ilk neden ikinci planda kalmaktadır. Bu kapsamda, üçüncü kişinin kusurunun zararlı sonucun tek sebebi olabilmesi için, ilk sebebin yoğunluğunu aşarak nedensellik bağını kesebilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, üçüncü kişinin kusuru nedeniyle ilk zarar verici davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağı ortadan kalktığı için, burada tazminattan bir indirim söz konusu olmayıp tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Benzer şekilde, zarar görenin kusurunun zararın tek sebebi olması hâlinde de zarar veren sorumluktan kurtulmaktadır.

Zarar görenin kusurlu davranışının zararın tek sebebi olmadığı hâllerde ise, bu durum, TBK m. 52/I kapsamında tazminattan indirim sebebi oluşturmaktadır. Buna karşılık, üçüncü kişinin kusuru nedensellik bağını kesecek yoğunlukta değilse ve diğer sebeplerle birlikte zararı doğurmuşsa, bu hâlde ortak illiyet söz konusu olur ve müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler (TBK m. 61 vd.) uygulanır[100]. Üçüncü kişinin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmayan hâllerde ise, söz konusu davranış TBK m. 51/I kapsamında tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur[101].

---

[95] **Eren**, Uygun İlliyet, 202; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1752.
[96] **Eren**, Uygun İlliyet, 203; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1752.
[97] **Eren**, Uygun İlliyet, 207.
[98] **Huguenin**, N. 1891; **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 5; **Eren**, Uygun İlliyet, 202; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1752.
[99] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1805.
[100] **Huguenin**, N. 1891; **Eren**, Uygun İlliyet, 204; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2402; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 81; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 29; **Deschenaux//Tercier**, 37.
[101] **Nomer**, 116 vd.; **Baysal**, 64.

Sonuç olarak, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru, nedensellik bağını keserek zarar vereni sorumluluktan kurtarmaları bakımından birbiriyle benzerlik göstermektedir. Buna karşılık, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmayan zarar görenin kusuru ile üçüncü kişinin kusuru nitelikleri itibariyle birbirinden tamamen farklıdır. Şöyle ki, zarar görenin nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmayan kusuru, TBK m. 52/I kapsamında tazminattan indirim yapılmasına sebep olur. Oysa üçüncü kişinin nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmayan kusuru, müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına yol açar. Ayrıca, doğan zarar ile üçüncü kişinin kusuru arasında nedensellik bağı bulunmamakta ise, bu durumun TBK m. 51/I kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda, zarar görenin kusuru, tazminatın indirilmesine (TBK m. 52/I); üçüncü kişinin kusuru ise tazminatın belirlenmesine (TBK m. 51/I) ilişkin bir durumdur[102].

III. HAKSIZ TAHRİK

A. HAKSIZ TAHRİK VE ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Haksız fiil sorumluluğundaki zarar görenin kusuru kurumunun ceza hukukundaki görünüm şekli, haksız tahriktir. Haksız tahrik aynı zamanda, zarar görene kusur olarak yüklenen hâllerden biridir[103]. Haksız fiilin gerçekleşmesinden önce zarar görenin zararın doğmasına etki eden davranışının en yaygın şekli, tahriktir[104]. Haksız fiil sorumluluğunda zararın hesaplanması bakımından zarar görenin karşı tarafı tahrik etmesi hâli, zarar görenin zararın doğumuna etki eden davranışlarından biri olarak kabul edilmektedir. Örneğin, bir kimsenin, karşı tarafın ağır hakaretlerde bulunması sonucunda onu kasten yaralama suçu işlemesinde durum böyledir. Bu durum, ceza yargılaması bakımından haksız tahrik kabul edilerek hükmedilecek cezada indirime gidilmesine neden olurken, haksız fiil sorumluluğu açısından ise zararın doğmasına etki eden kusurlu davranış olarak değerlendirilerek tazminatta indirime yol açmaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin kusuru, tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulurken; ceza hukukunda haksız tahrik, sorumluluk doğuran fiile ilişkin

[102] **Baysal**, 62.
[103] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 535-536.
[104] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 597; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2406.

cezanın belirlenmesinde dikkate alınır. Zarar görenin kusuru, hukukî sorumluluğun, haksız tahrik ise cezai sorumluluğun hafifletilmesi bakımından benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, bu iki kurum birbirinden farklılıklar arz etmektedir.

Cezai hükümler, toplumsal menfaati korumanın yanı sıra bireyleri koruma amacı da güttüğü için, Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak sayılan fiillerin bazıları aynı zamanda haksız fiil teşkil etmektedir[105]. Ancak haksız fiil ile suç kavramları birbirinden farklıdır. Ceza hukukunun yaptırımı ceza iken haksız fiil hukukunun yaptırımı tazminattır. Kusur, ceza hukukunda suçun kurucu unsuru iken, sorumluluk hukukunda haksız fiilin kurucu unsurudur[106]. Ayrıca, haksız fiilden doğan sorumlulukta kusurun objektifleştirilmesi ilkesi kabul edilmesine karşılık, ceza hukukunda sübjektif kusur kavramı kabul edilmektedir[107].

Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi uyarınca, "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."* Görüldüğü üzere haksız tahrik, cezai sorumluluğun azalması sonucunu doğuran bir indirim sebebidir. Haksız tahrikte bulunan kimsenin aynı zamanda zarara gören sıfatı taşıması hâlinde mağdurun durumu, birlikte kusura benzetilebilir[108]. Haksız tahrik ile karşılaşan fail, mağdurun (zarar görenin) haksız bir fiilinin neden olduğu öfke veya şiddetli üzüntü etkisi altında bir suç işlemektedir. Diğer bir anlatımla mağdur, haksız tahrik oluşturan bir fiili ile bir suçun işlenmesine neden olmaktadır. Bu hâliyle haksız tahrik, haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin zararın doğmasına yol açan ve kendisine kusur olarak yüklenen fiili ile benzerlik göstermektedir. Ancak ceza hukukunun ve medeni hukukun amaçlarının[109] ve yaptırımlarının aynı olmaması, haksız tahrik ile zarar görenin kusuru kavramlarını birbirinden farklılaştırmaktadır.

---

[105] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2574; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 711. Her suç bir haksız fiil değildir. Örneğin, devlete karşı işlenen suçlarda olduğu gibi, kişisel menfaatleri doğrudan doğruya ihlâl etmeyen suçlar, haksız fiil olarak kabul edilemez. Öte taraftan, her haksız fiil de bir suç teşkil etmez. Örneğin, nişanın haklı sebep olmadan bozulmasında durum böyledir. Buna karşılık hem toplumun menfaatini hem de bireysel menfaati korumayı öngören nitelikteki adam öldürme, yaralama, hakaret, hırsızlık gibi suçlar, aynı zamanda birer haksız fiildir. Bkz. **Tandoğan**, Mes'uliyet, 347-348.

[106] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2575.

[107] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2575.

[108] **Günal**, 215.

[109] Ceza hukukunun amacı, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışın cezalandırılarak toplumun güvenliğinin sağlanması, kişilerin iradeleri ve çıkarları arasında düzenin korunması, toplumun gelişmesi koşullarının

Haksız fiilden doğan zararların tazmininde, zarar görenin zararın doğumuna etki etmesi ya da zararını ağırlaştırması hâlinde birlikte kusurlu kabul edilerek zarar gören lehine hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde bu husus göz önünde bulundurulmakta ve sorumluluk taraflar arasında paylaştırılmaktadır. Oysa ceza hukukunda, suçluluğun iki tarafa paylaştırılması mümkün değildir; taraflardan biri suçludur ya da değildir[110]. Birlikte kusur olarak değerlendirilen haksız tahrik, faile hükmedilecek cezanın miktarının hafifletilmesinde rol oynar.

Haksız tahrikin hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüş olmakla birlikte, doktrindeki hâkim görüş[111], haksız tahrikin kusuru azaltan bir neden olduğu yönündedir. Buna göre, haksız fiil sonucunda öfke ve şiddetli üzüntü etkisinde kalan fail, tahrik edene (zarar görene) karşı işlediği suçta kusurlu olmakla birlikte haksız tahrik, failin iradesinde zayıflama meydana getirdiği için, failin kusuru daha hafif değerlendirilerek failin işlediği suçun cezası indirilmektedir. Oysa zarar zararın doğmasına neden olan kusurlu davranışı, taraflardan herhangi birinin kusurunu azaltmamaktadır. Aksine hem zarar veren hem de zarar gören kusurları oranında doğan zararın sonuçlarına katlanmaktadırlar.

B. CEZA HUKUKU İLE MEDENİ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİ BAKIMINDAN KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Her suç haksız fiil niteliği taşımamaktadır[112]. Ancak bazı hâllerde suç niteliği taşıyan bir davranış aynı zamanda haksız fiil oluşturabilir. Böyle hâllerde, hukuk hâkiminin, ceza hâkiminin kararıyla bağlı olup olmadığına ilişkin düzenleme, TBK m. 74'te yer almaktadır. Buna göre, "*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz*." Madde hükmünde, haksız fiilin kusur ve ayırt etme gücü unsurlarından bahsedilmiş olmakla birlikte, kanun koyucunun bu unsurları tüketici

güvence altına alınmasıdır (**Hafızoğullar/Özen**, 3-4). Tazminat hukukunun amacı ise, zarar görenin uğradığı zararın giderilmesidir (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 311; **Nomer**, 33; **Gümüş**, Borçlar Genel, 564).

[110] **Günal**, 220.

[111] **Kangal**, 31. YCGK. T. 13.09.2022 E. 2020/1-169 K. 2022/540: "*Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir."* (KBİBB. E. T. 15.03.2023).

[112] **Kılıçoğlu**, Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi, 185; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 583.

olmayacak şekilde örnek olarak saydığı kabul edilmektedir[113]. Dolayısıyla, hukuk hâkimi, yargılama sırasında haksız fiile ilişkin tüm unsurları serbestçe takdir etme yetkisine sahiptir[114]. Ayrıca, ilgili maddede belirtilmemiş olmakla birlikte, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında kabul edilen kusur ve kusurun derecesi bakımından da hukuk hâkiminin bağımsız olduğu kabul edilmektedir[115]. İlke olarak bağımsız karar alma yetkisine sahip olan hukuk hâkimi, herhangi bir nedenle ceza mahkemesinin kararından ayrılırsa, bunun gerekçesini belirtmekle yükümlüdür[116]. Hukuk hâkiminin bu bağımsızlığının sınırını maddi vakıaların oluşturduğu kabul edilmektedir[117]. Buna göre ceza mahkemeleri, hukuk mahkemelerine kıyasla delil toplama bakımından daha geniş imkanlara sahip olduğu için hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin maddi olayların varlığı ya da yokluğunu tespit eden kararları ile bağlıdır.

Haksız tahrik nedeniyle ceza mahkemesi, sanığın cezasını indirme kararı aldığı takdirde, hukuk hâkiminin, tazminat miktarının tespitinde bu durumu zarar görenin kusuru olarak göz önünde bulundurup tazminatta indirim yapmasının gerekli olup olmadığı hususunda Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Bazı kararlarında Yargıtay, hukuk hâkiminin maddi vakıalarla bağlı olduğu gerekçesiyle ceza yargılamasındaki haksız tahrik hükümleri kapsamında uygulanan indirim oranının hukuk yargılaması bakımından da geçerli olduğu ve aynı oranda maddi tazminata yansıtılması gerektiğini belirtmiştir[118]. Diğer bazı kararlarında Yargıtay, ceza mahkemesinin haksız tahrike dayanan indirim nedeninin üst sınır oluşturduğunu kabul ederek hukuk hâkiminin indirime ilişkin takdir yetkisini, bu üst sınırı aşmayacak şekilde kullanması gerektiğine

---

[113] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2574; **Aydın Ünver**, 235.
[114] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 250; **Aydın Ünver,** 237.
[115] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 252; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 711 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2574-2575; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 352. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 446.
[116] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 252; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2574; **Kapancı**, 530.
[117] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 353; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 176; **Kapancı**, 535. Yarg. 19. HD. E. 2018/2249 K. 2019/4543 T. 30.9.2019: "*...Oysa, BK. 53 (TBK 74) maddesinde ceza hakiminin, hangi kararlarının hukuk hakimini bağlamayacağı hükme bağlanmış olup, bağlayıcı kararların nelerden ibaret olduğuna değinilmemiştir. Ne var ki, öğretide ve uygulamada maddenin mefhumu muhalifinden hareketle; ceza hakiminin maddi vakıaya ilişkin kesinleşmiş tespitin hukuk hakimini bağlayacağı hususunda genel bir kabul oluşmuştur."* (KBİBB. E.T. 15.03.2024).
[118] Yarg. 4. HD. T. 23.11.2015 E. 2014/16104 K. 2015/13469: "*Dosya kapsamından, ceza mahkemesinde yapılan yargılama sonunda desteğin olayın meydana gelmesinde haksız tahrikinin bulunduğu ve davalı hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması sırasında maddi ve manevi tazminat miktarlarından tahrik nedeni ile herhangi bir indirim yapılmamıştır. Şu durumda, desteğin müterafik kusurunun varlığı göz önünde bulundurularak maddi tazminattan tahrik indirimi oranında, manevi tazminattan ise matematiksel olmamak koşuluyla uygun bir indirim yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekir. Bu hususun gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir*." (KBİBB. E. T. 26.05.2022).

hükmetmiştir[119]. Ceza hâkiminin haksız tahrike dayanarak ceza indirimi yaptığı durumlarda, hukuk hâkiminin de tazminatta indirim yapması gerektiğine ilişkin yaklaşım, doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre, örneğin failin ağır kusurlu olduğu hâllerde zarar görenin kusurunun bulunması, tazminatta indirim yapılmasını gerektirmeyebilir[120].

Kanaatimizce, TBK m. 74'te düzenlendiği üzere, hukuk hâkiminin kusur değerlendirmesi ve zararın tespiti konularında ceza mahkemesinin kararları karşısında bağımsız olduğu kabul edilmelidir. Hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin tespit ettiği maddi vakıalarla bağlı olması, haksız tahrikin bir maddi vakıa olarak tespit edildiği hâllerde, onun bu durumu zarar görenin kusuru olarak göz önünde bulundurması gerektiği anlamına gelmektedir[121]. Ancak bu durumda dahi hukuk hâkiminin, birlikte kusur nedeniyle indirim yapıp yapmama, yapacaksa bunun ne oranda olacağı konularında somut olayın şartlarını dikkate alarak serbestçe karar alabileceği kabul edilmelidir. Ceza mahkemesinin haksız tahrike dayanan indirim kararında hukuk hâkiminin bağlı olduğu husus, ceza mahkemesinin indirim oranı değil, zarar görenin birlikte kusurunun bulunduğu yönündeki maddi vakıadır[122].

[119] Yarg. 10. HD. T. 18.6.2001 E. 2001/4311 K. 2001/4712: "*Davaya konu edilen peşin değerli gelirlerin bağlanmasına suç sayılır eylemiyle neden olan davalının, kasten adam öldürmek suçu nedeniyle yargılandığı ceza davasında, suçu hafif haksız tahrik etkisi altında işlediği kabul edilerek cezasından Türk Ceza Kanununun 51/1 maddesinin uygulanması suretiyle ¼ oranında indirim yapılması yoluna gidildiğinin anlaşılması karşısında, Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca hukuk hakimi açısından da bağlayıcılık kazanan bu maddi olgu gözetilerek hükmedilen miktardan Borçlar Kanununun madde 43,44 göre ¼ oranını aşmamak üzere takdir edilecek oranda indirime gidilmesi gereğinin gözetilmemiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."* (KBİBB. E. T. 26.05.2022).
[120] **Nomer**, 67.
[121] **Nomer**, 67.
[122] **Aydın Ünver**, 250-251.

BİRİNCİ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR VE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR

§ 5. ZARAR GÖRENİN KUSURU KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Haksız fiil sorumluluğu, hukuka aykırı ve kusurlu bir davranışıyla başkasına zarar veren kimsenin bu zararı tazmin etmesi esasına dayanmaktadır[123]. Zarar, esas itibariyle zarar veren kimsenin davranışı sonucu meydana gelmekle birlikte, durum her zaman bundan ibaret olmayabilir. Zarar verenin davranışından başka, üçüncü kişinin davranışı, zarar görenin davranışı ve hatta tarafların göz önünde bulunduramayacağı bazı dış etkenler de zararın doğmasına ve artmasına birlikte neden olabilirler. Bu hâllerde, sadece zarar vereni sorumlu tutmak hakkaniyete uygun düşmez; sorumluluğun adil bir şekilde taraflar arasında paylaştırılması gerekir. Diğer bir anlatımla, zararın doğmasına neden olan birden fazla etken bulunması hâlinde, sorumluluğun nasıl paylaştırılacağı sorununun hakkaniyetli ve adalete uygun bir şekilde çözümlenmesi gerekir.

Zarar görenin, uğradığı zararın doğmasında ya da doğan zararın artmasında kendi kusurunun bulunması, zarar görenin kusuru kavramını ortaya çıkarmıştır[124]. Zarar görenin kusurunun indirim sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı yatmaktadır[125]. Nitekim, zarara uğramamak için kendisinden beklenen özeni göstermeyen veya zarar meydana geldikten sonra zararın

[123] Sorumluluk hukukunun öncelikli amacı, malvarlığında ve şahıs varlığında irade dışı meydana gelen azalmanın (zararın) giderilmesidir (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 311; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 581; **Eren**, Borçlar Genel, N.1604).

[124] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 533-534; **Huguenin**, N. 1889.

[125] **Oftinger**, 159; **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 3; **Stehle/Reichle**, OR Art. 44, N. 1; **Eren**, Uygun İlliyet, 190; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 339. Zararın doğmasına engel olma ve zararı azaltma ödevleri, dürüstlük kuralının yanı sıra uyandırılan güvene aykırı davranma yasağına ("*venire contra factum proprium*") ve sosyal adalet düşüncesinin bir gereği olarak kamu yararına da dayanmaktadır (**Antalya**, Borçlar Genel, N. 2400).

artmaması için çabalamayan kimsenin davranışının sonuçlarına zarar verenin katlanması beklenemez. Zarar gören, kendi kusurunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır[126]. Zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi, ahlak kurallarına ve kamu yararına da uygun düşmektedir[127]. Zira, sorumlu olan kişi mutlak olarak bütün zararları tazmin etmekle yükümlü kılınsaydı, zarardan kaçınmak için gerekli tedbirlerin alınması da ihmal edilmiş olurdu.

Zarar gören kimsenin, haksız fiil gerçekleşmeden önce ya da fiilin işlenmesi sırasında kusurlu davranışta bulunması, zararın doğumunda etkili olurken; haksız fiilin gerçekleşmesinden sonraki kusurlu davranışları, doğan zararın artmasına sebep olur. Bu kapsamda, zarar görenin, hem aktif bir davranışla zararın doğmasına ya da artmasına sebep olması hem de zararın artmasını engelleyebileceği hâlde pasif (hareketsiz) kalması, kusurlu davranış olarak nitelendirilmektedir. Başka bir anlatımla, zarar görenin kusurlu davranışı, yapma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, yapmama (ihmal) şeklinde de kendini gösterebilir[128].

Görüldüğü üzere, zarar görenin kusurlu olarak nitelendirilen davranışı, kendi menfaatini korumak için gereken özeni ve çabayı göstermemesidir[129]. Dolayısıyla zarar görenin kusurunu, *"makul, dürüst ve orta zekalı bir kimsenin zarara uğramamak için ya da uğradığı zararın artmasını engellemek için kaçınması beklenen davranışlar bütünü"* olarak tanımlamak mümkündür[130]. Yargıtay, zarar görenin kusurunu, "*makul bir kimsenin kendi yararına sakınmak zorunda olduğu düşüncesiz, dikkatsiz bir hareket tarzı*" olarak tanımlamaktadır[131]. Ayrıca Yargıtay, zarar görenin kusurunun söz konusu olabilmesi için, *"zarar görenin… başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde*

[126] **Oftinger**, 159; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 108; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 339. YHGK. T. 21.12.2022 E. 2021/21-213 K. 2022/1824: "*Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrası; "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir." hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere bu fıkra daha çok zarar görenle ilgili olup "hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" yönündeki genel hukuk ilkesinin etkisiyle düzenlenmiştir."* (KBİBB. E. T. 20.03.2023).
[127] **Arsebük**, 142; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 109.
[128] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 378; **Nomer**, 106 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 599.
[129] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 594; **Nomer**, 83-84.
[130] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 319; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 109; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 376; **Eren**, Uygun İlliyet, 190; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1802.
[131] YHGK. T. 15.6.2021 E. 2021/19-361 K. 2021/772 (KBİBB. E. T. 20.03.2023).

davranmamak suretiyle kınanabilen bir eylemin vücut bulması" gerektiğini kabul etmektedir[132].

Zarar görenin kusuru, derecesine göre iki etkiye sahiptir. İlk olarak, zarara sebep olan fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşarak zararı vereni sorumluluktan kurtarabilir[133]. Nitekim, zarar görenin ağır kusuru, nedensellik bağını kesen sebeplerden biridir. Bu durumda zarar görenin kusurlu davranışı, zararlı sonucun tek (inhisari) sebebidir. Nedensellik bağını kesen zarar görenin kusurlu davranışının çoğu durumda kast veya ağır ihmal düzeyinde olması gerekmektedir[134]. Nitekim, hafif kusurun zararlı sonucun tek sebebi olması, olağan hayat akışında pek de mümkün değildir. İkinci hâlde, zarar görenin kusurlu davranışı, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmamakla birlikte, zararın doğumuna ya da artmasına sebep olabilir[135]. Bu hâlde söz konusu davranış, TBK m. 52/I kapsamında tazminattan indirim sebebi oluşturur.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I'de hâkime, tazminatı indirme veya tamamen ortadan kaldırma konusunda takdir hakkı tanınmıştır. TMK m. 4 uyarınca takdir hakkını kullanan hâkimin, hükmün amacını göz önünde bulundurarak kanunun çizdiği sınırlar dahilinde hakkaniyete uygun bir karar vermesi gerekmektedir. TMK m. 4 uyarınca, *"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."* TBK m. 52/I'in, "*hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz*" ilkesine dayandığı kabul edilmektedir[136]. Bu ilkeden hareketle, hükmün gerçek amacının, ortak kusur hâlinde, zararın söz konusu kusura denk gelen payının indirilmesi olduğu, tazminata hiç hükmedilmemesinin ise istisnai nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır[137]. Zarar verenin tamamıyla sorumluluktan kurtulabilmesi esas itibariyle, zarar görenin kusurunun zarara sebep olan olay ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağını ortadan kaldıracak yoğunlukta olması durumunda söz konusu olabilir. Bu durumda ise, TBK m. 52/I hükmüne başvurulmasına gerek olmadan da zarar verenin genel kurtuluş kanıtının ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Ancak kanun

[132] Yarg. 13. HD. T. 15.6.1995 E. 1995/5604 K. 1995/5908 (KBİBB. E. T. 12.08.2022).
[133] **Oftinger**, 111, 158; **Huguenin**, N. 1889; **Stehle/Reichle**, OR Art. 44, N. 6; **Deschenaux//Tercier**, 36; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Eren**, Uygun İlliyet, 187-188; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 41.
[134] **Gümüş**, Borçlar Genel, 431.
[135] **Oftinger**, 158; **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 3.
[136] **Oftinger**, 159; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 36.
[137] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 133; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 37.

koyucunun hâkime tazminata hükmetmekten vazgeçme yetkisi tanıması, genel kurtuluş kanıtı niteliğindeki nedensellik bağını kesen sebeplerden ayrı değerlendirilmelidir ve TBK m. 52/I hükmünün özellikle zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı durumlar için düzenlendiği kabul edilmelidir[138]. Bu kapsamda, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminata hükmedilmemesi, ancak zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesmemekle birlikte buna yakın bir yoğunlukta gerçekleşmiş olması durumunda söz konusu olabilir. Örneğin, zarar görenin ağır kusurlu olduğu bir olayda zarar veren hafif kusurluysa, hâkimin tazminata hükmetmekten vazgeçmesi mümkündür[139].

Hâkim, önüne gelen somut olayda, tarafların kusurlarını, kusursuz sorumluluk hâllerinde sorumlu kişinin varsa ek kusurunu, tehlike sorumluluğu hâllerinde zarara neden olan olayın tehlikelilik derecesini bir bütün olarak değerlendirerek tazminattan indirim yapmalı ya da gerekiyorsa tazminatı tamamen kaldırmalıdır. Bunu yaparken hâkim, özellikle teknik konularda (örneğin trafik kazalarında) uzman kişilerden görüş alarak tarafların zarara yol açan olaydaki paylarını ve kusur derecelerini tespit ettirebilir[140]. Hâkimin kendisine tanınan takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadığının tespiti için, hükmedilen kararda, tazminatta hangi sebebe dayanılarak ne oranda indirim yapıldığının gerekçelendirilerek açıklanması önemlidir[141].

Zarar görenin kusuru, haksız fiil sorumluluğunda tazminatta bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin olarak TBK m. 114'te, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda TBK m. 52/I hükmü, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat borcunda da uygulanır. Kural olarak, kanundan doğan borçların ihlali (örn. nafaka borcu) ve vekaletsiz işgörme sonucu doğan tazminat borcu da TBK m. 112 vd. hükümlerine tabidir. Bu sebeple TBK m. 52 hükmü, haksız fiil sorumluluğunda, sözleşme sorumluluğunda, kanundan doğan borçların ihlalinde ve vekaletsiz işgörenin verdiği zararın tazmininde uygulama alanı bulmaktadır[142].

[138] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 133.
[139] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 133.
[140] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 596; **Nomer**, 95; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 133-134.
[141] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 85-86.
[142] **Baysal**, 5; **Altınok Ormancı**, 10-11.

Buna karşılık borcun diğer bir kaynağı olan sebepsiz zenginleşmede, TBK m. 52/I hükmünün uygulanması mümkün görünmemektedir[143]. Zira, sebepsiz zenginleşmenin yaptırımı tazminat değil iadedir. İade borcunun kapsamının belirlenmesinde, iade borçlusunun iyiniyetli olup olmadığı göz önünde bulundurulur; oysa TBK m. 52/I'de dikkate alınan husus, zarar görenin kusurlu davranışıdır. Kusur ve kötüniyet, bazen aynı şeyi ifade etmekte ise de, esas itibariyle birbirinden farklıdır. Kötüniyet, bilip bilmeme haline ilişkin bir durumken; kusur, davranışa ilişkin bir durumdur. Diğer bir anlatımla, kötüniyet, bir hakkın kazanılmasına ilişkin bir eksikliği; kusur ise, davranışın temelini oluşturan iradenin hukuk düzeni ile çatışmasını ifade etmektedir[144]. Ayrıca, sebepsiz zenginleşme nedeniyle malvarlığında eksilme meydana gelen kişinin bu eksilmeye kendi davranışıyla yol açması ya da eksilmeyi birtakım önlemler alarak engellemesi de mümkün gözükmemektedir. Bu sebeplerle, TBK m. 52/I hükmünün sebepsiz zenginleşme ile örtüşmediği kanısındayız.

II. ZARAR GÖREN VE DİĞER İLGİLİLER

A. ZARAR GÖREN

Sorumluluk hukukunda, bir zararın doğması için, bu zararın üzerinde etkisini göstereceği bir süjenin, yani zarar görenin bulunmasına ihtiyaç vardır. Zarara maruz kalan kişiye, "*zarar gören*" denilmektedir. Zarar gören olmaksızın bir zarardan söz edilebilmesi de mümkün değildir. Zarar görenin kusurunun tespit edilebilmesi için, öncelikle zararın kimin malvarlığında meydana geldiğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Hukuka aykırı bir davranışla başka bir kimseyi bilerek ve isteyerek ya da gerekli özeni göstermeyerek zarara uğratan kişi, hukuk düzenince kınanarak yaptırımlara tâbi tutulmuştur[145]. Davranışlarıyla zararlı sonucu ortaya çıkaran bu kişiye ise, "*zarar veren*" denir. Sorumluluğun sınırlarının çizilmesi ve doğru bir şekilde paylaştırılması bakımından zararlı olayla ilişkili kişilerin tespit edilmesinin büyük önemi bulunmaktadır. Öncelikle zarar veren ve zarar gören kişiler tespit edilmelidir ki, üçüncü kişilerin kusurları, haksız yere onlara yüklenmesin. Bu çalışmada incelenen durumlar özelinde, "*zarar gören*" kavramının kimi ifade ettiğinin açıklanmasında yarar görmekteyiz.

[143] **Altınok Ormancı**, 11.
[144] **Aydın**, 135.
[145] **Nomer**, 70.

Öncelikle, kusur sorumluluğu bakımından incelendiğinde zarar gören, hukuka aykırı bir davranış sonucu, iradesi dışında malvarlığında ya da şahıs varlığında eksilme meydana gelen kişidir. Kusursuz sorumluluk hâllerinde ise, bir kimsenin bir kişi ya da şey üzerinde sahip olduğu egemenlik ilişkisinden doğan özen yükümlülüğünü ihlal etmesi ya da tipik tehlikenin gerçekleşmesi hâllerinde, olumsuz sonuçların üzerinde etkisini gösterdiği kimse, zarar görendir.

Tarafların belirli bir hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye ya da ortadan kaldırmaya yönelen karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki işlem, sözleşme olarak nitelendirilmektedir. Sözleşmenin tarafları, alacaklı ve borçludur. Sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa ile yükümlü olan kişi borçlu, edimi talep etme yetkisine sahip olan taraf ise alacaklı sıfatını taşımaktadır. Sözleşme sorumluluğunda bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle zarar gören kimse, bu borcun alacaklısı konumundaki kişidir.

B. DİĞER İLGİLİLER

1. Temsilciler

Bir hukukî işlemi temsil olunan adına ve hesabına yaparak, yaptığı işlemin sonuçlarının temsil olunan kişi üzerinde doğmasını sağlayan kişiye, temsilci denir[146]. Temsilin, yetkinin kaynağına göre iradi temsil ve yasal temsil olmak üzere iki türü bulunmaktadır[147]. İradi temsilde temsil yetkisi, temsil olunanın iradesine bağlı olarak doğmakta iken; yasal temsilde bu yetki, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Zarar gören, bir temsilci vasıtasıyla eylem ve işlemlerini gerçekleştiriyorsa, uğradığı zararda temsilcisinin eylemlerinin de payı olabilir. Dolayısıyla, zarar görenin, temsilcisi aracılığıyla zarar görmesi mümkündür. Bu hâlde, söz konusu davranışlardan zarar görenin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususunun incelenmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 40 ve devamı maddelerinde iradi temsil düzenlenmiştir. İradi temsilin doğrudan doğruya olanında, temsilcinin üçüncü bir kimseyi zarara uğratmasından doğrudan temsil olunan sorumludur. Zarar görenin kusurunun özel olarak düzenlendiği hâllerden biri, yetkisiz temsilde görülmektedir[148]. TBK m. 46/I hükmü

[146] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1316; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 167; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 376.
[147] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 168-169; **İnceoğlu**, 40; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1342 vd.; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 378.
[148] **Baysal**, 58.

uyarınca, *"Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar."* Temsil olunanın yetkisiz temsilcinin yaptığı hukuki işlemi onamamasına ilişkin olarak getirilen TBK m. 47/I uyarınca ise, *"Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya* bilmesi *gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez."*

Görüldüğü üzere, temsilcinin temsil yetkisini aşan bir konuda hukuki işlem yapması durumunda, bu işlemin temsil olunanı bağlaması, onun rızasına bağlıdır[149]. Rıza göstermediği durumlarda, doğan zararlardan yetkisiz temsilci sorumlu tutulmuştur. Ancak kanun koyucu, bu noktada, hukuki işlemin karşı tarafının iyiniyetli olup olmamasına göre bir ayrım yapmıştır. Buna göre yetkisiz temsilciye, işlemin karşı tarafının işlem yapıldığı sırada kendisinin yetkisiz temsilci olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlayarak, sorumluluktan kurtulma imkânı getirilmiştir. Bu hâlde kanun koyucunun karşı tarafa kusur olarak yüklediği davranış, temsil yetkisinin eksikliğini bilinebilmesidir. Başka bir anlatımla, hukuki işlemin karşı tarafı, temsilcinin yetkisiz olduğunu bilmesine ya da bilebilecek durumda olmasına rağmen işlem yapmışsa, zararın doğmasına etki etmiş kabul edilir[150].

Türk Borçlar Kanunu m. 47/I'de öngörülen zararın tazmininin istenmesi, TBK m. 50 vd. hükümlerine tabidir; bundan dolayı, TBK m. 52 kapsamında tazminattan indirime gidilmesi mümkündür. Ancak zarar görenin kusuruna ilişkin getirilen bu özel düzenleme, TBK m. 52/I'den farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Kanun koyucu burada, TBK m. 52 hükmü ile hâkime tanınan takdir yetkisini bertaraf ederek doğrudan tazminatın kaldırılacağını düzenlemiştir. Kanunun bu açık hükmü karşısında, karşı taraftan temsilcinin yetkisiz olduğunun bilmesinin beklendiği durumlarda, tazminatta indirim yapılması söz konusu olmaz[151].

---

[149] **Gauch/Schluep/Schmid**, N. 1378.

[150] Kanun koyucu, söz konusu davranışın tazminatı tamamen ortadan kaldıracak ağırlıkta olduğunu öngörmüştür (**Baysal**, 58-59). *İnceoğlu*'na göre, TBK m. 47 hükmü kapsamındaki tazminat talebi sadece zararı azaltma külfetine aykırılık durumunda indirilebilir. Buna göre, sözleşmenin kurulması sırasında temsil yetkisinin eksikliğinin bilinmesi, tazminata hükmedilmemesine neden olur. Ancak işlemin yapılmasından sonra yetkisizliğin öğrenilmesi ve buna rağmen zararın artmasına ilişkin önlem alınmaması, tazminattan indirime sebep olur (**İnceoğlu**, 481).

[151] **İnceoğlu**, 454 vd; **Baysal**, 59.

Karşı tarafın iyiniyetinin arandığı an, işlemin yapıldığı andır[152]. Bu nedenle zarar gören konumundaki sözleşmenin tarafının, işlemin yapılmasından sonra karşı tarafın yetkisizliğini öğrenmesi, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kalkması sonucunu doğurmaz. Bu durum ancak, temsilcinin yetkisizliğini öğrenen zarar görenin daha sonra zararın artmasını engelleyebilecek olmasına karşın pasif kalması hâlinde, tazminatta indirime yol açabilir[153]. Örneğin, yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı taraf, temsil olunandan uygun bir süre içinde söz konusu işlemi onayıp onamadığını bildirmesini isteme hakkını (TBK m. 46/II) kullanmaktan kaçınırsa, zararın artmasına sebep olabilir. Eğer derhal süre vererek işlemin onanmasını sağlayabileceği hâlde bunu yapmayarak ya da geç yaparak zararının artmasına sebep olursa, bu durum TBK m. 52/I kapsamında bir indirim sebebi sayılır[154]. Yetkisiz temsil olunan sözleşmeyi onaylamama hakkını uzun süre kullanmayarak üçüncü kişide bu hakkı artık kullanmayacağı yönünde haklı bir güven yarattıktan sonra bu hakkını kullanması da dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur[155].

Yetkinin kaynağına göre yapılan ayrımda temsilin diğer türü, yasal temsildir. Zarar görenin kusuruna ilişkin olarak yasal temsil, genellikle veli ve çocuk arasındaki ilişkiyi ifade eden velayet bağlamında ele alınmaktadır. Kural olarak ergin olmayan çocuk, anne ve babasının velayeti altındadır ve bu kimseler evli oldukları sürece velayet hakkını birlikte kullanırlar (TMK m. 335 vd.). Velayet hakkının kapsamına ilişkin olarak kanun koyucu, anne ve babanın çocuğun eğitim ve bakımına ilişkin kararları onun menfaatini göz önünde bulundurarak birlikte alıp uygulayacaklarını hükme bağlamıştır (TMK m. 339). Velayet hakkı kapsamında velilerin, çocuğu koruyup gözetme yükümlülükleri bulunmaktadır. Ana ve babanın, kanundan doğan bu yükümlülüklerini ihlal etmesi nedeniyle küçüğün zarara uğraması söz konusu olabilir. Bu noktada, üzerinde durulması gereken husus, velilerin çocuğu gözetip kollama görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri nedeniyle çocuk bir zarara uğrarsa, zarardan sorumlu olan diğer kişilerin anne babaya karşı bu tedbirsiz davranışlarını ileri sürerek tazminatta indirim talep edip edemeyecekleridir[156].

[152] **İnceoğlu**, 454.
[153] **İnceoğlu**, 481; **Baysal**, 59.
[154] **İnceoğlu**, 430; **Baysal**, 59-60.
[155] **Kutlu Sungurbey**, 62.
[156] *Nomer*, konunun değerlendirilmesinde bir borç ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre ayrım yapmıştır. Şöyle ki, küçüğün/kısıtlının bir borç ilişkisine taraf olması durumunda gerek sözleşmenin karşı tarafının gerekse küçüğün/kısıtlının karşı tarafa açtığı tazminat davasında yasal temsilcilerin kusuru küçüğe/kısıtlıya yüklenebilir. Buna karşılık haksız fiil durumunda, kanuni temsilci küçüğü/kısıtlıyı temsil etmediği için, yasal temsilcilerin davranışlarının küçüğe/kısıtlıya yüklenmesi mümkün değildir (**Nomer**, 124-125).

Zarar gören küçüğün uğradığı zararın tazmini talebinde bulunulması durumunda, zarara sebep olan tarafın, ana babanın yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle tazminattan indirim talep etmesi söz konusu olabilir. Küçüğe ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin ortak noktası, onun menfaatini korumaya yönelik olmalarıdır. Eğer küçüğün zarara uğramasında velisinin de kusurunun bulunduğu kabul edilip talep edilecek tazminat miktarı indirilirse, ana babanın kusuru çocuğu yüklenmiş ve çocuğun menfaati ikinci plana itilmiş olur. Bu nedenle, velinin kusuru, zarar gören çocuğun tazminat talebine karşı ileri sürülemez[157]. Bu hâlde ancak, zararda payı olan ana ve baba, özen yükümlülüğünün ihlâli nedeniyle, TBK m. 61 kapsamında zarar veren ile birlikte çocuğa karşı müteselsilen sorumlu kabul edilebilir[158].

2. Yardımcı Kişiler

Zarar görenin yardımcılarının kusurlu davranışları da, zarar görenin kusuru olarak kabul edilir[159]. Yardımcı kişilerin yükümlülüklerinden biri, adına çalıştıkları kişileri gelecek tehlikelere karşı korumak için gerekli önlemleri almaktır. Eğer yardımcı kişiler, kendilerine düşen bu yükümlülüğü yerine getirmezlerse, bunun sonuçlarına zarar veren değil zarar gören katlanır. Türk hukukunda, yardımcı kişinin kusurundan zarar görenin sorumlu tutulması, esasen Türk Borçlar Kanunu'nun 66. ve 116. maddelerinin kıyasen uygulanmasıyla mümkün olmaktadır[160]. Burada incelenmesi gereken husus, TBK m. 66 ve TBK m. 116 hükümlerinin kıyasen uygulanarak, zarar görene, yardımcı kişilerin kusursuz davranışlarının da yüklenip yüklenemeyeceği hususudur.

İşlerinin görülmesi için başka bir kimsenin hizmet edimine başvuran, kendi gözetimi ve denetimi altında çalıştırarak onun bu hizmetinden yararlanan kişiye adam çalıştıran denir[161]. Türk Borçlar Kanunu'nda, yardımcı kişilerin işin görülmesi sırasında başkalarına

---

[157] **Becker**, BK OR Art. 44, N. 14.

[158] **Oftinger**, 167-168; **Nomer**, 126; **Gürsoy**, Maddi Tazminat, 342. Bir görüşe göre, yasal temsilcilerin, zarar görenin uğradığı zararın artmasında kusurlu olmaları hâlinde tazminatta indirim yapılması mümkündür. Bu hâlde zarar gören küçük/ kısıtlı, zararın artan kısmı için yasal temsilcisine rücu edebilir. Temsilcisini seçmede kendi iradesi bulunmayan küçüğün/kısıtlının zararı tamamen üstlenmesi yerine bu tarz bir sınırlama getirilmesi daha adildir (**Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 387, dn. 413).

[159] **Oftinger**, 163-164; **Stehle/Reichle**, Art. 44, N. 3; **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 3; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Nomer**, 119; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 127 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2395; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 342-343; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 41; **Fischer**, OFK OR Art. 44, N. 20-21.

[160] **Nomer**,120 vd. Esasında bu hâlde, zarar görenin ya da zarar verenin kendi menfaatleri çerçevesinde kullandığı her üçüncü kişi yardımcı kişi olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 2395; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 22.

[161] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1926; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 617.

verdiği zararlardan çalıştıranın sorumlu tutulması, zarar gören ile çalıştıran arasında sözleşme ilişkisi olup olmamasına göre iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, sözleşme dışı sorumluluk esasında dayanan TBK m. 66 hükmü, diğeri ise sözleşme ilişkisine dayanan TBK m. 116 hükmüdür.

Türk Borçlar Kanunu m. 66/I hükmü uyarınca, *"Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür."* Burada zarar gören ile adam çalıştıran arasında bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. İlgili hükümde, adam çalıştıranın yardımcısı konumundaki kişinin, adam çalıştırana ait bir işi görürken üçüncü bir kimseyi zarara uğratma hâli düzenlenmektedir. Hukukî niteliği itibariyle adam çalıştıranın sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk türü olan özen sorumluluğudur[162]. Adam çalıştıran, çalışanlar üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinin sonuçlarından sorumlu tutulmuştur. Adam çalıştıranın kusursuz sorumluluk esasına göre çalışanlarının özensiz davranışlarından sorumlu tutulması, hakkaniyet ilkesine de uygun düşmektedir. Nitekim, bir başkasının hizmetinden yararlanan kişinin, bu hizmet ediminin yerine getirilmesi sırasında doğabilecek zararları da üstlenmesi gerekmektedir[163]. Ayrıca yardımcı kişilerin, adam çalıştırana kıyasla ekonomik bakımından daha zayıf durumda olması da, hem zarar görenlerin hem de bu kişilerin korunması ihtiyacını arttırmaktadır[164]. Adam çalıştıranın sorumluluğu, özen sorumluluğu niteliği taşıdığı için, çalıştırdığı kişilerin kusurundan bağımsız olarak doğmaktadır. Bu sebeple, objektif özen yükümlülüğünün ihlâli ile bunun sonucu meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması, zararın doğması için yeterlidir[165].

Kanun koyucu, TBK m. 66 hükmü ile, bir zarar doğması hâlinde adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmediği yönünde bir kusur karinesi getirmiştir[166]. Yardımcı kişi kusurlu da olsa kusursuz da olsa adam çalıştıran doğan zarardan sorumludur. Ancak bunun yanında, adam çalıştırana, kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmıştır. Adam çalıştıran, zararın meydana gelmemesi için gerekli objektif özeni göstermiş olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulur[167]. Bunun için adam çalıştıranın, çalışanın seçiminde, işle

---

[162] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 436; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1914; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 106 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 503 vd.; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 615-616.
[163] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 438, N 440; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1915; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 109.
[164] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1915.
[165] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 108; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1922.
[166] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 455; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 109.
[167] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1939; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 459; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 508 vd.

ilgili talimat vermede ve denetlemede gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekir. TBK m. 66 hükmü ile ispat yükü ters çevrildiği için, bu hükmün zarar görenin kusuruna kıyasen uygulanması mümkündür. Bu hâlde adam çalıştıran, zarar gören konumundadır. Eğer adam çalıştıranın uğradığı zararın doğmasında ya da artmasında, yanında çalıştırdığı yardımcısının da kusuru bulunmaktaysa, bu durum tazminatın hesaplanmasında dikkate alınır ve tazminat miktarı zarar veren lehine indirime tâbi tutulur. Zarar gören konumundaki adam çalıştıranın, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Adam çalıştıran, yardımcı kişinin seçiminde, talimat vermede ve denetiminde özensiz davranmış ise, bizzat kendisi kusurlu kabul edilir ve tazminat miktarı TBK m. 52 hükmüne göre indirime tabi tutulur. Burada zararın indirilmesinin sebebi, yardımcı kişinin bulunmayan kusurunun adam çalıştırana yüklenmesi değil, adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğünü ihmal etmesidir[168]. Buna karşılık, adam çalıştıran kurtuluş kanıtı getirirse, yardımcı kişinin kusuru adam çalıştırana yüklenemeyeceği için TBK m. 52/I hükmü de uygulanmaz[169]. Durumu bir örnekle açıklayacak olursak; (A) arabasını bakıma götürmesi için şoförü (B)'ye onu teslim etmiştir. (B) arabayı bakıma götürmek üzere trafikte seyrederken kamyon şoförü (C), kusurlu olarak aracı ile (B)'nin kullandığı arabaya çarpmıştır. Bu hâlde zarar gören konumunda bulunan kişi (A)'dır. Burada sorun, kazanın meydana gelmesinde herhangi bir şekilde (B)'nin de kusuru bulunmakta ise, bu kusurun (A)'ya yüklenip yüklenemeyeceğine ilişkindir. Eğer kazanın meydana gelmesinde (B)'nin kusurlu davranışları da rol oynamış ise, (B)'nin bu davranışlarından (A) sorumlu tutulur. Dolayısıyla (A) lehine hükmedilecek tazminat miktarı, buna göre indirilir. Bu olayda, kazadan önce (A) ile (C) arasında bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. TBK m. 66 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla (A), kurtuluş kanıtı getirerek tazminatta indirime gidilmesinin önüne geçebilir.

Yardımcı kişilerin fiillerinden çalıştıranın sorumlu tutulduğu bir diğer hâl de TBK m. 116'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, *"Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür."* Bu hâlde çalıştıran kişi, borcun ifası

[168] **Baysal**, 56.
[169] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 128. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Nomer**, 122 vd. Yazara göre zarar gören, TBK m. 66'ya göre kurtuluş kanıtı getirerek yardımcısının kusurunu üstlenmekten kurtulamaz. Buna karşılık, zarar gören kurtuluş kanıtı getiremediği takdirde, yardımcı kişinin kusurundan değil, kusursuz davranışlarından da sorumlu olur. Bunun yanı sıra, kurtuluş kanıtı getirilememesi, yardımcı kişinin kusurunun tazminatın belirlenmesinde daha büyük bir indirime yol açmasına neden olur.

için yardımcı kişinin hizmet edimine başvuran, yardımcı kişi ise edimin ifası sırasında bir zarara sebep olan kimsedir.

Bir görüşe göre[170], ifa yardımcılarının davranışları nedeniyle doğan sorumlulukta zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılması, zararın doğmasına değil artmasına sebep olma hâli için mümkündür. Nitekim, TBK m. 116'nın uygulama şartlarından ilki, taraflar arasında bir borç ilişkisinin bulunmasıdır. Haksız fiilde, zarar veren ile zarar gören arasında önceden bir hukukî ilişki bulunmamaktadır. Ancak haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra, zarar veren bakımından tazminat borcu, zarar gören bakımından ise zararı azaltma külfetinin doğmasıyla taraflar arasında bir hukukî ilişki kurulmuş olur. Zarar görenin zararı azaltma külfetini kendisine bıraktığı kişilerin bu külfeti yerine getirmeyerek, zarar görenin zararını arttırmaları durumunda, tazminat miktarı bu nedenle azaltılabilir. Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. TBK m. 116 hükmünün sözleşme sorumluluğu kapsamında getirilmiş bir düzenleme olması gerekçesiyle TBK m. 52/I'in uygulanamayacağı düşüncesi kabul edilemez. Zira, TBK m. 114/II hükmünün açık ifadesi karşısında, TBK m. 52/I'in sözleşmenin ihlalinden doğan zarar bakımından da bir indirim sebebi olarak dikkate alınacağında şüphe bulunmamaktadır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre[171], taraflar arasında bir borç ilişkisinin bulunduğu ve yardımcı kişinin zararın meydana gelmesinde ya da artmasında kusurunun bulunmadığı hâllerde, TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla zarar gören sorumlu tutularak tazminattan indirim yapılamaz. TBK m. 66'nın aksine, TBK m. 116'da çalıştırana, kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır[172]. TBK m. 66'da kanun koyucu, bir kusur karinesi getirerek çalışanların sebep olduğu zararlardan adam çalıştıranı, yardımcı kişiyi seçmede, denetlemede ya da ona talimat vermede özensiz davranması gerekçesiyle sorumlu tutmaktadır. Bu kapsamda adam çalıştıran zarar gören konumunda olduğu takdirde, kendi kusurlu davranışı sebebiyle tazminattan indirim yapılır. Yardımcı kişi kusursuz olsa dahi adam çalıştıran özensiz davranışları sebebiyle kusurlu kabul edilerek TBK m. 52/I hükmüne göre tazminat miktarı indirilebilir. Oysa TBK m. 116 hükmünde, bir kusur karinesi getirilmediği için borçlu, yardımcı kişilerin davranışlarından kusursuz sorumludur. TBK m. 116'da çalıştıran borçlu, yardımcı kişi yerine geçerek onun davranışında bulunmuş olsaydı, kendisi kusurlu olarak nitelendirilecek idiyse sorumlu olur. Burada farazi kusur söz konusu

[170] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 387.
[171] **Baysal**, 55-56.
[172] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 898.

olduğu için borçlunun, kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir[173]. TBK m. 116 hükmüne zarar görenin kusuru kıyasen uygulanırsa, zarar gören bir nevi kusursuz sorumlu tutulmuş olur. Zira, zarar görenin yardımcılarının kusursuz davranışlarının bile indirim sebebi olmasının önü açılmış olur[174]. Bu nedenle, TBK m. 116 hükmünün kıyasen zarar görenin kusuruna uygulanamayacağı ileri sürülmektedir[175].

Tüzel kişinin organları, yardımcı kişi sıfatını haiz değildir[176]. TMK m. 50 uyarınca, tüzel kişi, iradesini organları aracılığıyla açıklar ve organların yaptığı hukukî işlemlerden sorumlu olur. Organların fiil ve davranışları bizzat tüzel kişinin davranışı niteliği taşıdığından, organların kusuru tüzel kişinin kusuru sayılır[177]. Dolayısıyla, tüzel kişinin zarar gören konumunda olduğu hâllerde, organın kusuru, TBK m. 52 anlamında zarar veren lehine bir indirim sebebi oluşturur.

3. Yansıma Zarar Kapsamında Zarar Görenler

Türk- İsviçre hukukunda hâkim olan anlayışa göre[178], zarar verenden tazminat isteme hakkı, esas itibariyle bu fiilden doğrudan doğruya zarar gören kimseye aittir. Üçüncü kişilere tanınan tazminat talep etme hakkı ise istisnai niteliktedir. Bazı hâllerde, haksız fiile doğrudan maruz kalan kişiler dışında üçüncü kişilerin de aynı fiil sebebiyle zarar görmeleri mümkündür. Bu nedenle kanun koyucu, zarar görenin koruma alanı içinde bulunan yakınlarının da zarar görenin uğradığı zarardan etkilenmeleri durumunda, yansıma zarar kapsamında kendi zararlarının tazminini isteme hakkı tanımıştır. Ancak bu haller istisnai nitelikte olduğundan, kanunda açıkça belirlenen hâller dışında yansıma zararın tazmini söz konusu olmaz[179].

Yansıma zarar kavramı, haksız fiile maruz kalan kişiden başka bir kimsenin söz konusu fiil sebebiyle uğradığı zararı ifade etmektedir[180]. Bu yolla zarara uğrayan kişiler, her ne kadar haksız fiilin doğrudan muhatabı olmasalar da, bu fiilden dolayı zarar görmektedirler. Doktrinde, yansıma zararın, dolaylı zarar olduğu yönünde bir görüş bulunsa

[173] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1917; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 898.
[174] **Baysal**, 56.
[175] **Baysal**, 56.
[176] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 504; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2404; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 169 vd.; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 31; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 631.
[177] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 325; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 128; **Nomer**, 119; **Brehm**-BK OR. Art. 44., N. 40.
[178] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 562; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1646; **Çakırca**, 4 vd.
[179] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2355; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 307; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 299; **Yıldırım**, 249.
[180] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1646; **Gümüş**, Borçlar Genel, 458; **Erdoğan**, Borçlar Genel, 132.

da[181], bizim katıldığımız görüşe göre[182] yansıma zarar kavramı, doğrudan-dolaylı zarar ayrımından farklıdır. Doğrudan zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişinin bu fiil neticesinde araya başka herhangi bir sebep girmeksizin uğradığı doğrudan ve ilk zararı ifade etmektedir[183]. Buna karşılık zarar, sadece söz konusu hukuka aykırı fiil nedeniyle değil, ona eklenen diğer başka sebeplerin sonucu ortaya çıkmışsa, dolaylı zarar söz konusu olur[184]. Hem doğrudan hem de dolaylı zararda zarara uğrayan kimse, hukuka aykırı fiile doğrudan maruz kalan kimsedir. Buna karşılık, yansıma zararda zarara uğrayan kimse, üçüncü bir kişidir[185].

Sözleşmeye aykırılık durumunda yansıma yoluyla uğranılan zararların tazminini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır[186]. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda haksız fiil kapsamında doğan yansıma zararların tazmini özel olarak hükme bağlanmıştır. TBK m. 53'te bir maddi yansıma zarar türü olarak destekten yoksun kalma tazminatı, TBK m. 56/II'de ise ölüm veya ağır bedensel zararlar sebebiyle doğan yansıma manevi tazminat talebi hükme bağlanmıştır.

Zarara sebep olan olay sonucunda zarar görenin ölmesi hâlinde, bazı kimseler onun ekonomik desteğinden, bakım ve yardımından mahrum kalabilirler. Ölen kimsenin bu desteğinden yoksun kalanların uğradığı zarara, destek kaybından doğan zarar denir[187]. "*Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar",* TBK m. 53/I,3'te ölüm hâlinde uğranılan maddi zararlar arasında sayılmıştır. Destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya destekten yoksun kalan kimsenin şahsında doğar, aslî ve bağımsız bir nitelik taşır[188]. Destekten yoksun kalan kimseler, doğrudan doğruya zarar gören sıfatını haiz değil iseler de, zarar görenin bu durumundan etkilendikleri için yansıma yoluyla

[181] **Özel**, 83.
[182] **Gökyayla**, Destekten Yoksun Kalma, 60. *Çakırca*, yansıma zararın "dolayısı ile" zarar olduğunu ifade etmektedir. Bu hâlde, doğrudan-dolaylı zarar ayrımındaki nedensellik bağının yakınlığı ya da uzaklığı tartışmasına girilmeden meydana gelen zararın üçüncü kişilere olan etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Yansıma zarar ile dolaylı zarar arasındaki fark, hukuka aykırı fiilden farklı kişilerin zarar görmesidir (**Çakırca**, Yansıma, 73-74).
[183] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 565; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1645; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 474; **Gümüş**, Borçlar Genel, 458.
[184] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 565; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 474; **Gümüş**, Borçlar Genel, 458. *Eren*'e göre, takip eden ya da eşlik eden zarar olarak da adlandırılan dolaylı zararlar, ilk ihlal fiili ile uygun nedensellik bağı içinde bulunduğundan bunlar da doğrudan zarardır (**Eren**, Borçlar Genel, N.1645).
[185] **Çakırca**, Yansıma, 80; **Keskin**, Manevi Tazminat, 76.
[186] Hâkim görüş, sözleşmenin ihlaline dayalı alacaklının ölümü hâlinde de destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebileceği yönündedir (**Gümüş**, Borçlar Genel, 551).
[187] **Gürsoy**, Destekten Yoksun Kalma, 143; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2355; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 620.
[188] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2356; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 307; **Gümüş**, Borçlar Genel, 550.

zarar görmüş sayılırlar[189]. Bu hak, TBK m. 53/I,3 hükmü ile özel olarak tanınmamış olsaydı, destekten yoksun kalan kimselerin uğradıkları yansıma zararı tazmin ettirme hakları bulunmazdı[190].

Haksız fiilden doğan manevi yansıma zarara ilişkin olarak getirilen TBK m. 56/II hükmü uyarınca, *"Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir".* Doktrindeki hâkim görüşe göre, ağır bedensel zarara uğrayan kimsenin yakınının uğradığı zarar, yansıma zarardır[191].

Bu hükümler kapsamında zarara uğrayan üçüncü kişi, "*zarar görenin yakınları*" olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu, bir kimsenin uğradığı zarar sebebiyle bu kimsenin yakınlarının da aynı fiil sonucunda zarar görmesi hâlinde tazminat yükümlülüğü öngördüğü için, zarar görenin yakınları da zarar gören sıfatına sahiptir. Dolayısıyla, TBK m. 52 hükmü, bu kimseler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır[192].

§ 6. HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. BORÇ- KÜLFET AYRIMI

Alacaklı ile borçlu arasında kurulan hukukî ilişkiye borç ilişkisi (*Schuldverhältnis*)[193]; bu ilişkiye dayanarak alacaklının borçludan isteme yetkisine sahip olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu edime ise borç (*Schuld- Obligation*) denir[194].

Borç ile birlikte değerlendirilen ve kimi durumlarda birbiriyle karıştırılan kavramlardan biri külfettir. Alacaklının, borç ilişkisinden doğması mümkün olan hakları

[189] Doktrinde, destek kaybı nedeniyle uğranılan zararın yansıma zarar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 307; **Baysal**, 232-233; **Gümüş**, Borçlar Genel, 550; **Pıtırlı/Aladağlı**, 117.
[190] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2355; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 307; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 299; **Kılıçoğlu** (Kumru), 49.
[191] **Çakırca**, Manevi, 794-795; **Kılıçoğlu (Kumru)**, 39; **Gümüş**, Borçlar Genel, 545. *Keskin'e* göre, TBK m. 56/II kapsamında ağır bedensel zarar görenin yakınlarının uğradığı manevi zarar, doğrudan doğruya zarardır. İlgili hüküm, yansıma zararın tazminini öngören özen bir norm olmayıp doğrudan doğruya zararın tazminini düzenlemektedir (**Keskin**, Manevi Tazminat, 219-220). Aynı yönde bkz. **Kıraç Adır**, 78 vd.
[192] Detaylı bilgi için bkz. §8. III. B. 2.
[193] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 5; **Von Tuhr,** 6; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 16.
[194] **Gauch/Schluep/Schmid,** N. 24 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 60; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 12; **Oğuzman/Öz,** Cilt 1, N. 10; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 6.

kazanabilmesi veya kazanmış olduğu hakları koruyabilmesi için öngörülen davranış kuralları bütünü, külfet (*Obliegenheit*) olarak adlandırılmaktadır[195]. Külfet de bir davranışı konu edinmesi bakımından borç kavramına benzemekle birlikte, esas itibariyle bu iki kavram arasında önemli farklar bulunmaktadır.

Külfet olarak nitelendirilen davranışın yerine getirilmemesi hâlinde kişi, ya elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaz ya da böyle bir hakkı kaybeder[196]. Külfetin konusunu oluşturan davranış yerine getirilmediği takdirde, külfet yükümlüsü ifaya zorlanamayacağı gibi ondan tazminat da talep edilemez[197]. Buna karşılık borçlu, borçlandığı edimi yerine getirmediği takdirde alacaklı, borçluya karşı ifa davası veya tazminat davası açarak edimin yerine getirilmesi konusunda borçluyu zorlayabilir[198].

Bir borç ancak borçlu tarafından ihlâl edilebilir ve bu ihlâlin sonucu, hukukî sorumluluktur[199]. Buna karşılık külfetin yerine getirilmemesi, ancak alacaklı bakımından söz konusu olabilir ve külfetin yerine getirilmemesinin sonucu, bir hakkın elde edilememesidir ve bu nedenle hak sahibinin daha elverişsiz bir konuma geçmesidir[200]. Zira külfetin yerine getirilmesi, karşı taraf için değil külfet yükümlüsü lehine sonuçlar doğurur. Dolayısıyla bir külfetin yerine getirilmemesi, kişinin kendisi lehine doğacak hakların kaybı sonucuna yol açar[201].

Borç ve külfet ayrımı yapıldıktan sonra, zarar görenin kusuru bakımından konu değerlendirildiğinde, zararın meydana gelmesine ya da artmasına sebep olan hareketlerden kaçınmaya yönelik olarak zarar görene yüklenen davranışlar, yükümlülük değil külfet niteliği taşımaktadır[202]. TBK m. 52/I hükmünde kanun koyucu, bir kimsenin gördüğü zararda kendi davranışlarının da etkisi olması hâlinin tazminatın belirlenmesinde sorumlu kişi lehine göz önünde bulundurulacağı öngörülmektedir. Diğer bir anlatımla, bir kişinin uğradığı zarara kendi kusuruyla etki etmiş olması, onun hukuken daha elverişsiz bir konuma geçmesine neden olur. Zarar görenin bu külfeti ihlâl etmesi, ona karşı ifa davası açılması ya da bir tazminat talep edilmesi sonucunu doğurmaz. Kanun koyucunun, zarar görenin zararın

[195] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 31-32; **Eren**, Borçlar Genel, N. 118.
[196] **Eren**, Borçlar Genel, N. 118; **von Tuhr**, 10.
[197] **Eren**, Borçlar Genel, N. 118.
[198] **Feyzioğlu,** Borçlar Genel, 19; **Eren**, Borçlar Genel, N. 118.
[199] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 32.
[200] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 32.
[201] **Eren**, Borçlar Genel, N. 118.
[202] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 48; **Matthäus,** 137; **Baysal**, 43; **Altınok Ormancı**, 17; **Kurt**, 779; **Nomer**, 85; **Eren**, Borçlar Genel, N. 118.

doğmasına ya da artmasına sebep olmasını bir indirim sebebi sayarak buna hukukî sonuç bağlamış olması, bir yükümlülüğün mevcut olduğu anlamına gelmez[203]. Örneğin, hukuka aykırı bir fiil sebebiyle bedensel zarara uğrayan bir kimse, kendisinden beklenen önlemleri almayarak uğradığı zararın artmasına neden olursa, talep ettiği tazminat miktarından bu sebeple bir indirim yapılacağını göze almış olur. Yoksa zarar verenin, gerekli önlemleri almaması sebebiyle zarar görene bir tazminat davası açması mümkün değildir.

II. ZARAR GÖRENİN, KENDİSİNE ZARAR VERİCİ DAVRANIŞININ HUKUKA AYKIRI OLARAK NİTELENDİRİLİP NİTELENDİRİLEMEYECEĞİ HUSUSU

Bir kimsenin kendisine zarar verici nitelikteki davranışının hukuka aykırı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusuna cevap verilebilmesi için, ilk olarak hukuka aykırılık kavramının incelenmesini gerektirir. Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiili düzenleyen 49. maddesinde hukuka aykırılık, kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri sayılmıştır. Bununla beraber, söz konusu kavramın yasal bir tanımı yapılmamıştır. Böylece hukuka aykırılığın tanımı, içtihada ve doktrine bırakılmıştır[204]. Haksız fiil sorumluluğundaki hukuka aykırılık unsuru, sözleşme hukukundaki borca aykırılığın (Pflichtwidrigkeit) karşılığıdır[205].

Doktrinde, hukuka aykırılığı açıklayan sübjektif ve objektif olmak üzere iki teori bulunmaktadır[206]. Sübjektif teoriye göre[207], zarar verici fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için, failin böyle bir fiili işlemeye yetkisinin olmaması gerekir. Yani failin sorumlu tutulmasının sebebi, bir hakka dayanmadan ve yetkisi olmadan bir başkasına zarar vermesidir[208]. Aksine bir anlatımla, yetki alanı içinde hareket ettiği sürece failin başkalarına

---

[203] **Nomer**, 85.
[204] **Fischer,** OR Art. 41, N. 61; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1807; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 17.
[205] **Huguenin**, N. 1941.
[206] **Fischer**, OR Art. 41, N. 62 vd; **Honsell/Vogt/ Wiegand,** OR Art. 41, N. 31, 32; **İnan/Yücel**, 383; **Atamer**, Haksız Fiil, 24 vd.; **Kaneti**, 77; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1808; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 17 vd.; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N**.** 46.
[207] **Guhl/Koller**, § 24, N. 2; **Fischer**, OR Art. 41, N. 72; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 32; **Deschenaux//Tercier**, 41; **İnan/Yücel**, 383; **Atamer**, Haksız Fiil, 25; **Kaneti**, 77 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 18; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 46; **Gümüş**, Borçlar Genel, 433.
[208] **Huguenin**, N. 1943. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'un Fransızca metninde yer alan "*sans droit*" ("*haksız*") ifadesi sübjektif hukuka aykırılık teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak söz konusu ifade, "*d'une manière illicite*" ("*haksız bir şekilde*") ifadesi ile değiştirilmiş ve bu gerekçenin ortadan kalkmasıyla sübjektif hukuka aykırılık görüşü çoğunlukla terk edilmiştir (**Oser/Schönenberger**, Art. 41, N. 8; **Atamer**, Haksız Fiil, 25).

verdiği zarar hukuka aykırı olarak nitelendirilemez. Objektif teoriye göre (norm teorisi)[209] ise, failin zarar verici davranışı, genel bir davranış kuralını ihlâl ettiği sürece hukuka aykırı kabul edilir. Toplum hâlinde yaşayan kişilerin belirli hak ve menfaatlerini korumak ve toplumsal düzeni sağlamak amacıyla getirilen davranış kuralları bütününe, genel davranış kuralları denir[210]. Bu teoriye göre hukuka aykırılık, failin davranışına göre belirlenir. Objektif teorinin aynı zamanda normatif teori olarak da adlandırılmasının sebebi, kişilerin mal ve şahıs varlıklarını korumaya yönelik getirilen yazılı ya da yazılı olmayan emredici hukuk kurallarına aykırılığın hukuka aykırılık olarak kabul edilmesidir[211]. Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan teori, objektif hukuka aykırılık teorisidir[212]. Objektif hukuka aykırılık

[209] **Guhl/Koller**, § 24, N. 2; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 31; **Deschenaux//Tercier**, 41; **Gümüş**, Borçlar Genel, 434; **İnan/Yücel**, 384; **Atamer**, Haksız Fiil, 25; **Kaneti**, 82 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1810; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 46.
[210] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1810; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 48.
[211] **Huguenin**, N. 1942; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 18 vd.
[212] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 31; **Huguenin**, N. 1942. İsviçre Hukukunda, objektif ve sübjektif hukuka aykırılık teorilerinin dışında üçüncü bir teori daha ileri sürülmüştür. Hukuka aykırılığı kanundan kaynaklanan davranış ve özen yükümlülüğünün ihlâli olarak nitelendiren bu görüş, kendisini henüz mevcut hukuk düzeninde kabul ettirebilmiş değildir (**Huguenin**, N. 1943). Hukuka aykırılığa ilişkin ileri sürülen teoriler arasındaki farkın pratikte büyük bir önemi olmadığı ve her ne kadar doktrinde objektif görüş benimsenmekte ise de, yargı uygulamasında subjektif teoriyle daha iyi açıklanabilecek kararlar bulunduğuna ilişkin görüş için bkz. **Guhl/Koller**, §24. N. 3 vd.

teorisine göre hukuka aykırılık, ya mutlak hakların ihlâli[213] ya da özel koruma normlarının ihlâli[214] hâllerinde ortaya çıkar[215].

Objektif hukuka aykırılık teorisine göre hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için, zararlı sonucu önlemek amacıyla getirilmiş emredici nitelikteki bir hukuk kuralının ihlâl edilmesi ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması gerekir[216]. Konu bu açıdan ele alındığında, hukuk düzeninde bir kimsenin kendisini zarardan korumasını öngören bir davranış kuralı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak, bir kimsenin kendisine zarar verici nitelikteki davranışları, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez[217].

Hukuk düzeni, kişiliği, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı koruduğu gibi, kişiyi kendisine karşı da koruma ihtiyacı duymuştur. Kişiliğin içe karşı korunmasının düzenlendiği

---

[213] Mutlak haklar, kişilik hakları, ayni haklar ve fikri haklar olmak üzere temelde üç gruba ayrılır. Bunlar, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesin uymakla yükümlü olduğu haklardır. Mutlak hakların üçüncü kişilerin müdahalelerinden korunması amacıyla getirilen normlar, "*temel koruma normları*" olarak adlandırılır. Temel koruma normları, beş alt normdan meydana gelir. Bunlar, başkasını öldürme, başkasının vücut bütünlüğünü, kişiliğini, ayni hakkını ve zilyetliğini, fikri haklarını ihlal yasağı ve dürüstlük kuralına aykırı davranma yasağıdır. Fail, bu normlardan birine aykırı davranarak başkasının mutlak olarak korunan bir hakkını ihlâl ederse, bu davranış hukuka aykırı kabul edilir. (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1832, 1833, 1836). Mutlak bir hakkın ihlâli, hukuka aykırılığın varlığı için yeterli değildir. Ayrıca, zarar verenin, zarar görenin çıkarları doğrultusunda harekete etme yükümlülüğünün de bulunması gerekir. Zira kural olarak, başkalarını zarardan korumaya yönelik genel bir yükümlülük bulunmamaktadır (**Huguenin**, N. 1944, 1949).

[214] Bazı davranış kuralları, kişilerin mutlak haklarının dışında kalan ekonomik menfaatlerini koruma amacı taşır. Bu menfaatleri koruyan davranış kurallarına, "*özel koruma normları (dolaylı koruma normları)"* adı verilir. Özel koruma normlarının ihlâli de bazı hâllerde hukuka aykırı olarak kabul edilir. Özel koruma normunun ihlâlinin hukuka aykırı kabul edilebilmesi için bu normun, kişilerin salt malvarlığı menfaatini koruma amacı taşıması gerekir. Diğer bir anlatımla, bir davranış kuralının ihlâlinin TBK m.49/I anlamında hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, bu kuralın ya zarar görenin mutlak bir hakkını ya da ekonomik bir menfaatini koruma amacı gütmesi gerekir. İhlal edilen menfaatlerin hukuka aykırılığının tespitinde, "*normun koruma amacı teorisi*" göz önünde bulundurulur. Burada belirleyici olan, ihlâl edilen hukuk kuralının, bireylerin menfaatini de koruma amacı taşıyıp taşımadığıdır. Özel koruma normları, özel hukukta olduğu gibi kamu hukukunda da önem taşır. Özellikle bazı ceza hukuku hükümleri, yalnızca kamu düzenini sağlama amacı gütmeyip aynı zamanda özel olarak bireylerin menfaatini de gözettiği için, Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak belirtilen çoğu hâl aynı zamanda bir haksız fiil teşkil eder. Örneğin, nitelikli dolandırıcılık, tefecilik, hileli iflas gibi hâller kamu düzenini sağlamak amacıyla yasaklanmış olmakla birlikte, bu normlar dolaylı bir şekilde kişilerin ekonomik menfaatlerini de korumaktadır (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1843, 1845; **Huguenin**, N. 1950, 1952, 1953; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 34; **Fischer**, OR Art. 41, N. 91; **Gümüş**, Borçlar Genel, 435). Doktrinde, dürüstlük kuralının (TMK m. 2) genel davranış normu karakterine sahip olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüş, bunun özel koruma normu niteliği taşımadığı yönündedir. Buna göre dürüst davranma, tarafların önceden var olan hak ve yükümlülüklerine bağlı olarak ortaya çıkmasına karşın haksız fiil sorumluluğunda önceden herhangi bir hak ya da yükümlülük bulunmamaktadır (**Huguenin**, N. 1954; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 36; **Fischer**, OR Art. 41, N. 92 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 435. Aksi yönde bkz. **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 51, f).

[215]**Huguenin**, N. 1942; **Fischer**, OR Art. 41, N. 63; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1831; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 51 vd; **Atamer**, Haksız Fiil, 26 vd.; **İnan/Yücel**, 384.

[216] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1816; **Fischer**, OR Art. 41, N. 63.

[217] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 18. Zarar görenin kusurunda hukuken kınanan husus, mağdurun kendisine zarar verici davranışta bulunması değil, bu davranışına rağmen tam tazminat istemesidir (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 318-319).

TMK m. 23. maddesine göre, *"Kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz."* Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere kanun koyucu kişiyi, bir başkasıyla yapacağı hukukî işlemler sonucunda kişiliğine gelecek saldırılara karşı korumaktadır. Bu düzenleme, kişiliğin korunması yönünden bir istisnadır. Öyle ki, bu istisnanın dışında bir kimsenin kendisine vereceği zararlara karşı onu koruyan bir hüküm veya kural bulunmamaktadır[218]. Bir kimseyi kendisini gelecek zararlara karşı korumakla yükümlü kılan hukukî bir düzenleme bulunmadığı için, zarar görenin kendi zararına yol açan davranışları, hukuka aykırı olarak nitelendirilemez[219].

Bir kimsenin kendisine zarar verici davranışı ile kural olarak ilgilenmeyen kanun koyucu, bu davranışın aynı zamanda başkasının durumunu ağırlaştırması hâlini göz önünde bulundurarak TBK m. 52 hükmünü getirmiştir[220].

III. ZARAR GÖRENİN, KENDİSİNE ZARAR VERİCİ DAVRANIŞININ KUSURLU OLARAK NİTELENDİRİLİP NİTELENDİRİLEMEYECEĞİ HUSUSU

Hukuka aykırılık ve kusur kavramlarının her durumda bir arada bulunması gerekip gerekmediği hususuna "*Terminoloji Sorunu"* başlığı altında değinmiştik[221]. Bu iki kavramı birbirinin tamamlayıcısı olarak kabul eden görüşe göre[222], zarar görenin kendisinin uğradığı zararın doğumuna ya da artmasına katkıda bulunması, hukuka aykırı olarak nitelendirilemediğine göre, zarar görenin bu davranışı kusurlu olarak da değerlendirilemez.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise kusur, hukuka aykırılıktan bağımsız bir kavramdır. Zararı azaltma külfeti de kaynağını dürüstlük kuralından aldığı için, hukuk düzeninin öngördüğü özen ölçütüne aykırılık oluşturur ve kusurlu bir davranış olarak nitelendirilebilir[223]. Zararı azaltma külfetine aykırılık, zarar görenin zararı azaltmak için

[218] **Nomer**, 84-85; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 107.
[219] **Altınok Ormancı,** 92. Tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştıran zarar görenin kusurlu davranışının hukuka aykırı olması gerekmez. Zira bu durum, zarar görene tazminat ödeme yükümlülüğü getirmez, sadece zarar veren tarafın sorumluluğunun belirli bir ölçüde ortadan kalkması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, OR Art.44 bakımından hukuka aykırılık, bulunması gereken bir unsur değildir. Bkz. **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 4.
[220] **Nomer**, 84.
[221] Bkz. § 2.
[222] **Nomer,** 86; **Tiftik,** 109.
[223] **Altınok Ormancı,** 92.

alması gereken makul önlemleri almayarak hukuk düzeninin ondan beklediği özeni göstermemesi ve zararın artmasına sebep olmasıdır. Bu kapsamda zararı azaltma külfetinin ihlâli de teknik anlamda bir kusur teşkil eder[224].

Zarar görenin kendisine zarar verici nitelikteki davranışı, üçüncü kişiye yönelmiş olsaydı kendisini sorumluluk altına sokacak idiyse, kusurlu olarak nitelendirilir[225]. Zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olmadığını savunan yazarlar[226] dahi, kusura ilişkin esasların burada kıyasen uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, bu yazarların zarar görenin kusurunu teknik anlamda kusur olarak kabul etmemeleri, sadece terimsel boyutta kalmakta, bu görüşün pratik anlamda bir değeri bulunmamaktadır. Hangi görüş kabul edilirse edilsin, kusura ilişkin esaslar zarar görenin kusur bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.

§ 7. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR VE ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR

I. ZARAR GÖRENE KUSUR OLARAK YÜKLENEN DAVRANIŞLAR

A. ZARAR GÖRENİN ZARARIN DOĞMASINA ETKİ EDEN DAVRANIŞI

Zarar görenin kusuru olarak değerlendirilen ilk hâl, zarar görenin zararın doğumuna katkıda bulunmuş olmasıdır. Zarar görenin, kusurlu davranışıyla zararın ortaya çıkmasını kolaylaştırması ya da zarar verenin davranışının zararlı sonuçlarını önlemeyi ihmal etmesi, zararın doğumunda zarar görenin kusuru olduğunu gösterir[227]. Zarar görenin zararın doğmasına etki eden davranışı haksız fiilin işlenmesinden önce gerçekleşebileceği gibi, haksız fiille aynı zamanda da meydana gelebilir[228]. Zarar görenin fiili, zararın ortaya

[224] **Altınok Ormancı,** 92; **Kurt**, 798.
[225] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 109-110; **Eren**, Uygun İlliyet, 190.
[226] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 319 vd.; **Nomer**, 86; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110.
[227] **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 9; **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 20; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 113; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 321; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 597 vd.; **Arsebük**, 145; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 541.
[228] **Oftinger**, 158; **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 22; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 113; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2405; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 32.

çıkmasındaki nedensellik bağının bir parçası olduğu için, bu durum zarar görenin "*birlikte kusuru"* olarak da nitelendirilmektedir[229].

Zarar verici fiilin gerçekleşmesinden önce zarar görenin kusurlu davranışına verilebilecek en yaygın örnek tahriktir[230]. Haksız tahrik, Türk Ceza Kanunu'nda cezayı azaltan bir sebep olmasının yanı sıra, tazminat sorumluluğunda zarar görene kusur olarak yüklenerek tazminattan indirim yapılmasına sebep olabilir. Örneğin bir darp olayının meydana gelmesinden önce zarar görenin (mağdurun), zarar verene (faile) ağır hakaretler etmesi hâlinde zarar görenin zararın doğmasında etkisi olduğu kabul edilir[231].

Doktrindeki hâkim görüşe göre[232], zarar görenin, zarar tehlikesini göze alması da zarar görenin kusurunu oluşturur. Buna göre, zarar görenin, haksız fiilin gerçekleştiği sırada zarardan kaçınması mümkün olmasına rağmen bunu yapmayarak kendisini tehlikeye maruz bırakması, TBK m. 52/I kapsamında indirim sebebidir. Zarar görenin, zarar tehlikesinden kaçınması mümkün olmasına rağmen kendisini tehlikeyle karşı karşıya bırakması durumunda, *"zarar tehlikesini göze alma" ("acceptation de risque")*[233] hâli gerçekleşmiş

---

[229] **Baysal**, 39. Yazar, birlikte kusur ifadesini, zarar görenin kusurunun diğer türü olan zararı azaltma külfetinden ayırt etmek için kullanmıştır. Bizce de bu yaklaşım yerindedir.

[230] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2406; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 46; **Günal**, 209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 597; **Tüftik**, Maddi Tazminat, 113. Türk Ceza Kanunun 29. maddesinde haksız tahrik kurumu düzenlenmiştir. Buna göre, *"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."* Görüldüğü üzere haksız tahrik, ceza sorumluluğunu azaltan bir ceza indirimi nedeni olarak hükme bağlanmıştır. Haksız tahrik etkisi altında suç işleyen bir kimsenin kusur yeteneğinde azalma meydana geldiği kabul edildiğinden, verilecek cezadan indirim yapılır. Bkz. YCGK 13.09.2022 T. E. 2020/1-169 K. 2022/540: "*Ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak düzenlenen haksız tahrik, kişinin haksız bir fiilin kendisinde meydana getirdiği hiddet ya da şiddetli elemin etkisi altında suç işlemesi durumunda kusur yeteneğindeki azalmayı ifade etmektedir."* (KBİBB, e.t.: 06.12.2022) Zararın doğumuna yol açan zarar görenin birlikte kusuru haksız fiil ve sorumluluk hukuku anlamında bir indirim sebebi oluşturmasına karşın, haksız tahrik, cezai bir indirim sebebidir. Dolayısıyla zarar görenin birlikte kusuru, hükmedilecek tazminat miktarının azalmasına yol açarken; haksız tahrik, hükmedilecek cezanın indirilmesine yol açar. Diğer bir anlatımla, ilkinde tazminat sorumluluğunun hafifletilmesi ya da ortadan kaldırılması, ikincisinde ise cezai sorumluluğun hafifletilmesi söz konusudur. Zarar görenin kusurundan farklı olarak haksız tahrik kurumunda, cezanın ortadan kaldırılması ya da indirilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmış değildir; hâkim verilecek cezanın ancak indirilmesine hükmedebilir.

[231] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 113-114; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 320.

[232] **Oftinger**, 160-161; **Stehle/Reichle**, OR Art. 44, N. 8; **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 20; **Schönenberger**-KUKO OR Art. 44, N. 3; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2403; **Nomer**, 106 vd; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 20; **Fischer**, OFK, OR Art. 44, N. 7; **Huguenin**, N. 1890; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2436 vd.

[233] Alman Hukuku'nda, zarar tehlikesini göze alma durumunun karşılığı olarak "*Handeln auf eigene Gefahr*" (bir şeyi tehlikesi kendisine ait olmak üzere yapma) kurumu bulunmaktadır. Türk-İsviçre hukukundaki Türk Borçlar Kanunu'nun 51. ve 52. maddelerine (OR Art. 43-44) benzer bir düzenleme bulunmadığı için sorumluluğun sınırlandırılması ya da kaldırılması amacıyla Alman hukukunda bu kuruma ihtiyaç duyulmuştur. Ancak bu ifade, zarar tehlikesini göze almadan farklıdır. İndirime sebep olan durumlar için "*tehlikeyi göze almak",* sorumluluğun hiç kurulmadığı durumlar için ise, "*tehlikesi kendisine ait olmak üzere"* ifadesinin kullanılması daha doğrudur. Nitekim, bir şeyi, tehlikesi kendisine ait olmak üzere yapan kimse, doğan zarardan

olur. Zarar tehlikesini göze alma, spor kazalarında sıklıkla rastlanılan bir durumdur[234]. Boks, tekvando, hentbol gibi sert fiziksel temasın bulunduğu sporlarda kişiler, bu karşılaşmalara katılmakla bedensel bütünlüklerini ihlâl edebilecek fiillere örtülü olarak rıza göstermiş sayılır. Spor kurallarına uyularak gerçekleştirilmesine rağmen karşılaşma sırasında bir zarar meydana gelirse, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, herhangi bir tazminat yükümlülüğü doğmaz[235]. Buna karşılık, zarara sebep olan taraf oyun kurallarını ihlâl etmişse, doğan zarardan sorumlu olur. Ancak zarar gören, karşısındaki oyuncunun spor kurallarını ihlâl edebileceğini göze alarak bu karşılaşmaya katıldığı için, zarar görenin alacağı tazminat miktarı TBK m. 52/I kapsamında indirilir[236]. Buna karşılık bedensel zararın meydana gelmesi ağır kusurlu olarak oyun kurallarının ihlâline dayanıyorsa, tazminatta indirim yapılmaz[237].

Zarar görenin bedensel zarar riskini göze alması nedeniyle tazminatta indirime gidilmesinin, bu davranış aynı zamanda birlikte kusur niteliği taşımadığı sürece, sadece spor kazalarında mümkün olduğu kabul edilmektedir[238]. Bir riski göze alma, aynı zamanda zarar görenin birlikte kusuru olarak nitelendirilemiyorsa, sırf genel kaza riskinin bulunması nedeniyle tazminat miktarı indirilemez[239]. Nitekim, hiç kimsenin, bedensel bütünlüğünü ihlâl etmeye yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı davranışların genel riskine karşı önlem alma yükümlülüğü yoktur[240]. Ancak zarar görenin, normalin üstünde olarak nitelendirilebilecek bir kaza riskine karşı önlem almaması ve kendisini tehlikeye atması, zarar görenin zararın doğumundaki birlikte kusuru olarak nitelendirilir. Bu durumun en tipik

başka hiç kimseyi sorumlu tutamaz. Herhangi bir sorumluluk doğmadığı için, tazminatta indirim de söz konusu olamaz (**Nomer**, 110, dn. 230.).

[234] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 10; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106.

[235] **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 20.

[236] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 11; **Nomer**, 109. Bu durumun TMK m. 51/I kapsamında bir indirim sebebi olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2439; **Baysal**, 214 vd. *Baysal*'a göre, spor karşılaşmasına katılan kişinin durumu, TBK m. 51/I hükmü kapsamında "*durumun gereği"* olarak dikkate alınarak tazminatta indirime gidilmelidir, kişinin rızası kapsamında değerlendirilmemelidir. Risk taşıyan bir spor karşılaşmasına katılan ve yaralanan kişinin zararının tazmin edilebilmesi için karşısındaki kişinin kusurlu olması gerekir. Karşı taraf, oyun kuralları çerçevesinde hareket etmişse, kusurlu olarak kabul edilemez. Zarar verenin kusurunun değerlendirilmesinde, özenli bir sporcunun davranışı esas alınmalıdır. Somut olaydaki oyun kurallarının şartları, TBK m. 51/I hükmü uyarınca "*durumun gereği*" göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir (**Baysal**, 214-215).

[237] İsviçre Federal Mahkemesi de verdiği bir kararda, *"Bir sporla uğraşan herkes, yaptığı sporun doğasında olan riskleri üstlenmeyi kabul eder, ancak başka bir oyuncu tarafından oyun kurallarının ihlalinin sonuçlarını kabul etmez.*" şeklinde hüküm kurarak bir spor ile uğraşan herkesin ilgili riskleri kendisinin üstlenmesi gerektiğini ancak başka bir oyuncu tarafından oyun kurallarının ihlâlinin sonuçlarına katlanmak zorunda olmadığını kabul etmiştir. Bkz. **BGE 117 II 547/548.**

[238] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106.

[239] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 15; **Nomer**, 107; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106.

[240] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 15; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106.

örneklerinden biri, bir kimsenin, aracın sürücüsünün sarhoş olduğunu bilmesine rağmen bu araca binmesidir[241]. Bu kimsenin, riski göz aldığı ve zarar uğraması hâlinde bu zararın bir kısmını üstlenmesi gerektiği kabul edilmektedir[242]. Ancak bu durum, hafif kural ihlâlleri bakımından geçerlidir; ağır kural ihlâllerinde ise kusurun ağırlığı ya da zarar görenin zarar riskini göze almış olması, herhangi bir indirim sebebi oluşturmaz[243].

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre[244], zarar görenin kusurunda da bir kimsenin üstlendiği risklere sonuç bağlandığı ve bu durum tazminatta indirim sebebi olarak kabul edildiği için, riskin üstlenilmesi teorisinin pratik bir değeri bulunmamaktadır. Buna göre, doktrin ve kanun koyucu tarafından kabul edilen zarar görenin kusuru savunmasının bulunduğu bir sistemde, hakkında tartışmalar bulunan riskin üstlenilmesi teorisinin kabul edilmesi faydasızdır[245].

Kanaatimizce, bir kimsenin kişilik değerlerini ihlâl edici fiillere rıza göstermesinin kanun koyucu tarafından TMK m. 23/II hükmü uyarınca yasaklandığı bir hukuk düzeninde, riskin üstlenilmesi kavramı kapsamında kişinin gerçekleşen fiile örtülü olarak rıza gösterdiği kabul edilemez. Zarar görenin rızası, TMK m. 52/I kapsamında, zarar görenin kusurundan bağımsız bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, geçerli nitelikteki rıza fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmakta iken, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayan, zarar görenin geçersiz olarak nitelendirilen rızası, tazminattan indirim sebebi oluşturur.

---

[241] **Becker**, OR Art. 44, N. 1; **Fischer**, OFK OR Art. 44, N. 10.

[242] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 599; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106; **Nomer**, 107; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 15 a.
İsviçre Federal Mahkemesi, artan riski bilmesine veya gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olmasına rağmen alkollü bir kimsenin aracına binen yolcunun, kendi kusuru nedeniyle tazminat miktarının indirileceğini kabul etmektedir. Mahkeme, bu sonucun, kendisini bilinçli olarak olağan önlemleri aşan bir tehlikeye maruz bırakan kişinin, kaza riskinin en azından bir kısmını üstlenmesi gerektiği esasına dayandığı görüşündedir (BGE 91 II 218/222).
Yarg. 4. HD. T. 10.12.1998 E. 1998/7110 K. 1998/10054: *"Davaya konu olan olayda destek, davalının sarhoş olduğunu bildiği hâlde onun aracına binmek suretiyle zararı doğuran eyleme zımni olarak da olsa razı olmuştur. Gerçekten mevcut hâl ve şartlar altında tehlikeli olduğu belirli bir otomobil yolculuğuna çıkılması doğru olmayan bir hareket tarzı olarak benimsenmek gerekir ve bu sebepten dolayı da müterafik kusur teşkil eder. O hâlde mahkemece bu hukukî esas gözetilerek BK'nin 44/1. fıkrası uyarınca tazminatlardan uygun bir indirim yapılmamış olması da bozma nedenidir."* Benzer yönde bkz. Yarg. 17. HD. T. 19.11.2018 E. 2016/7624 K. 2018/10877 (KBİBB. E. T. 02.10.2023).
Baysal'a göre, bir kimsenin sarhoş bir sürücünün arabasına binmesi, kişinin zarar uğramaya ilişkin zımni bir rızası olduğunu göstermez. Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın söz konusu olması için rızanın bilinçli olarak verilmesi, serbest irade ürünü olması ve ahlaka aykırı olmaması gerekir. Bu hâlde zımni olarak verildiği kabul edilen bu rıza, belirtilen özellikleri taşımadığı için hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz ve TBK m. 52/I anlamında tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilir. Bkz. **Baysal**, 208-209.

[243] **Nomer**, 110.

[244] **Baysal**, 210.

[245] **Baysal**, 210.

Riskin üstlenilmesi kapsamında değerlendirilen yukarıda açıklanan hâllerde, zarar görenin rızasının bulunup bulunmadığına bakılmasına gerek olmaksızın, zarar görenin öngördüğü riski göze alması kusurlu bir durum olarak değerlendirilerek indirim buna göre yapılmalıdır. Doktrinde de sadece spor kazaları bakımından mümkün kabul edilen ve kapsamının ne olduğu hususunda tartışmalar bulunan riskin üstlenilmesi kurumu, kanaatimizce de karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Bu kavram karışıklığının, zarar görenin rızasını, zarar görenin kusurunun bir türü olarak kabul eden görüşten kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Bir kimsenin, karşı tarafı, bilmediği ve bilemeyeceği bir riske karşı uyarmaması nedeniyle zararın doğması hâlinde de zarar görenin birlikte kusurundan söz edilir[246]. Bu durum genellikle, sorumlu kişi ile zarar gören arasında sözleşmesel bir ilişki bulunması hâlinde söz konusu olmaktadır. Zira, haksız fiil sorumluluğunda haksız fiil faili ile zarar gören arasında önceden herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığından, zarar riskine karşı uyarma külfeti bu durumda söz konusu olmamaktadır[247]. Oysa sözleşmesel ilişkide zarar göreninin sorumlu kişinin bilmediği ya da bilemeyeceği bir riske karşı onu uyarmaması, kendisine kusur olarak yüklenebilmektedir. Nitekim sorumlu kişi, önceden riskin varlığından haberdar olsaydı, zararın meydana gelmemesi için daha özenli ve dikkatli davranabilirdi. Örneğin, içinde kırılma tehlikesi bulunan ürünlerin olduğu bir paketin kargo firmasına teslim edilmesi ancak kargo paketinin içeriği hakkında kargo şirketine bilgi verilmemesi ve taşıma esnasında paketin içindekilerin zarar görmesi hâlinde durum böyledir[248]. Nitekim zarar uğrayan kişi, kargoya verdiği paketin içeriğine ilişkin bilgi verseydi, bu paket kırılgan ve hassas ürünlere uygulanan prosedüre göre taşınacak, zarar meydana gelmeyecekti.

Benzer şekilde bir kimsenin evinin kapısını kilitlememesi ve eve hırsız girmesi nedeniyle zarara uğramasında da zararın doğumunda zarar görenin kusuru bulunmaktadır[249]. Kayak yapan bir kimsenin dağın en işlek yerinde birden durması hâlinde arkadan gelen bir kayakçının ona çarpması sonucu zarara uğramasında da durum aynıdır[250]. İsviçre Federal

---

[246] **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 11; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 114; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2406; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 46; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 542; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2435.

[247] İstisnai olarak bazı hâllerde bu durumun haksız fiil sorumluluğu bakımından da söz konusu olması mümkündür. Bkz. **Tiftik**, Maddi Tazminat, 114, dn. 183.

[248] **Matthäus**, 149; **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 11; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 534; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 339.

[249] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 106; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 321.

[250] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 599. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına göre, pistte yanlış yerde durarak zarar gören konumundaki davacının zararın doğmasında kendi kusuru bulunmaktadır. Zira, davacının kendisi de kayakçı olduğundan ve pistteki koşulları bilediğinden, durduğu yerde başka kayakçıların

Mahkemesinin bir kararında[251], bir yolcunun trenden inerken, kazayı önlemek için yolcuların kullanması amacıyla konulan merdiveni kullanmaması sonucunda zarar görmesi durumunda, bu davranışı kendisine kusur olarak yüklenerek tazminattan indirim sebebi sayılmıştır.

B. ZARAR GÖRENİN ZARARIN ARTMASINA ETKİ EDEN DAVRANIŞI (ZARARI AZALTMA KÜLFETİ) VE ZARAR GÖREN TARAFINDAN ALINMASI GEREKEN MAKUL ÖNLEMLER

1. Zarar Görenin Zararın Artmasına Etki Eden Davranışı (Zararı Azaltma Külfeti)

Zararı azaltma külfeti, zarar görenin uğramış olduğu zararı mümkün olabildiğince düşük seviyede tutması için gerekli dikkat ve özeni göstermesini, gereken önlemleri almasını ifade etmektedir[252]. "*Zararı arttırmama külfeti"* ifadesinin de kullanıldığı görülmekle birlikte, gerek Alman Hukuku'nda (*Schadenminderungspflicht*) gerek Fransız Hukuku'nda (*L'obligation de minimiser les dommages*) kullanılan ifadeler de göz önünde bulundurulduğunda, *"zararı azaltma külfeti"* ifadesinin kullanılması daha isabetlidir[253]. Zira, zararı azaltma külfeti, zararı arttırmama külfetini de içine alan daha geniş bir kavramdır[254]. Bu anlamdaki zararı azaltma külfeti, temelini TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralından almaktadır[255]. TMK m. 2/I'de, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranması gereği düzenlenmektedir. Buna göre zarar gören, tazminat talep ederken, zararı en düşük seviyede tutmak için gerekli önlemleri almış olmalıdır. Kendi payına düşen özeni göstermeyerek gerekli önlemleri almayan ve uğradığı zararın artmasına sebep olan zarar görenin tam tazminat talep etmesi, hakkın kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir[256].

---

da geçebileceğini veya atlayabileceğini bilmesi gerekirdi. Bu nedenle, meydana gelen çarpışmadan kısmen sorumlu tutulmalıdır (BGE 82 II 25).

[251] BGE 42 382 (**Akyol**, 55).

[252] **Matthäus,** 139; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 47 vd ; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2428 vd.; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 537-538; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 116; **Kurt,** 776; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2407; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 19.

[253] Avrupa Özel Hukukun uyumlaştırılması çalışmaları kapsamında CISG m. 77'de, benzer şekilde, "*mitigate the loss*" ifadesi kullanılmaktadır.

[254] **Kurt**, 776.

[255] **Matthäus**, 137; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 47; **Kurt**, 778; **Altınok Ormancı**, 21; **Nomer**, 111; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2407; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 48.

[256] İleri sürülen bir görüşe göre, bu durum çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturur. Bkz. **Nomer**, 87; **Baysal**, 40-41. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Kurt**, 778, dn. 13. Yazara göre, çelişkili davranış yasağına aykırılığın söz konusu olması için kişinin önceki davranışı ile karşı tarafta haklı bir güven oluşturması, daha sonra bu güvene aykırı hareket ederek çelişkili olarak nitelendirilebilecek bir davranışta bulunması gerekir.

Zarar görenin zararın artmasını engellemek için önlem almasına yönelik hukukî bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zarar gören, kendisinden beklenen makul önlemleri almazsa, bir yükümlülüğün ihlâli değil, külfetin yerine getirilmemesi söz konusu olur[257]. TMK m. 52/I uyarınca zarar görenin zararı azaltma külfetini ihlal etmesinin sonucu ise, hak ettiği tazminat miktarının indirilmesidir.

Zarar görenin zararın meydana gelmesine sebep olması ile zararın artmasına etkisi arasındaki asıl fark zamansaldır[258]. Zarar gören bakımından zararı azaltma külfetinin doğması için, her şeyden önce işlenen haksız fiilden bir zararın doğmuş olması gerekir. Nitekim bu külfet, ancak haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra söz konusu olabilir[259]. Diğer bir anlatımla, zararın doğmasından sonra ortaya çıkan zarar verenin kusurlu davranışı, zararı azaltma külfetine ilişkin bir sorundur[260].

Zarar görenin davranışı, zararın meydana gelmesine yol açan nedensellik ilişkisi kapsamında yer alırsa, zarar görenin zararın doğmasında birlikte kusuru vardır. Ancak zararın doğmasına sebep olan fiil meydana geldikten sonra zarar uğrayan kişi zararlı sonuçların artmasına sebep olursa, zararı azaltma külfetinin ihlâli söz konusu olur. Bu durumda zararın ortaya çıkmasında zarar görenin herhangi bir katkısı olmadığı için, birlikte kusur yerine "*zararı azaltma külfeti*" ifadesini kullanmak gerekir.

Zarar görenin birlikte kusuru ile zararı azaltma külfeti arasında zamansal farkın yanı sıra, zararın kapsamı bakımından da fark bulunmaktadır. Kural olarak, zarar görenin birlikte kusuru zararın tamamı üzerinde etkiliyken, zararı azaltma külfetinin ihlâli, zararın sadece bir bölümüne etki eder[261].

Oysa zarar görenin zararı azaltma külfeti bakımından, önceki bir davranışıyla karşı tarafta uyandırdığı bir güven mevcut değildir. Aynı yönde bkz. **Matthäus**, 137. Kanaatimizce, çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturduğunu söyleyen yazarlar, bu yasak ile hakkın kötüye kullanılmasını aynı anlamda kullandıkları için bir kavram karmaşası bulunmaktadır.

[257] **Kurt**, 779.

[258] **Altınok Ormancı**, 54; **Baysal**, 36; **Kurt**, 779; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2407.

[259] **Kurt**, 779; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2405.

[260] Zararı azaltma külfetinin söz konusu olabilmesi için zarar görenin uğradığı zarardan sorumlu olan kişi/kişilere karşı zararın tazmini için talepte bulunması gerekmektedir. Bu talep, haksız fiil sorumluluğunda tazminat, sözleşme sorumluluğunda ise tazminat talebi ve/ya aynen ifa talebi olarak ortaya çıkmaktadır. Zarar gören, tazminat hakkını kullanmadığı takdirde artan zarara da kendisi katlanacağından, onun açısından zararı azaltma külfeti doğmaz. Bu sebeple zararı azaltma külfeti, zararın tazminini sorumlulardan talep eden zarar gören için söz konusudur (**Kurt**, 780).

[261] **Altınok Ormancı**, 55.

Zararı azaltma külfeti, Türk- İsviçre hukukunda doğrudan kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı hükümlerde zarar görenin zararı azaltma külfetinin somutlaştığı görülmektedir[262]. Zararı azaltma külfeti, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşme sorumluluğunun yanı sıra, sigorta hukukunda da önem taşımaktadır. Ayrıca bu külfet, kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusursuz sorumlulukta da geçerlidir[263].

Zarar görenin kusurunun zararın artmasında etkili olması, genellikle beden bütünlüğünün ihlâli sonucunda gereken önlemlerin alınmaması hâllerinde ortaya çıkmaktadır[264]. Zarar görenden zararın artmasını önleyici tedbirlerin alınması ancak, bu önlemler onun hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmayacak ise ve her makul insanın alabileceği nitelikteyse beklenebilir[265]. Zarar görenin zararın artmasını engellemek ya da azalmasını sağlamak için alması gereken önlemlerin belirlenmesinde, somut olayın koşulları göz önünde bulundurulur. Zararı azaltma külfetinin temelinde yatan dürüstlük kuralından, bu külfetin içeriğinin belirlenmesinde de faydalanılmaktadır[266]. Nitekim, zarar görenden alması beklenen makul önlemlerin neler olduğu sınırlı sayıda olacak şekilde sayılamayacağından, her somut olayın özelliğine göre dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde zarar görenin zararı azaltma külfetinin sınırlarının belirlenmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I uyarınca zarar görenin kusuru, tazminatın indirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, zarar görenin kusurunun bir alt türü olan zararı azaltma külfetine aykırılık hâlinde, tazminatın kaldırılmasından ziyade indirim yoluna gidildiği görülmektedir. Nitekim, zararın ortaya çıkmasından sonra zarar görenin bir davranışının sorumluluğu tamamen ortadan kaldırması çoğu hâlde ihtimal dâhilinde olmadığından, bu durumda tazminatta indirim yapılması söz konusu olur[267].

Türk Borçlar Kanunu m. 51/1' göre, *"Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."* Bu hükümle kanun koyucu, hâkime, tazminatın belirlenmesinde zarar verenin kusurunun ağırlığını değerlendirme yükümlülüğü getirmiştir. Zarar görenin zararı azaltma külfetinin

[262] **Matthäus,** 137; **Kurt**, 778.
[263]**Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 535; **Nomer**, 97; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 383.
[264] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 382; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 538.
[265] **Becker**, BK OR Art. 44, N. 5; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 322; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 116-117.
[266] **Nomer**, 111; **Altınok Ormancı,** 22.
[267] **Baysal**, 43.

değerlendirilmesi bakımından da zarar verenin kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulması gerektiği, zarar verenin kasıtlı davranışı karşısında söz konusu külfetin daha hafif değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[268].

2. Zarar Gören Tarafından Alınması Gereken Makul Önlemler

a. Makul Önlem Kavramı

Zarar görenin zararı azaltma külfetinin varlığı, zarar görenden alması beklenen makul önlemlerin bulunmasına bağlıdır. Bu kapsamda, zarar görenden alması beklenen önlemlerin makul nitelik taşıyıp taşımadığının tespitinin nasıl yapılacağı önem taşımaktadır.

Zararı azaltma külfetinin temelini TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturduğundan, zarar görenden zararı azaltması, somut olayın koşullarına göre, dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde beklenebilir[269]. Makullüğün tespiti hususunda her somut olay için alınan karar bireysel nitelikte olmakla birlikte, bu kavramın yasal anlamda bir temele oturtulması bakımından hâkimin görevi, tarafların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmektir [270]. Belirtmekte fayda var ki, zarar görenden, kendi çıkarını ve sağlığını tehlikeye atacak bir eylemde bulunması beklenemeyeceğinden, önlemlerin makullüğünün sınırlarından biri zarar görenin korunmasıdır[271].

Sadece zarar görenin değil, zarar verenin de zararı azaltma külfeti bulunmaktadır[272]. Nasıl ki hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde zarar görenin alması gereken önlemleri belirlemekteyse, aynı kural çerçevesinde hâkimin zarar veren tarafından alınabilecek zararı azaltıcı nitelikteki önlemlerin bulunup bulunmadığını da dikkate alması ve eğer bulunuyorsa onun buna uygun hareket edip etmediğini değerlendirmesi gerekmektedir. Zararın

---

[268] **Altınok Ormancı,** 59-60. Konuya ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, zarar verenin kusurunun ağırlığı ne olursa olsun, zararı azaltma külfetinin ihlâli her durumda bir indirim sebebidir. Diğer bir anlatımla, zarar verenin gerek kasıtlı gerek ihmale dayanan bir davranışı dolayısıyla, gerekse kusursuz sorumluluk kapsamında sorumlu tutulduğu hâllerde, zarar gören kendisinden beklenen tedbirleri almayarak zararın artmasına katkıda bulunmuşsa, bu bir indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır. Ancak, somut olay bakımından zarar görenin alması gereken tedbirleri almadığı tespit edildikten sonra, zarar verenin kasıtlı hareketinin saptanması durumunda, zararı azaltma külfetinin daha hafif değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. İleri sürülen görüşler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Altınok Ormancı,** 58 vd.

[269] **Oftinger**, 267.

[270] **Matthäus**, 152; **Kurt**, 780.

[271] **Nomer**, 111; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 116-117; **Arsebük**, 146; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 322; **Günal**, 212. Önemli olan, söz konusu önlemin TMK m. 23 kapsamında kişilik hakkını ihlâl edecek nitelikte olmamasıdır. Zarar görenin, karşı tarafın menfaatini de göz önünde bulundurması gerekmekle birlikte, esas olan kendi menfaatlerini gözetmesidir (**Altınok Ormancı**, 80-81).

[272] **Kurt**, 783.

gerçekleşmesinden sonra zarar veren de en az zarar gören kadar önlem alabilecek konumdaysa, önlemlerin ilk olarak zarar verenden beklenmesi hakkaniyete daha uygundur[273]. Bu kapsamda, zarar görenin zararı azaltma külfetinin ikincil nitelikte olduğu kabul edilmektedir[274]. Ayrıca zarar veren, kendisinin alabileceği bir önlem bulunmasa bile, zarar görenin zararı azaltması için alabileceği önlemlerin farkındaysa, bunlar hakkında zarar görene bilgi vermekle de yükümlüdür[275].

Hâkim, dürüstlük kuralı çerçevesinde zarar görenin zararı azaltmak için alması gereken önlemlerin bulunup bulunmadığını tespit ederken, somut olayın koşullarını da değerlendirmelidir. Bu kapsamda, hâkimin değerlendirmeyi objektif mi yoksa sübjektif mi yapması gerektiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre[276], zararı azaltma külfetinin ihlâli şeklinde ortaya çıkan zarar görenin kusurunun değerlendirilmesi sübjektif yönden yapılmalıdır. Zarar görenden sadece kendi kişisel niteliklerine göre yerine getirebileceği tedbirleri alması istenebilir. Buna göre, zarar görenin tecrübesizliği, zekâ seviyesinin düşüklüğü gibi sebeplerle makul önlemleri alamayacak durumda olması hâlinde zarar görenin kusurlu olmadığı, zararı azaltma külfetinin ihlâl edilmediği kabul edilmektedir. Tedavi görme, meslek değiştirme gibi kişilik hakkını doğrudan ilgilendiren tedbirlerin belirlenmesinde kişisel özellikler de göz önünde bulundurulmalıdır[277]. Diğer bir görüşe göre[278], zararın artmasına katkı şeklinde gerçekleşen birlikte kusurda olduğu gibi, bu hâlde de objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edilmeli, zarar görenin zararı azaltma külfetini ihlâl edip etmediği kendisiyle aynı yaş, cinsiyet, meslekteki makul bir kimsenin aynı koşullardaki davranış biçimine göre belirlenmelidir. Kanaatimizce de, zarar görenin zararı azaltma külfeti kapsamında alması gereken önlemlerin tespiti bakımından objektifleştirilmiş kusur

[273] **Altınok Ormancı**, 81-82.
[274] **Altınok Ormancı**, 82.
[275] Zarar görenin önlem alamama sebebi, özellikle uzmanlık gerektiren sözleşmeler bakımından, bilgi eksikliğinden kaynaklanıyorsa ve zarar veren bu bilgilere sahip olmasına rağmen zarar verenle paylaşmaktan kaçınmış ise, zarar görenin zararı azaltma külfetini ihlâl ettiğinden bahsedilemez (**Altınok Ormancı,** 82-83).
[276] **Weber**, 160- 161.
[277] **Nomer**, 111-112.
[278] **Stehle/ Reichle**, OR Art. 44, N. 5; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 116-117; **Baysal**, 112 vd.; **Kurt**, 799 vd. Hâkim, somut olayın hem objektif koşullarını hem de zarar görene ilişkin sübjektif koşulları göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmalıdır. Zarar görenin bedensel zararlarında, alınacak önlemlerin tespiti bakımından kişisel özellikleri önem taşımakla birlikte, eşya zararı bakımından önlemlerin beklenebilirliğinin tespitinde objektif kriterlere ağırlık verilmesi gerekir. Buna karşılık, makul önlemlerin tespitinde sübjektif kriterlere başvurulması, tamamıyla zarar görenin kişisel özellikleri kapsamında değerlendirme yapılması olarak anlaşılmamalıdır. Somut olayın şartları, aynı şartlar altında bulunan makul bir kimsenin davranış biçimi esas alınarak değerlendirilmelidir (**Altınok Ormancı**, 78 vd.). Zarar görenin içinde bulunduğu psikolojik durumun, ailevi sebeplerinin, tecrübesizliğinin ya da zekâ seviyesinin göz önünde bulundurulması, zarar görenin hemen her durumda önlemleri almamada haklı bir sebebinin bulunduğu anlamına geleceği için, zararı azaltma külfetinin içi boşaltılmış olur (**Altınok Ormancı**, 78 vd; **Kurt**, 800).

teorisinden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur. Objektifleştirilmiş kusur teorisi, somut olayın sübjektif şartlarını objektif bir bakış açısıyla değerlendirme esasına dayandığından, zarar görenden alması beklenen önlemler, tarafların menfaatlerine uygun olarak hakkaniyet ilkesi çerçevesinde belirlenmiş olur.

Zarar gören, uğradığı zararı azaltmak için farklı türde önlemler alabilir. Bu önlemler, yapma şeklinde olabileceği gibi, yapmama (kaçınma) şeklinde de olabilir. Yapma şeklindeki önlemlerin ortak noktası, zarar görenin başka bir zararın doğmasını engellemek ya da ortaya çıkan zararı olabildiğince düşük tutmak için bir eylemde bulunmasını gerektirmesidir[279]. Bu kapsamda, zarar görenin tedavi olması, gerektiğinde meslek değiştirmesi, hasar gören eşyayı değiştirmesi veya tamir ettirmesi, ikame sözleşme yapması gibi önlemler yapma şeklindeki önlemlerdendir. Ayrıca, zarar görenin hakkını aramak üzere yargı yoluna başvurması da bu kapsamda değerlendirilebilir[280]. Zarar görenin zararı azaltmak için yasal yollara başvurması, özellikle bu yoldan başarı elde etme şansı olduğu durumlarda kendisinden beklenebilir[281]. Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şu şekildedir[282]: "*Dava, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi nedeniyle tapu kaydına konulan satış vaadi şerhi ile dahili davalı lehine konulan haciz şerhlerinin terkini istemine ilişkindir. Dava öncesindeki tespit davasında, alınan raporlarla, inşaatta kullanılan betonun projede öngörülen beton sınıfına uygun olmadığı, yıkılıp yeniden yapılması gerektiği anlaşılmıştır. Yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu belirtilmekle, yüklenici şirket ve diğer sorumlular yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumludur. Ancak yapıdaki ayıp ortaya çıktığı yıl, yeniden yapımın gerektiği de belirlenmiştir. Davacı zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorundadır. Davacının ihmalinden dolayı artan zarardan davalıların sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda mahkemece meydana gelen zarar, yani binanın yıkım ve yeniden yapım masrafının, yapının yıkımının gerektiğinin öğrenildiği tarih fiyatlarıyla ve çimento, beton vs. miktar ve oranlarının sözleşmenin yapıldığı tarihte geçerli olan yılın deprem yönetmeliğine göre hesaplattırılarak davalının sorumlu olduğu miktar saptanarak davanın sonuçlandırılması gerekir.*"

[279] **Kurt**, 783; **Altınok Ormancı**, 93 vd.
[280] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 70; **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 92; **Altınok Ormancı**, 96.
[281] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 70; **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 92.
[282] Yarg. 15. HD. T. 24.4.2008 E. 2007/7091 K. 2008/2710 (KBİBB. E. T. 02.10.2022).

Yapmama (kaçınma) şeklindeki önlemler ise, zarar görenin zararını arttıracak yönde davranışlarda bulunmamasını ifade etmektedir. Zarar görenin, aşırı masraf gerektirecek önlemler almaktan kaçınması bu çerçevede değerlendirilebilir[283]. Örneğin, her ne kadar zarar görenin uğradığı bedensel zararın etkilerini ortadan kaldırmak ya da azaltmak amacıyla tedavi olması kendisinden beklenmekte ise de, sağlık durumu gerektirmediği hâlde lüks bir klinikte tedavi olması, makul bir önlem olarak değerlendirilemez[284]. Zarar görenin hasar gören eşyasını tamir ettirmek amacıyla benzer işlevi görebilecek daha uygun fiyatlı bir yedek parça kullanabilecek durumda olmasına rağmen ithal bir ürün kullanılarak tamir ettirmesinde de durum aynıdır.

b. Makul Önlemlere İlişkin Masraflar

Zarardan kaçınmak ya da zararı azaltmak için zarar gören kişinin alması gereken makul derecedeki önlemlere ilişkin masraflar, zarara sebep olan kişiye aittir[285]. Nitekim, zarar görenin, zararı önlemek amacıyla borçlu hesabına önlem alması, zararın doğmasına ya da artmasına neden olmaktan kaçınmanın ötesine geçer[286].

Zarar gören, aldığı makul önlemler ile zararın artmasını ya da başka zararların doğmasını engellemişse, böylece engellenen zararların tazmini zarar verenden istenemez. Zira, uğranılan zarar, belirlenen tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Buna karşılık zarar görenin aldığı önlemler başarıyla sonuçlanmamışsa, engellenemeyen ya da azaltılamayan zarar miktarının zarar verence tazmin edilmesi gerekir. Bu noktada, yapılan masrafların olumlu bir sonuç doğurup doğurmadığı önem taşımadığı gibi, alınan önlemlerin yarattığı olumsuz sonuçları karşılamak için zarar görenin yaptığı masraflar dahi sorumlu kişiden istenebilir[287]. Nitekim, zarar görenin kendisinden beklenen makul önlemleri almasına

[283] **Kurt**, 783; **Altınok Ormancı**, 98.
[284] **Altınok Ormancı**, 98.
[285] **Oftinger**, 267-268; **Matthäus**, 150; **Nomer**, 113; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 117; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 322; **Günal**, 212.
[286] **Oftinger**, 268; **Günal**, 212.
[287] **Oftinger**, 268; **Weber**, 168; **Kurt**, 796; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 117; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 322; **Arsebük**, 146-147. Örneğin, ameliyat masrafları zarar verenden talep edilebildiği gibi, başarısızlıkla sonuçlanan bir ameliyatın sebep olduğu zararı karşılamak için yapılan diğer giderler de zarar verene yöneltilebilir (**Nomer**, 113). Benzer bir düzenleme de Türk Ticaret Kanunu'nun *"zararı önleme, azalma ve sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğü*" başlıklı 1448. maddesinin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, "*Sigortacı sigorta ettirenin birinci fıkra gereğince yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından veya bedelinden ayrı olarak tazmin etmekle yükümlüdür."* Keza, Versicherungsvertragsgesetz (Sigorta Sözleşmesi Kanunu) Art. 70 uyarınca da sigortacı, alınan önlemler başarısız olsa bile, zararı azaltma için yapılan masrafları talep sahibine geri ödemekle yükümlüdür.

rağmen zarar azaltılamamışsa, zararın bu kısmı artık kaçınılmaz zarardır[288]. Örneğin, başarı şansı bulunmasına rağmen başvurduğu kanun yolundan olumlu bir sonuç elde edemeyen zarar gören, bu nedenle yaptığı masrafları zarar verenden isteyebilir[289]. Benzer şekilde, haksız fiil sonucunda bedensel zarara uğrayan zarar görenin, başarı şansı yüksek olan bir ameliyat geçirmesine rağmen bu ameliyat sonucunda yine de iyileşememesi hâlinde, ameliyat masraflarını zarar verenden istemesi mümkündür.

Zararı azaltma külfeti kapsamında zarar görenden beklenen, sadece makul önlemleri almasıdır. Dolayısıyla, zarar görenin, kendisinden beklenemeyecek sıra dışı önlemleri almaması, onun açısından olumsuz bir sonuç doğurmaz[290]. Buna karşılık zarar görenin, normalin üzerinde bir özen göstererek aldığı, makul nitelemesinin ötesine geçen önlemler, zararın azalmasına neden olmuşsa, yapılan masrafların zarar verenden istenmesi mümkündür[291]. Zira, zarar görenin kendisinden beklenenden daha fazla özen göstererek aldığı önlemlerin masraflarına kendisinin katlanması, hakkaniyetli olmayacağı gibi zarar görenin bu tür önlemleri almaktan kaçınması sonucunu doğurur.

Zararı azaltma külfeti kapsamında zarar görenin yapacağı masrafların, önlemin alınmasından önce avans olarak ödenip ödenmeyeceği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre[292], zarar görenin mali durumu önlemleri karşılamaya yetiyorsa, gerekli önlemlerin masraflarını kendisi karşılamalıdır. Ancak zarar görenin böyle bir ekonomik gücü bulunmuyorsa, dürüstlük kuralı gereği zarar veren bu önlemlerin masraflarını önceden zarar görene avans olarak ödemelidir. Diğer bir görüşe göre[293], masrafların aciliyetinin göz önünde bulundurularak bu konuya bir çözüm getirilmesi gerekir. Önlemlerin alınmasında aciliyet bulunmuyorsa, masraflar zarar veren tarafından önceden peşinen ödenmelidir; ancak acil alınması gereken önlemler bakımından, zarar görenin mâli durumu göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Önlemlerin masraflarını karşılamaya yeterli ekonomik gücü olan zarar görenin, masrafların kendisine peşinen ödenmediği savunmasında bulunarak önlem almaması, zararı azaltma külfetine aykırılık oluşturur[294]. Buna karşılık, zarar görenin mâli durumu gerekli önlemleri alması için yeterli değilse ve

[288] **Kurt**, 796.
[289] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 92.
[290] **Apaydın**, 228; **Altınok Ormancı**, 131.
[291] **Oftinger**, 267; **Arsebük**, 147; **Altınok Ormancı**, 131; **Apaydın**, 228.
[292] **Nomer**, 112-113.
[293] **Kurt**, 784.
[294] **Kurt**, 784-785.

zarar veren bu önlemlere ilişkin masrafları önceden peşin olarak ödemeyi reddederse, zarar görenin bu önlemleri almamış olması, zararı azaltma külfetinin ihlâli olarak değerlendirilemez[295]. Bir başka görüşe göre[296], zararı azaltmaya ilişkin masraflara ilk olarak zarar gören katlanmalıdır. Zarar görenin ekonomik durumunun gerekli önlemleri almada yetersiz kaldığı durumda ise, TBK m. 76 kapsamında zarar gören, hâkimden geçici ödeme talep etmeli ve bu ödeme ile masrafları karşılamalıdır.

Bize göre, sorunu dürüstlük kuralı çerçevesinde ele almak gerekir. Zarar görenin, ekonomik gücü bulunduğu hâlde zarar veren tarafından kendisine masrafların önceden ödenmediği gerekçesiyle önlem almaktan kaçınması, zararı azaltma külfetini ihlâli olarak yorumlanmalıdır. Zira, zarar görenin yaptığı masraflar her hâlükârda zarar veren tarafından karşılanacağından, önceden peşin ödeme almasının zarar verene pratik bir yararı bulunmadığı gibi, bu savunmada bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak da yorumlanabilir. Ayrıca, masrafların zarar veren tarafından önceden avans olarak ödenmesi ve ödenmediği takdirde zarar görenin önlem alma külfetinden kurtulması düşüncesi, zararı azaltma külfetinin varlık nedeni ile bağdaşmamaktadır.

Önlem alma konusunda ekonomik durumu yetersiz olan zarar görenin TBK m. 76 kapsamında hâkimden geçici ödeme talep edebilmesi bizce de uygun bir çözüm olarak görülmektedir. İlgili hüküm uyarınca, *"Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir."* Bu maddeye göre geçici ödeme talep edilebilmesi için, görülmekte olan davanın, taraflar arasındaki bir borç ilişkisinden kaynaklanması, geçici ödemenin zarar gören tarafından talep edilmesi ve zarar görenin ekonomik durumunun yetersiz olduğuna ilişkin hâkime inandırıcı kanıtlar sunması gerekmektedir[297]. Tüm bu şartların gerçekleşmesi hâlinde hâkim, ileride asıl tazminat miktarından mahsup edilmek üzere zarar görene geçici ödeme yapılmasına hükmedebilir.

[295] **Kurt**, 784.
[296] **Altınok Ormancı,** 103 vd.
[297] **Antalya**, Geçici Ödeme, 191 vd.; **Kılıçoğlu Yılmaz,** 115 vd.; **Makaracı Başak/ Tek**, 1122 vd.

Ekonomik durumu yetersiz olan zarar görenin zararı azaltma külfeti kapsamında alacağı önlemler bakımından TBK m. 76 hükümden yararlanması, madde gerekçesine[298] de uygun düşmektedir. Zira geçici ödemelerin amacı, mağdur durumda olan zarar görenin bu mağduriyetinin derhâl giderilmesidir. Zarar gören, zararı azaltmak için kendisinden beklenen önlemleri almak için yeterli ekonomik güce sahip olmadığını ispatladığı takdirde hâkim, zarar verenin geçici ödemede bulunmasına karar verebilir. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, zarar görenin, zararı azaltmak için gerekli önlemleri alacak ekonomik gücü bulunmasa bile, geçici ödeme talebinde bulunarak bu önemleri alabilecek duruma gelmesi, lehine hükmedilecek tazminat miktarından indirim yapılmasını önleyeceğinden, zarar gören lehine bir sonuç doğurur. Ayrıca, zarar görenin önlem alarak mevcut zararın artmasını engellemesi, zarar verenin de lehinedir. Dolayısıyla TBK m. 76 hükmünden, zararı azaltma külfeti kapsamında zarar görenin alacağı önlemler bakımından faydalanılması, her iki tarafın da menfaatine uygundur.

Henüz zarar verme olasılığı bulunan bir fiil ortaya çıkmadan önce, potansiyel olarak zarar görme riski bulunan kimsenin bu riske karşı önlem alma zorunluluğu bulunmamaktadır[299]. Bu sebeple, alınan önlemlere ilişkin masrafların tazmini de söz konusu olmaz. Bu nedenle, önlem almak için yapılan masraflara kişinin kendisinin katlanması gerekir. Ancak bazı hâllerde, zarar vermesi olası bir fiilin işlenmesinden sonra zarar görme riski bulunan kişinin aldığı önlemler neticesinde zarar hiç doğmayabilir. Zarara uğrayacağını öngören bir kimse, zarara sebep olma olasılığı bulunan eylem gerçekleştikten sonra ve henüz zarar doğmadan önce muhtemel zararı engellemek amacıyla bazı önlemler alarak zararın meydana gelmesini önleyebilir. Bu önlemlere ilişkin masrafların zarar kapsamında değerlendirilerek tazmininin talep edilip edilemeyeceği, önemli bir sorundur.

Türk hukukunda, zararın engellenmesi amacıyla alınan önlemlerin başarıya ulaşması durumunda önlemlere ilişkin masrafların zarar olarak talep edilebilmesini düzenleyen bir koruma normu bulunmamaktadır[300]. Zararı önlemek amacıyla dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan masrafların sebep olduğu zararlar, maddi zarar teşkil eder[301]. Önlemlerin dürüstlük

---

[298] *"... hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır"*

[299] **Weber**, 169; **Altınok Ormancı**, 51.

[300] **Apaydın**, 235; **Altınok Ormancı**, 51 vd.

[301] **Büyüksağiş**, N. 462.

kuralına uygun olarak alıp alınmadığının belirlenmesinde, zarar görenin ilgili önlemleri, gerçekleşmesi çok yakın bir tehlikeyi engellemek maksadıyla alıp almadığı göz önünde bulundurulur[302]. Nitekim, bu durumda hem nedensellik bağı hem de hukuka aykırılık mevcut olduğundan masrafların tazminin istenmesi mümkündür[303]. Buna karşılık, varsayımsal bir tehlike karşısında alınan önlemlere ilişkin masraflar, zarar kapsamında değerlendirilemez[304]. Zira, böyle bir hâlde yapılan masraflar, malvarlığında bir azalma yaratmaz; alınan önlem masrafların yerine malvarlığına dahil edilmiş olduğu için malvarlığında bir değişiklik meydana getirmez[305]. Örneğin, bir kimsenin evine hırsız girmesi tehlikesine karşı alarm taktırması nedeniyle yaptığı masraf, zarar olarak nitelendirilemez[306]. Ayrıca, zarar görenin zararın azaltılması amacıyla haksız eylemden önce kaza ihtimaline karşı başka bir eşyayı yedekte tutmak için yaptığı masraflar da tazmin edilebilir nitelikte bir zarar kalemi değildir[307].

Konuyu olması gereken hukuk açısından (*de lege ferenda)* değerlendiren *Altınok Ormancı*, zararı engelleyici önlemlere ilişkin masrafların zarar verene yükletilebilmesi için, ilgili önlemlerin zarar verenin gerçekleştirebileceği ciddi ve somut bir zarar tehlikesine karşı alındığının ispat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir[308]. Diğer bir anlatımla, belirli bir kişinin sebep olduğu somut bir zarar tehlikesinin bulunması hâlinde, önlemlere ilişkin masrafların zarar verene yükletilebilmesi mümkün olmalıdır[309]. Bizce de bu doğru bir yaklaşım olarak görülmektedir. Bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi zarar olarak nitelendirdiğimize ve zarar görme tehlikesi bulunan kişi kendi iradesi ile önlem aldığına göre, henüz gerçekleşmemiş bir zararın engellenmesine ilişkin yapılan masrafların klasik zarar tanımı dışında olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak muhtemel zararı engellemek amacıyla dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan masraflar nedeniyle bir kimsenin malvarlığının azalması da maddi zarar kapsamında değerlendirilmelidir[310]. Zarara sebep olabilecek herhangi bir davranışa karşı alınan her önleme ilişkin masrafın zarar

[302] **Weber**, 169; **Büyüksağiş**, N. 462; **Altınok Ormancı**, 54.
[303] **Weber**, 169.
[304] **Büyüksağiş**, N. 462.
[305] **Büyüksağiş**, N. 464.
[306] **Büyüksağiş**, 220.
[307] **Weber**, 169; **Büyüksağiş**, N. 465; **Altınok Ormancı**, 53.
[308] **Altınok Ormancı**, 54.
[309] **Altınok Ormancı**, 54.
[310] Eski Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m. 55'te, bir kimsenin pek yakın bir saldırıyı önlemek ya da gerçekleşen bir saldırının sonuçlarını azaltmak amacıyla, dürüstlük kurallarına göre aldığı önlemlerin neden olduğu iradi giderlerin de maddi zarar kapsamında olduğu düzenlenmekteydi. Ancak bu giderlerin nelerden ibaret olduğuna ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Bu nedenle, söz konusu düzenlemeye, TBKT'nın son hâlinde yer verilmemiştir (**Büyüksağiş**, N. 470, dn. 537).

kavramına dahil edilmemesi gerekir. Kanaatimizce, varsayımsal tehlikelere karşı alınan önlemlere ilişkin masrafların zarar kapsamına dahil edilmemesi yerindedir. Ancak, zarar doğurma tehlikesi yüksek olan bir davranışa karşı malvarlığında eksilme meydana gelmesi pahasına kendisini korumak isteyen kimsenin bunun sonuçlarına katlanmasının kendisinden beklenmesi de hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle, somut olayın koşulları hâkim tarafından göz önünde bulundurularak karar verilmelidir.

II. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN SONUÇ YARATMASI İÇİN ARANAN UNSURLAR

A. KUSUR

1. Genel Olarak

Sorumluluk hukukunun temelini, kusur oluşturmaktadır. Roma sorumluluk hukukuna hâkim olan ilke, zarara zarar gören katlanır (*casum sentit dominus*) ilkesidir[311]. Bu ilkenin adaletsiz sonuçlarını hafifletmek üzere kusur kavramı getirilmiştir. Kusur, bir başkasının zarara uğramasına neden olan davranışla ilgili bir nitelendirmedir[312] ve zararın zarar görenden başka bir kimseye, özellikle zarar verene yükletilmesini mümkün kılmaktadır[313].

Gelişen ve ilerleyen dünya düzeninde, kusursuz sorumluluğa ilişkin düzenlemeler her ne kadar artmakta ise de, Türk- İsviçre hukukunda asıl olan kusur sorumluluğudur (TBK m. 49/ OR Art. 41)[314]. Bu tür sorumlulukta kusur hem sorumluluğun kurucu unsurudur hem de tazminat miktarının belirlenmesinde büyük bir öneme sahiptir[315]. Kusursuz sorumluluk hallerinde kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmamakla birlikte, kusurun bu hâllerde de bazı açılardan sorumluluğa etkisi olduğu görülmektedir[316].

Türk Borçlar Kanunu m. 49'da kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olarak düzenlenmiş olmakla beraber kanunda kusurun tanımına yer verilmemiştir. Hâl böyle olunca

---

311 **Eren**, Borçlar Genel, N. 1763.
312 **Eren**, Uygun İlliyet, 189; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 107; **Nomer**, 70.
313 **Eren**, Borçlar Genel, N. 1763; **Gümüş**, Borçlar Genel, 448.
314 **Guhl/Koller**, § 23, N. 5; **Huguenin**, N. 1971. İsviçre hukukunda kusur unsuru, hukuka aykırılık unsuru ile bütünleştirilmiş, hukuka uygunluk sebebi bulunmaması koşuluyla, genel davranış kurallarının ihlâl edilmesi suretiyle bir başkasına zarar veren kişinin, bu zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. (**Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 7, dn. 6). Fransız hukukunda ise hukuka aykırılık, kusurun objektif unsuru olarak kabul edilir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1764).
315 **Huguenin**, N. 1972.
316 Ayrıntılı açıklama için bkz. § 11.

kusurun tanımı, doktrin ve uygulama tarafından şekillendirilmiştir. Hâkim görüşe göre kusur, hukukun hoş görmediği, kınadığı davranış biçimidir[317].

Bir görüşe göre, zarar görenin kendisine karşı hukuka aykırı bir davranışı söz konusu olamayacağından zarar görenin teknik anlamda bir kusurundan bahsedilemez[318]. Nitekim, zarar görenin kusurunda hukuken kınanan bir husus yoktur. Dolayısıyla, kişinin kendisine karşı işlemiş olduğu bir kusurundan da söz edilmesi mümkün değildir. Bu görüşün savunucuları, kusurun hukuka aykırılıktan ayrı değerlendirilemeyeceği kanaatindedirler[319]. Buna karşılık, kusur ile hukuka aykırılık unsurunun her durumda bir arada bulunması gerekmez[320]. Yani, bir kimsenin davranışının kusurlu olarak kabul edilebilmesi için bu davranışın aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekmez. Kusur, kişinin hukuk düzeninin ondan beklediği makul düzeydeki özeni göstermemesi şeklinde tanımlandığı takdirde, zarar görenin davranışının kusurlu olarak nitelendirilmesi de mümkün olur[321]. Bu tanımdan yola çıkılarak denebilir ki, zarar görenin kusuru, zarar görenin zararın doğmaması ya da artmaması için hukuk düzeninin kendisinden beklediği makul özeni göstermemesidir[322].

Zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olmadığı görüşünü savunan yazarlar, kusura ilişkin esasların kıyasen zarar görenin kusuruna da uygulanabileceğini ifade etmektedirler[323]. Bu ifade, uygulama bakımından bir fark yaratmamakla birlikte, zarar görenin davranışının teknik anlamda kusur olarak kabul edilmesinde bir sakınca bulunmadığı kanısındayız. Bu nedenle, kusura ilişkin esasların zarar görenin kusuruna kıyas yoluyla değil doğrudan uygulanacağının kabulü daha isabetlidir. Böylelikle kusura ilişkin getirilen düzenlemeler hem zarar veren hem zarar gören açısından aynı şekilde uygulama alanı bulur[324].

Doktrinde, zarar görenin zararın doğmasına ya da artmasına neden olan davranışının kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin kapsamına girmesi hâlinde de TBK m. 52/I uyarınca

---

[317] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1759; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 492; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 45; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 477; **Gümüş**, Borçlar Genel, 448; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 154; **Erdoğan**, Kusur, 117; **Fischer**, OR Art. 41, N. 153.
[318] **Oftinger**, 158; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1759; **Eren**, Uygun İlliyet, 189; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 107; **Nomer**, 86.
[319] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1759; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 153.
[320] Bkz. § 2.
[321] **Baysal**, 104-105.
[322] **Baysal**, 105.
[323] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 109-110; **Nomer**, 86; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 319 vd.
[324] **Baysal**, 106.

tazminattan indirime gidileceği düşüncesi savunulmaktadır[325]. Zarar görenin kusurunun sonuçta etkili olabilmesi için, her şeyden önce, zarar görenin davranışının kusurlu olarak nitelendirilebilmesi gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere, zarar görene kusur olarak isnat edilen davranış, zarar görenin zararın doğmasına ve artmasına etki eden davranışıdır.

2. Kusur Teorileri

Yasal bir tanımı bulunmayan kusurun açıklanmasında, nitelikler farklı iki teori ileri sürülmüştür. Bunlar, sübjektif ve objektifleştirilmiş kusur teorileridir. Hukuk düzeninin zarar görenden beklediği özen ölçütünün sübjektif kriterlere göre mi yoksa objektif kriterlere göre mi belirlenmesi gerektiğinin tespitinde bu teoriler önemli rol oynamaktadır.

Kusur, derecesine göre kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır[326]. Kast, kişinin hukuka aykırı fiili ve onun sonucunu bilerek ve isteyerek onu işlemesidir[327]. Bu hâlde kişinin zarar vermeye yönelik iradesi açıkça görüldüğünden, özen ölçütünün tespiti gerekmez. Örneğin, bir kimsenin, gerekli mesleki bilgiye sahip olmadığını bilerek bir işe girişmesi ya da özel yetenek gerektiren bir işi bu donanımda olmadığını farkında olarak üstlenmesi hâlinde durum böyledir[328].

Buna karşılık kişinin, zararın gerçekleşmesi yönünde bir iradesi olmamakla birlikte gerekli özeni göstermeyerek zarara sebep olması hâli, ihmal olarak nitelendirilir[329]. Hâkimin, önüne gelen olayda bu özen ve dikkatin gösterilip gösterilmediğini tespit etmek için yararlanacağı ölçütün ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu doğrultuda, özen ölçütünün tespitine yönelik ileri sürülen teoriler, esas itibariyle ihmal için geçerlidir[330]. Zarar görenin kusuru pratikte daha çok ihmal şeklinde ortaya çıkmaktadır[331]. Zira zarar gören, kendisini zarara uğratmak ya da kendi zararını arttırmak için bilerek ve isteyerek bir fiilde bulunmaktan ziyade, durumun gerektirdiği makul dikkat ve özeni göstermediği için zararlı sonuca sebep olmaktadır.

---

[325] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Nomer**, 128 vd.
[326] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1774; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 493; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 156; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 46.
[327] **Huguenin**, N. 1976; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 158; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1775; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 493; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 46; **Gümüş**, Borçlar Genel, 449.
[328] **Huguenin**, N. 1982; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 166; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 52-53.
[329] **Huguenin**, N. 1977; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1781; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 494; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 159; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 48.
[330] **Baysal**, 106; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 50.
[331] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110.

Sübjektif kusur teorisine göre, kusurun değerlendirilmesinde kişisel özellikler dikkate alınmalıdır. Bir davranışın, zarar verene kusur olarak isnat edilebilmesi için, bu kişinin haksız fiili gerçekleştirdiği sıradaki psikolojik durumu, mesleki becerileri, eğitim ve öğretim düzeyi, kişisel yetenekleri gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır[332]. Bu görüşe göre kusurun tespitinde şahsi sebeplerin göz önünde bulundurulmaması ve sadece objektif ölçütlerin belirlenmesi, kusur değerlendirmesi bakımından yetersiz kalır; adeta kusur olmadan kusur sorumluluğu yaratılmış olur[333].

Türk- İsviçre hukukunda hâkim olan objektifleştirilmiş kusur teorisine göre[334], bir kimsenin davranışının kusurlu olup olmadığının tespitinde, kişisel özellikler göz önünde bulundurulmayıp bu kimsenin içinde bulunduğu çevrede, aynı koşullar altında hayatını sürdüren, aynı yaş ve cinsiyete sahip, makul, dürüst, orta zekalı bir insan modeli esas alınır[335]. Model olarak belirlenen objektif insan tipi ile somut olaydaki zarar verenin fiilleri birbiriyle karşılaştırılır. Zarar verenin davranışları objektif olarak belirlenen modelin davranışlarından sapıyorsa, bu kimse kusurlu olarak nitelendirilir[336]. Objektiftifleştirilmiş kusur teorisinde sübjektif teoriden farklı olarak, zarar verenin kişisel yetenekleri ve psikolojik durumu yerine, aynı sosyal çevrede bulunan ve benzer özellikler gösteren makul bir insan modelinin yetenekleri ve durumu esas alınmaktadır[337]. Kusurun tespitinde objektif

---

[332] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 482; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1760. Sübjektif teoriyi savunan Oğuzman/Öz'e göre, objektif nitelikteki model davranışın esas alınması, kusur kavramı ile bağdaşmaz. Türk Borçlar Kanunu'nda ayırt etme gücü bulunmayanların kural olarak sorumlu olmadıklarının düzenlenmesi de kanun koyucunun kusurun objektifleştirilmesi görüşünde olmadığını desteklemektedir. Örnek davranış teorisine yakın bir tutum izlenerek her olayın koşulları kendi içinde değerlendirilmelidir. Sübjektifliğin de kusuru imkansızlaştıracak ölçüde abartılmaması gerekir (**Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 163 vd).

[333] **Kaneti**, 29 vd.; **Nomer**, 88; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 163.

[334] "*Objektif kusur*" ile "*objektifleştirilmiş kusur*" kavramları birbirinden farklıdır. Objektif kusur ölçütünde hâkim, objektif nitelikte makul bir insan modeli oluşturur ve ona göre bir değerlendirme yapar. Hâkim, önüne gelen somut olayda makul, ortak zekalı bir kimsenin fiziki durumunu, ahlaki değerlerini, mesleki becerisini ve yeteneklerini göz önünde bulundurarak ihmâli değerlendirir. Buna göre, toplum hâlinde yaşayan kişilerde toplumun güvenliği için asgari bazı özellikleri taşımak gerekmektedir. Bu hâlde, basiretli bir iş adamı, iyi bir aile babası model olarak alınır (**Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 482. **Von Tuhr**, 406; **İnan/Yücel**, 397; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1783). Buna karşın objektifleştirilmiş teoride, somut olaydaki kişinin mensup bulunduğu çevreden benzer özellikler gösteren bir kimse model olarak alınarak somut olaydaki kişinin göstermesi gereken özen tespit edilir. Diğer bir anlatımla, somut olaydaki kişiye ilişkin sübjektif ölçütler çerçevesinde objektif bir değerlendirme yapılır. Somut olaydaki kişi göz önünde bulundurulurken dürüst, ortak zekalı, makul bir insan modelinin benzer şartlarda göstereceği özen dikkate alındığı için bu objektifliğin içinde sübjektif bir değerlendirmenin de olduğu söylenebilir. Fail, elinden gelen bütün çabayı gösterse ve onda herhangi bir ahlaki eksiklik bulunmasa bile, söz konusu davranış, model olarak belirlenen kişinin davranışından sapıyorsa, kusurlu kabul edilir (**Altınok Ormancı,** 76; **Atamer**, Haksız Fiil, 31). Eren'e göre, kusur kavramının objektifleştirilmesi, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırarak tazminat hukukunun sübjektif unsurunu geri plana atmaktadır (Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 1785).

[335] **Huguenin**, N. 1978; **Atamer**, Haksız Fiil, 31; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 50 vd.; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110-111.

[336] **Huguenin**, N. 1978; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 48.

[337] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1761; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 50-51.

ölçütlere başvurulması, bu ölçütlerin her durumda bütün kişiler bakımından aynı olacağı anlamına gelmemektedir. Durumun özellikleri göz önünde bulundurularak aynı niteliklere sahip bir model üzerinden gösterilmesi gereken özen tespit edilmektedir. Buna göre, herkes kendi hayat koşulları içinde kendisinden beklenen makul bilgiye sahip olmak, gereken özeni göstermekle yükümlüdür[338]. Girişilen işin tehlike oranı ve zorluğu arttığı ölçüde gösterilmesi gereken özen de artar[339].

Objektifleştirilmiş kusur teorisine göre, insanların kişisel becerilerini, iradelerini ve zekalarını tam olarak tespit etmek mümkün olmadığı için, zarar verenden bağımsız bir modele başvurma zorunluluğu bulunmaktadır[340]. Ayrıca, toplum hâlinde yaşayan kişiler arasında güvenliğin sağlanabilmesi için kişilerin göstermeleri gereken asgari özenin, kişisel özelliklerinden bağımsız olarak belirlenmesi gerekir[341]. Sübjektif teorinin kabul edilmesi, keyfi değerlendirmelere sebep olarak bireylerin hukuka olan güvenini zedeleyebilir. Her ne kadar Türk hukukunda kusurun objektifleştirilmesi ilkesi savunulmaktaysa da bu ilke mutlak olarak uygulanmamaktadır. Kusurun tespitinde ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasının göz önünde bulundurulması hâli, sübjektif bir ölçüttür[342]. Bu durum, ilerideki başlıklarda incelenmiştir.

Zarar görenin kusuru bakımından da objektifleştirilmiş kusur teorisi geçerlidir[343]. Zarar görenin kusuru tespit edilirken, onun içinde bulunduğu çevredeki makul bir insanın benzer hâl ve koşullar altında zararın meydana gelmemesi ya da artmaması için göstereceği özen ve alacağı önlemler ölçüt olarak alınır[344]. Yargıtay da, verdiği bir kararda[345] "*zarar görenin kusuru değerlendirilirken objektif bir ölçüye başvurulacaktır; bu ölçü, benzer durum ve şartlar altında zarar görenin mensup olduğu çevredeki makul, normal bir insanın zararlı sonucun doğmasını önlemek için sarf edeceği çaba, göstereceği dikkattir*" ifadelerini kullanarak objektifleştirilmiş kusur teorisinin zarar görenin kusuru bakımından da geçerli

[338] Örneğin ergin olmayan küçük bir çocuğun ihmâlinin değerlendirilmesinde, yine aynı yaştaki makul bir çocuğun aynı şartlar altında göstereceği özen derecesi, failin kadın olması hâlinde onun fiziki gücü oranında makul bir kadının göstereceği özen derecesi dikkat alınır (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1786).
[339] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 53; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1787.
[340] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 51.
[341] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1761; **Atamer**, Haksız Fiil, 31; **Eren**, Uygun İlliyet, 192; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 51.
[342] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 52.
[343] **Oftinger**, 160; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110; **Eren**, Uygun İlliyet, 192; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 23.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1803; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 340.
[344] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 110-111; **Eren**, Uygun İlliyet, 192; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 23; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 341.
[345] Yarg. 4. HD. T. 26.2.1979 E. 1978/5666 K. 1979/2516 (KBİBB. E. T. 02.10.2022).

olduğunu kabul etmiştir. Bu hâlde, zarar görenin duygusal durumu, yorgunluğu, anlama yeteneği gibi sübjektif özellikleri dikkate alınmaz. Beklenilen dikkat ve özenin derecesi, somut olayın koşullarına göre belirlenir. Dolayısıyla, zarar görenin mensup olduğu yaş, cinsiyet, kültür ve meslek grubundaki makul, dürüst, orta zekalı bir birey esas alınarak bu kimsenin davranışı ölçü olarak kabul edilir[346].

Zarar görenin haksız fiil karşısında haklı bir şekilde telaşlanması, karar verebilmek için yeterince zamanının olmaması, korkutulması gibi sebeplerle yanlış bir harekette bulunması, bu kişiye kusur olarak yüklenmemelidir[347]. Buna karşılık, zarar görenin mesleği gereği zararı doğuran tehlikeye alışık olması ya da kendisini veya başkasını içinde bulunduğu tehlikeden kurtarmak için ani bir karar vermek zorunda olması durumlarda, zararın doğmasına sebep olan kusuru daha hafif değerlendirilmelidir[348]. Ancak, bir yerde yerleşik hâle gelmiş kayıtsız alışkanlıklara göre davranmak, birlikte kusurun ortadan kalkması sonucunu doğurmaz[349].

3. Kusurun Unsurları

a. Kusurun Objektif Unsuru

Failin davranışının, aynı koşullar altında bulunan örnek bir kişiden beklenen makul ve ortalama davranış modelinden sapması hâli, kusurun objektif yönünü oluşturur[350]. Diğer bir anlatımla, zarar veren kimsenin zararı önlemek için göstermesi gereken özen, kusurun objektif yönü ile ilgilidir[351]. Kusurun tespitinde failin içinde bulunduğu mesleki ve sosyal çevredeki makul, dürüst, orta zekalı bir kimsenin davranış biçimi model olarak alınmakta, failin davranışı bu model davranış ile kıyaslanarak değerlendirilmektedir[352]. Bu kapsamda kusur, kast ve ihmal şeklindeki iki görünüm biçimi üzerinden değerlendirilmektedir.

b. Kusurun Sübjektif Unsuru

Ayırt etme gücü ve kusur kavramları birbiriyle yakından ilişkilidir. Bir kimsenin haksız fiillerinden sorumlu tutulabilmesi için, o kimsenin her şeyden önce haksız fiil

[346] **Eren**, Uygun İlliyet, 192-193; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 111.
[347] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 112.
[348] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 111.
[349] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 320; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 112.
[350] **Fischer**, OR Art. 41, N. 157; **Gümüş**, Borçlar Genel, 449.
[351] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1767.
[352] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1767; **Gümüş**, Borçlar Genel, 449.

ehliyetine sahip olması gerekir. Bu ise ancak, kişinin fiillerinin sonuçlarını anlayıp ona uygun olarak hareket edebilme olgunluğuna erişmesi ile mümkündür. Bu kapsamda, kusur kavramının objektifleştirilmesinin sınırını ayırt etme gücü oluşturmaktadır[353]. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin ne kastından ne de ihmâlinden bahsedilebilir. Fail ile zararlı sonucu doğuran fiil arasındaki sübjektif bağlantının sağlanarak zararlı sonucun faile yüklenmesi, kusurun sübjektif yönü olan sorumluluk ehliyetini oluşturur[354]. Kural olarak sorumluluk ehliyeti, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmasını gerektirir. Nitekim, TMK m. 15 uyarınca, kanundaki istisnalar saklı kalmak koşuluyla, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin davranışları hukukî sonuç doğurmaz.

Kusur, iradenin gereği gibi kullanılmaması ya da kötü bir şekilde kullanılmasıdır[355]. Bu nedenle, kusur sorumluluğu bakımından bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için bu kişinin davranışının ortalama davranış modelinden sapmış olması yetmemekte, aynı zamanda ayırt etme gücüne de sahip olması gerekmektedir. Aksi hâlde kişi, makul dürüst ve orta zekalı bir kimsenin davranışlarından sapma gösteren eylemlerinden sorumlu tutulamaz. Durum böyle olmakla birlikte, kusursuz sorumluluk bakımından kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığı için kişi ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da zarar verici davranışından dolayı sorumlu tutulur.

Ayırt etme gücü, TMK m. 13'te tersten bir ifade ile tanımlanmıştır. Buna göre, *"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."* Türk hukukunda, ayırt etme gücü için belirli bir yaş sınırı öngörülmemiştir[356]. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere ayırt etme gücü, bir kimsenin davranışlarının sebeplerini ve sonuçlarını kavrayıp buna uygun şekilde davranabilme yeteneğidir[357]. Bu anlamdaki ayırt etme gücü, iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan biri, kişinin davranışının niteliğini ve sonuçlarını değerlendirmesini içeren zihnî unsur, diğeri ise onun bu değerlendirmeye uygun şekilde davranmasını ifade eden iradî unsurdur[358].

---

[353] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 52; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 55.
[354] **Oser/Schönenberger**, Art. 41, N. 54; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1768; **Gümüş**, Borçlar Genel, 448.
[355] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 496.
[356] BGB § 828 hükmünde, yedi yaşının altında bulunan çocuklar, başkasına verdiği zararlardan sorumlu tutulmamıştır.
[357] **Fischer**, OR Art. 41, N. 159; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1771; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 56.
[358] **Huguenin**, N. 1989; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1771; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 56.

Türk Medeni Kanunu'nun 15. maddesinde, kanunda sayılan istisnai hâllerde ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin davranışlarının da hukukî sonuç doğurabileceği öngörülmektedir. Bu istisnalardan biri, Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğudur. İlgili hükme göre, *"Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir."* Zarar veren kusurlu olmasa dahi hâkim, tarafların ekonomik durumlarını değerlendirip hakkaniyetin gerektirdiği kanısına varırsa, zarar verenin neden olduğu zararın giderilmesine hükmedebilir[359].

Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının değerlendirileceği an, haksız fiilin işlendiği andır[360]. Ayırt etme gücü nispî bir kavram olduğu için bu kavramın, somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekir[361]. Hâkim, kişinin eğitimini, fikrî ve zihnî yeteneğini, olayın niteliğini göz önünde tutarak, haksız fiilin gerçekleştiği sırada bu kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını tespit eder[362]. Belirtmekte yarar var ki hâkim, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını değerlendirirken ceza mahkemesinin kararı ile bağlı değildir[363].

Ayırt etme gücü, göreceliği nedeniyle bir yaş sınırına bağlanmamıştır; bu kavramın somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir[364]. Ayırt etme gücüne sahip bir küçük, akla uygun hareket etme yeteneğine sahip bulunduğu için sebep olduğu zararlardan sorumludur. Küçüğün kusurunun tespitinde, onunla aynı yaşta ve aynı sosyal çevrede bulunan makul bir küçük model olarak alınmaktadır[365]. Yargıtay'ın, özellikle çocuk işçiler bakımından kusurlarının hafif değerlendirilmesine ilişkin bazı kararları bulunmaktadır[366]. Kanaatimizce, zayıfın korunması ilkesinin sınırlarının genişletilmesi bu duruma sebep olmaktadır. Söz konusu kararlarda zarar gören tarafın hem işçi hem de çocuk sıfatını

---

[359] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 58 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 499.
[360] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1771; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 57.
[361] **Huguenin**, N. 1990; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 52; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 57; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 123; **Erdoğan**, Kusur, 119.
[362] **Huguenin**, N. 1990; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 123.
[363] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 52. Sorumluluk hukukunda kusur objektifleştirilmiş olmakla birlikte, ceza hukukunda sübjektif kusur teorisi geçerlidir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1800).
[364] **Huguenin**, N. 1995; **Eren**, Uygun İlliyet, 197.
[365] Doktrin ve Federal Mahkeme tarafından, ayırt etme gücünün varlığı ve ayırt etme gücünün yokluğu durumlarından başka üçüncü bir kategori olarak "*azaltılmış ayırt etme gücü*" ("*verminderten Urteilsfähigkeit*") kavramının gerekliliği savunulmuştur. Buna göre, çocukların sebep olduğu zararların değerlendirilmesinde "*azaltılmış ayırt etme gücü*"ne göre bir değerlendirme yapılması gerekir (**Fischer**, OR Art. 41, N. 161; **Huguenin**, N. 1996).
[366] **Akın,** 212.

taşıması, kusurunun daha hafif takdir edilmesine yol açmaktadır. Oysa objektifleştirilmiş kusur teorisi, içinde bir miktar sübjektifliği de barındırdığı için, aynı yaşta, aynı çevrede ve aynı koşullarda bulunan bir kimseyi model olarak almaktadır. Diğer bir anlatımla, ayırt etme gücüne sahip küçük, davranışının kusurlu olup olmadığı tespit edilirken zaten kendisiyle aynı niteliklere sahip makul, orta zekalı bir çocuk ile karşılaştırılmaktadır. Bundan dolayı bize göre, kusurunun daha hafif takdir edilmesi için bir sebep bulunmamaktadır.

4. Zarar Görenin Kusur Ehliyeti

Bir kimsenin işlediği haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücüne sahip bulunması gerektiğine ilişkin kural, zarar görenin kusuru bakımından da geçerlidir[367]. Zarar görenin kusurlu sayılarak tazminat miktarında indirime gidilebilmesi için, onun da ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar gören, davranışının sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olmadığı için kusurlu kabul edilemez. Her ne kadar Türk hukukunda kusurun objektifleştirilmesi esası benimsenmiş ise de, zarar görene ilişkin sübjektif bir kıstas olan ayırt etme gücünün de değerlendirilmesi gerekir. Kusurun sübjektif yönü olan ayırt etme gücüne ilişkin önceki başlıkta açıklanan hususlar, zarar görenin kusuru bakımından da geçerlidir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar görenin işlediği fiilin zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmasına rağmen tazminatta indirime gidilememesi ve zararın tamamının tazminine hükmedilmesi, bazı hâllerde haksız sonuçlar doğurabilir[368]. Bu kapsamda, zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmamasına rağmen zarar verici davranışından sorumlu tutulabilmesi, TBK m.65'te düzenlenen hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen uygulanması ile mümkün olabilir[369]. Ancak ilgili hükmün zarar gören bakımından uygulanabilmesi için, zarar görenin zarara katkı sağlayan davranışının ayırt etme gücüne sahip olsaydı da kusurlu sayılabilecek nitelikte olması gerekmektedir[370]. Ayırt etme gücünü

[367] **Kessler**, BSK OR-I, Art. 44, N. 7; **Matthäus**, 141; **Eren**, Uygun İlliyet, 194; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1804; **Nomer**, 128; **Baysal**, 114; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 598; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 122; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 341.

[368] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 123.

[369] **Kessler**, BSK OR-I, Art. 44, N. 7; **Oftinger**, 166, **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 8; **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 3; **Nomer**, 128; **Baysal**, 116; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 598; **Kurt**, 807; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 341; **Erdoğan**, Kusur, 134.

[370] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 124; **Baysal**, 117. *Nomer*'e göre TBK m. 65 hükmünün uygulanmasında hâkim, tarafların ekonomik durumunu dikkate alır, sorumlu kişinin ekonomik durumu zayıf olduğu takdirde indirime hükmeder. Zarar gören bakımından da TBK m. 65 hükmü kıyasen uygulanırken, aynı esastan hareket edilmesi gerekir. Bunun yerine hâkimin, şartları gerçekleşmişse, TBK m. 52/II hükmünden yararlanması mümkündür (**Nomer**, 129).

geçici olarak kaybeden zarar gören, bu duruma kendi kusuru ile düşmediğini ispat etmediği sürece, zarara katkı sağlayan davranışından sorumlu tutulur ve tazminatta indirime gidilir[371].

Esasında sübjektif bir değerlendirme gerektiren ayırt etme gücünün tespitinin, kusurun objektif niteliğini zedelemediği kanaatindeyiz. Zira, ayırt etme gücüne sahip olduğu anlaşılan kimsenin davranışının kusurlu olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespitinde yine objektifleştirilmiş kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.

5. Zarar Görenin Kusurunun Dereceleri

Haksız fiil sorumluluğunun doğması ve tazminatın belirlenmesi bakımından zarar gören ile zarar veren kimsenin kusurlarının dereceleri önemli rol oynamaktadır. Zarar görenin kusuru, teknik anlamda bir kusur olduğundan, kusura ilişkin esaslar doğrudan doğruya zarar görenin kusuruna da uygulanır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 51/I maddesi uyarınca, "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."* Sorumluluğun kurulması bakımından kusurun hangi dereceden olduğunun bir önemi bulunmasa da, tazminatın hesaplanması bakımından kusurun derecesinin göz önünde bulundurulması gerekir[372]. Zarar görenin kusuru da tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir sorun olduğu için, hâkimin hem zarar görenin hem de zarar verenin kusur derecelerini birbirleriyle karşılaştırarak tazminat miktarını belirlemesi gerekir[373].

Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki türü vardır. Kast, zararlı sonucun bilerek istenmesidir[374]. Bu hâlde, hem irade hukuka aykırı sonuca yönelmiştir hem de bilinçli bir davranış ile hukuka aykırı zararlı sonucun gerçekleşmesi istenmektedir[375]. İhmal, zararlı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucu engellemek için durumun gerektirdiği özen

[371] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 598; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 325; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 125-126; **Nomer**, 128-129.
[372] **Huguenin**, N. 1985; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 17.
[373] **Nomer**, 71; **Günal**, 210.
[374] Kast da kendi içinde "doğrudan kast" ("vasıtasız kast") ve "dolaylı kast" ("ihtimâli/muhtemel kast") olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Failin zararlı sonuca bilerek ve isteyerek neden olmasına doğrudan kast, zararlı sonucu istememesine rağmen bunu öngörerek zararlı sonucun doğmasını göze almasına dolaylı (muhtemel) kast denilir. Sorumluluk hukuku açısından doğrudan kast ile dolaylı kast arasında bir farklılık bulunmamaktadır (**Eren**, Uygun İlliyet, 190-191; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 158; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 493; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 47; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1777).
[375] **Eren**, Uygun İlliyet, 190; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 46; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1778 vd.

ve dikkatin gösterilmemesidir[376]. Daha önce de belirtildiği üzere, ihmal objektif ölçülere göre değerlendirilmekte, kişinin sübjektif kişisel nitelikleri göz önünde tutulmamaktadır.

Kusurun ağır ve hafif olmak üzere iki derecesi bulunmaktadır[377]. Ağır kusur, kast ve ağır ihmali; hafif kusur ise sadece hafif ihmali kapsar[378]. Ağır ihmal, makul ve orta zekalı her kişinin aynı koşullar altında göstereceği dikkat ve özeni göstermeyerek alınması gereken en basit önlemlerin dahi alınmamış olmasıdır[379]. Sadece dikkatli ve tedbirli olarak nitelendirilen kimselerin göstereceği özenin gösterilmemiş olması ise hafif ihmaldir[380]. Ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı, haksız fiil sorumluluğunda, sorumluluğun kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır[381]. İkisi arasındaki fark sadece nicelik yönündendir. TBK m. 51 hükmü uyarınca zarar veren, derecesine bakılmaksızın her kusurundan sorumlu tutulmasına karşın, tazminatın türünün ve kapsamının belirlenmesi için kusurun derecesi hâkim tarafından göz önünde bulundurulur[382].

Zarar görenin kusurunun iki türü bulunmaktadır. Zarar gören tarafından zararlı sonucun istenmesi kast; zararlı sonuç istenmemekle birlikte böyle bir sonucun önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmaması, özensiz davranılması ise ihmal olarak nitelendirilebilir. Aynı doğrultuda, zarar görenin ihmâlinin derecelendirilmesi de mümkündür.

Zarar görenin, davranışının zarar doğuracağını fark etmesine, uğradığı zararı azaltabilecek önlemler olduğunu, bunları almadığı takdirde zararının artacağının farkında olmasına rağmen yine de o davranışta bulunması ya da herhangi bir önlem almaması hâlinde kasıtlı hareket ettiği kabul edilir[383]. Aynı doğrultuda, zarar veren, makul önlemleri almaması hâlinde bunun doğurabileceği sonuçlar hakkında zarar göreni bilgilendirmiş ve zarar gören buna rağmen hareketsiz kalmışsa da kasıtlı hareket etmiş olur[384]. İhmal ise zarar görenin

---

[376] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 48; **Gümüş**, Borçlar Genel, 450; **Eren**, Uygun İlliyet, 191; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 159; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 494; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 48 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1781.

[377] *Eren*'e göre, doktrinde "kusurun derecelendirilmesi" ifadesi kullanılmakta ise de, yukarıda açıklandığı üzere kusur, kast ve ihmal olmak üzere iki alt türe ayrılmaktadır. Bunun haricinde kusurun derecelendirilmesi söz konusu değildir. Derecelendirme, ihmale ilişkin bir meseledir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1794).

[378] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 54; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 495; **Ünal**, Manevi Tazminat, 419.

[379] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 49; **Eren**, Uygun İlliyet, 191; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 159; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 495; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 54 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1795.

[380] **Eren**, Uygun İlliyet, 191; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 55; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 159; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 496; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1796.

[381] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 496; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 55.

[382] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 496.

[383] **Matthäus,** 141.

[384] **Matthäus,** 141.

zararı azaltmak için alabileceği makul önlemlerin farkında olmaması durumunda söz konusu olur[385].

Zarar gören kimsenin kastının ya da ağır ihmâlinin, zarar verenin davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldırarak zararın tek sebebi olduğu hâllerde, tazminatın indirilmesi değil sorumluluğun ortadan kalkması söz konusu olur. Buna karşılık, zarar görenin hafif ya da orta seviyedeki ihmâli, tazminatın indirilmesine neden olabilir[386]. Bundan dolayı bize göre, zarar görenin kusurunun, hafif ya da orta dereceli ihmal niteliğinde olması hâlinde, tazminatta indirim sebebi teşkil edeceğinin kabulü gerekir.

6. Zarar Görenin Kusuru Olmaksızın Zararın Ağırlaşması: Zarar Görenin Yapısal Yatkınlığı

Zarar görenin yapısal yatkınlığı (bünyevi istidat/ konstitutionelle Prädisposition), zararın doğmasında ya da artmasında etkili olabilir. Yapısal yatkınlık, bir insan vücudunun, doğuştan ya da sonrada meydana gelen bir hastalık ya da yapısal bozukluk nedeniyle zarar görmeye olağanüstü düzeyde elverişli olma ya da zarar verici nitelikteki olaylara normalin üzerinde tepki gösterme konusundaki yatkınlığıdır[387]. Sağlıklı bir kişinin ölümüne yol açmayacak bir yaralama olayının hemofili hastası ya da damar sertliği olan bir kimsenin ölümüne neden olması; hastanın, ameliyat esnasında kendisine verilen ilaca yüksek oranda alerjisi bulunması nedeniyle ölmesi, kafatasında doğuştan çatlak bulunan bir kimsenin aldığı basit bir darbe sonucunda beyin kanaması geçirmesi gibi hâllerde kişinin yapısal yatkınlığından söz edilir[388].

Türk-İsviçre hukukunda yapısal yatkınlık, zarar görenin kusuru olarak nitelendirilmemektedir[389]. Nitekim, kusurdan söz edilebilmesi için, irade unsurunun bulunması gerekmektedir. Oysa zarar görenin zarar görmeye yapısal olarak yatkın bulunması, kendi iradesine dayanmamaktadır. Yapısal yatkınlığa sahip olan kişinin bu durumunun zarara olan etkisi, onun özensiz davranışından da kaynaklanmamaktadır. Bu

[385] **Matthäus,** 141.
[386] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 256 BGB, N. 24.
[387] **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 6; **Oftinger**, 102; **Huguenin**, N. 1893; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 28; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 154; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 327; **Nomer**, 143-144; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2458.
[388] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2416; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2456; **Gümüş**, Borçlar Genel, 575.
[389] **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 12; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 54 vd.; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 56; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2416; **Nomer**, 144; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 540; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 155; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 327 vd.; **Kısagün**, 11.

hâlde kişi, vücut bütünlüğüne yapılan müdahale sonucu, yapısal yatkınlığı nedeniyle öngörülemeyen bir durumla karşılaşmıştır. Kanaatimizce, elinde olmayan sebeplerle doğuştan getirdiği ya da sonradan ortaya çıkan eksiklik ve hastalıkların zarar görene yüklenmesi, dürüstlük ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, yapısal yatkınlığın bulunması, zararın tam olarak tazmininin önünde bir engel olarak değerlendirilmemelidir.

Yapısal yatkınlık, zarar gören kimsenin hem fiziksel yapısından kaynaklanan anormallikleri hem de ruhsal bozuklukları ifade etmektedir[390]. Zarar görenin gerek fiziksel gerekse psikolojik bir yatkınlığının zararın artmasına etki etmesi hâli hem uygun nedensellik bağı hem de tazminatın hesaplanması bakımından önem teşkil etmektedir[391].

Nedensellik bağının kurulması bakımından değerlendirildiğinde, somut olayda böyle bir yapısal yatkınlık mevcut olmasa idi zarar hiç doğmayacak idiyse, zararın tek sebebi zarar görenin yatkınlığı olduğu için nedensellik bağı kesilir. Ayrıca, zarara sebep olan olay hiç gerçekleşmeseydi mevcut yapısal yatkınlık herhangi bir zarar meydana getirmeyecek idiyse, bu yatkınlık zararın oluşmasını kolaylaştırmış veya arttırmış olsa dahi, zarar veren taraf sorumlu olmaya devam eder[392]. Bu aşamada yapısal yatkınlık, kusur değerlendirilmesine gerek olmaksızın salt nedensellik bağı sorunu olarak ele alınmalıdır. Buna karşılık, bazı durumlarda yapısal yatkınlık, zararı doğuran tek sebep olmayabilir. Zarar verenin kusurlu davranışı, karşı tarafın yapısal yatkınlığını tetikleyerek zararın doğmasına ya da artmasına etki etmiş olabilir. Bu durumda cevaplandırılması gereken soru, yapısal yatkınlığa sahip kusursuz zarar gören ile kusurlu zarar veren arasında sorumluluğun paylaştırılıp paylaştırılmayacağıdır. Doktrinde, sorumluluğun paylaştırılması gerektiği ve yapısal

---

[390] **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 6; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 54; **Huguenin**, N. 1893; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 154; **Nomer**, 144; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2416 **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 56; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2458. Bir görüşe göre, zarar görenin uğradığı zararı azaltmak için önlem almasını engelleyen inançları da yapısal yatkınlık ile eş tutulabilir. Bkz. **Matthäus,** 144.

[391] **Müller**-CHK OR Art. 44, N. 6; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 54. Bir görüşe göre, zarar görenin yapısal yatkınlığı sadece tazminatın belirlenmesinde değil zararın belirlenmesinde de dikkate alınır. Örneğin kalp hastası bir kimsenin geçirdiği kaza sonucunda ölmesi hâlinde, zarar gören ile aynı yaş ve koşullardaki makul bir kimsenin yaşama beklentisi değil, ağır kalp hastası olan aynı yaş ve koşullardaki kimsenin yaşama beklentisi göz önünde bulundurulur. Hastalık nedeniyle yaşama beklentisinin kısalığı, kaza ile ilgili olmayıp hastalığın yol açtığı bir sonuçtur. Buna karşılık gerçekleşen kaza, mağdurun hastalığa rağmen beklenenden daha erken yaşta ölmesine sebep olmuştur. Hastalığın, zarar belirlenirken dikkate alınmış olması, tazminatın belirlenmesinde tekrar değerlendirilmesinde engel değildir. Nitekim, hastanın hastalığa rağmen beklenenden daha erken yaşta ölmesinin tek sebebi kaza değildir; hastalığın da payı bulunmaktadır (**Nomer**, 147. Aynı yönde bkz. **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 58). Aksi yöndeki görüş için bkz. **Tiftik,** Maddi Tazminat, 157; **Fischer**, OFK OR Art. 44, N. 20.

[392] **Fischer**, OFK OR Art. 44, N. 20; **Stehle/Reichle**, OR Art. 44, N. 12; BGE 131 III 12, N. 4; **Göksu**, OR Art. 44, N. 12.

yatkınlığın riskine zarar görenin de katlanması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır[393]. Buna göre zarar gören, zararın meydana gelmesinden önce riskini üstlendiği yapısal yatkınlığının sonuçlarına, zarar gerçekleştikten sonra da belirli bir oranda katlanmalıdır. Kanaatimizce bu görüş, tarafların menfaat dengesini gözetmeyen, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya açık bir görüş olup kabul edilemez niteliktedir. Sorumluluğun paylaştırılmasında asıl olan kusurların karşılaştırılması olmakla beraber, yapısal yatkınlık durumunda zarar görene isnat edilebilecek herhangi bir kusur söz konusu olmadığı için, bu durumda sorumluluğun paylaştırılmasının söz konusu olmayacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, zarar verenin, zarar görenin yapısal yatkınlığının farkında olmasına rağmen bilerek ve isteyerek fiili işlemesi durumunda, yapısal yatkınlığın tüm sonuçlarına katlanması gerektiği hususunda şüphe yoktur. Doktrindeki bir diğer görüşe göre[394] ise, zarar görenin yapısal yatkınlığının TBK m. 51 uyarınca hâkim tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca hâkim, "*durumun gereği*" kapsamında zarar görenin yapısal yatkınlığını göz önünde bulundurarak tazminatı belirler[395].

Zarar görenin yapısal yatkınlığı, zarar görenden kaynaklanmaması sebebiyle zarar görene yüklenerek TBK m. 52/I kapsamında indirim yapılması mümkün değildir. Buna karşılık, zarar görenin yapısal yatkınlığının sonuçlarından zarar vereni sorumlu tutmak da adil bir çözüm olmaz. Kanaatimizce, yapısal yatkınlığın zarara olan etkisinin değerlendirilmesinde, dürüstlük kuralı çerçevesinde, bu yatkınlığın karşı tarafça fark edilip fark edilemeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır[396]. Zira, bir kimsenin zarar görme eğilimi ve yatkınlığı karşı tarafça fark edilmesine rağmen kusurlu davranışla zarara sebep olunmuşsa, zarar verenin zararın tamamına katlanması gerekir. Buna karşılık, öngörülemez

---

[393] **Nomer**, 146.

[394] **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2455; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 56; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 155; **Nomer**, 144; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 397; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 327 vd. İsviçre hukukunda, zarar görenin yapısal yatkınlığı nedeniyle yapılan indirim OR Art. 44 (TBK m. 52)'ye dayandırılmaktadır (**Fischer**, OFK, OR Art. 44, N. 20). Bir kimsenin sahip olduğu fiziksel ya da ruhsal bozukluklar dolayısıyla kınanamayacağı ve yapısal yatkınlığın hiçbir durumda tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 540.

[395] Yarg. 4. HD. T. 5.11.1984 E. 1984/6092 K. 1984/8184: *"Doğan zararın ödetilmesinden davalının sorumlu olduğu mahkemece de benimsenmiştir. Ancak davalıya yüklenemeyen ve onun önceden göremeyeceği olağanüstü hâl (davacının hâlefi olduğu zarar görenin hemofili hastalığı) nedeniyle zarar artmıştır. Zararın artmasında zarar görene yüklenecek (Doktora derhâl başvurmamak, hayati tehlike arz etmeyen zorunlu tedaviye razı olmamak, ilaçlarını doktor önerisine uygun almamak, pansumanları ihmal etmek gibi) bir kusurdan da söz edilemez. Birlikte kusur olmayınca BK: 44/1. madde de uygulanmayacaktır. Ancak zararın tümünün davalıya tazmin ettirilmesi de adalete uygun düşmez. Zarar görenin hemofili hastası olması tazminatın netleştirilmesinde bir indirim sebebi olarak kabul edilmek gerekir BK.'nın 43. maddesi, hâkime, "hâl ve mevkiin icabına göre" tazminatın taktiri yetkisini vermiştir."* (KBİBB. E. T. 02.10.2023).

[396] **Gümüş**, Borçlar Genel, 575.

ve ilk bakışta fark edilebilir nitelik taşımayan yapısal eğilimlerin varlığı hâlinde bütün zarara zarar görenin katlanması menfaat dengesine uygun düşmez. Nitekim, tazminat sorumlusunun davranışının sonuçlarından ne derece sorumlu olacağını önceden bilebilmesi, hukuk güvenliği ilkesinin[397] bir gereğidir. Bu nedenle, bizce de hâkimin somut olayın arz ettiği durumun gereğini göz önünde bulundurarak TBK m. 51 hükmü uyarınca tazminatta indirim yapması adil bir çözüm olarak görünmektedir.

Yapısal yatkınlık kavramının içeriği net olmadığı için, bu kavramın kapsamının tespiti ve sınırlandırılması önem arz etmektedir. Aksi hâlde, zarar verenin, zarar görenin her özelliğini yapısal yatkınlık kapsamında ileri sürmesinin önü açılmış ve objektif kusur anlayışından da uzaklaşılmış olur[398]. Bu kapsamda, genel olarak zarar vermeye elverişli olmayan basit yapısal yatkınlıklar, bir indirim sebebi olarak kabul edilemez[399].

Bir görüşe göre[400], şeydeki (maldaki) bozukluklar da yapısal yatkınlık olarak göz önünde bulundurulur. Buna göre, zarar görenin malvarlığında yer alan ve hasar gören bir maldaki ayıp ya da bozukluklar da, zararı doğuran veya zararın artmasına neden olan hâllerden birini oluşturuyorsa, zarar görene ödenecek olan tazminatın, maldaki ayıp ya da bozukluk nedeniyle indirilmesi mümkündür. Burada zarar görene yüklenebilen bir durum bulunmadığından, indirim TBK m. 52'ye değil, TBK m. 51'e dayandırılabilir. Ancak zarar gören kimsenin, sahip olduğu maldaki bozukluğu ya da ayıbı bildiği ve bu sebeple zarara uğrayacağını da farkında olduğu hâlde üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi, TBK m. 52 kapsamında bir indirim sebebi sayılabilir.

Şüphesiz ki, zarar gören, yapısal yatkınlığının yanı sıra, kusurlu bir davranışıyla kendi zararının artmasına sebep olmuşsa, TBK m. 52/I hükmü uyarınca tazminatta indirim yoluna

---

[397] YİBBGK. E. 2017/6 K. 2018/9 T. 5.10.2018: "*Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere, hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini "hukuk güvenliği ilkesi" oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğini sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Anayasa'da öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının ön koşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu yönüyle, hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuki güvenlik ilkesi, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, belirli oranda önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir*."

[398] **Baysal**, 195.

[399] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 57.

[400] **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 56; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2416; **Nomer**, 144, dn. 393; *Tandoğan*'a göre, TMK m. 52'de zarar görenin fiilinden söz edildiği için, şeydeki bozukluğun yapısal yatkınlık gibi beklenmedik hâl oluşturmadığı sürece bir indirim sebebi oluşturması zordur (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 329).

gidilebilir. Örneğin, hastaneye bilinci açık bir şekilde yatan hasta, ameliyattan önce hemofili hastası olduğunu doktoruna bildirmemişse, doktorun ameliyat sırasında zarar görenin aşırı kan kaybı nedeniyle uğradığı zarardan tek başına sorumlu tutulması düşünülemez[401].

B. ZARAR

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Gerçekleşen zarar, sorumluluk hukukunun temelini oluşturmaktadır. Sorumluluk hukuku, ceza hukukundan farklı olarak, cezalandırma değil gerçekleşmiş olan zararın tazmini amacını taşıdığı için, zararlı sonucu olmayan fiil, tek başına bir sorumluluk sebebi teşkil etmez[402]. Kanun koyucu, zararı kusur sorumluluğunun kurucu unsurlarından biri olarak öngörmüş olmakla birlikte, tanımını doktrin ve içtihada bırakmıştır. Doktrinde, zararın geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere iki tanımı bulunmaktadır. Dar anlamda zarar, maddi zararı belirtmek için kullanılırken; geniş anlamda zarar, kişinin malvarlığında uğradığı zararın yanı sıra şahıs varlığında uğradığı manevi zararı da ifade etmektedir[403]. Türk-İsviçre hukukunda zarar kavramı daha çok maddi zararı ifade etmek üzere kullanılmakla birlikte bu çalışmada aynı kavram, maddi ve manevi zararı içine alacak şekilde geniş anlamıyla kullanılmıştır. Bir kimsenin iradesi bulunmaksızın malvarlığında meydana gelen eksilme maddi zararı; kişilik değerlerinde meydana gelen eksilme ise manevi zararı oluşturmaktadır[404]. Zarar görenin kusuru hem maddi hem de manevi zarar bakımından göz önünde bulundurulmaktadır. Bu kapsamda zarar gören, zararın doğmasına etki edebileceği gibi uğradığı zararın artmasına da kusurlu davranışıyla sebep olmuş olabilir.

Türk Borçlar Kanunu'nda maddi ve manevi zarara ilişkin hükümler, haksız fiil sorumluluğu kısmında düzenlenmiş olmakla birlikte, bu hükümler TBK m. 114/II hükmü uyarınca sözleşmesel sorumluluk bakımından da uygulanmaktadır. Sözleşme sorumluluğunda da borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için borca aykırılık sonucunda bir zararın doğmuş olması gerekmektedir.

---

[401] **Baysal**, 203-204.
[402] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1622; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 110 vd.; **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 13.
[403] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1623; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 547-548; **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 14; **Ünal**, Manevi Tazminat, 400.
[404] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1624, 1652.

Maddi zarar, kişiye verilen zarar (bedensel zarar) şeklinde gerçekleşebileceği gibi, eşyaya verilen zarar şeklinde de gerçekleşebilir. Vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilme kişiye verilen zararı oluştururken; bir şeyin yok olması ya da tahrip edilmesi dolayısıyla uğranılan zarar eşyaya verilen zararı oluşturmaktadır[405]. Konuyla ilgili detaylara, haksız fiil sorumluluğu bakımından zarar görenin kusurunun incelendiği ikinci bölümde yer verilmiştir.

Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Zarar görenin malvarlığının mevcut durumunun iradesi dışında eksilmesine fiili zarar denir[406]. Bu durum, malvarlığının aktifinin azalması şeklinde olabileceği gibi, pasifinin artması şeklinde de olabilir. Buna karşılık yoksun kalınan kâr, normal hayat akışında malvarlığında meydana gelmesi muhtemel artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen gerçekleşmemesidir[407]. Gelecekte oluşacak kâr mahrumiyetinin hesaplanması, fiili zararın hesaplanmasına göre daha zordur. Hâkim, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında TBK m. 50/II'de öngörülen olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zararı hakkaniyet ilkesi çerçevesinde belirler. Yargıtay, yoksun kalınan kâra ilişkin olarak, zarar görenin alması gereken önlemlerin de göz önünde bulundurulacağını belirterek zarar görenin zararı azaltma külfetine işaret etmektedir[408].

Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr, sorumluluk hukukunda tazminatın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır[409]. Örneğin, bir yaralanma olayı sonucunda yapılan hastane masrafları, zarar görenin fiili zararını oluştururken; bu kişinin çalışamadığı süre boyunca elde edemediği kazanç, yoksun kalınan kârını oluşturmaktadır. Yoksun kalınan kâr kapsamına kaçırılan fırsatlar da girmektedir. Vücut bütünlüğünün ihlâli dolayısıyla

---

[405] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1642, 1643; **Gümüş**, Borçlar Genel, 457.
[406] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1634; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 559 vd.; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 120; **Gümüş**, Borçlar Genel, 457.
[407] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1635; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 121; **Gümüş**, Borçlar Genel, 457.
[408] Yarg. 4. HD. T. 18.12.1984 E. 1984/9369 K. 1984/9456: *"Ancak kar yoksunluğu varsayımlı bir hesaba dayandığı için fiili zararlarda olduğu gibi kolaylıkla belirlenemez. Bu bakımdan hâkim kar yoksunluğunun, dar bir görüş içinde kalmadan ve fakat davacının ileri sürülebileceği mübalağalı isteklere de benimsemeden, Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesi uyarınca hadisenin olağan cereyanına göre adalete tevfikan tayin etmelidir. Öte yandan, hal ve mevkiin hususi icabını (B.K. 43/1) ve zarar görenin aldığı ya da alması gereken önleyici tedbirleri de (B.K. 44/1) göz önünde bulundurmalıdır."* (KBİBB. E. T. 02.08.2023).
[409] Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr kavramlarının olumlu zarar-olumsuz zarar ayrımı ile karıştırılmaması gerekir. Olumlu-olumsuz zarar ayımı bir sözleşmeden doğan borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zarar ile geçersiz olan sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğranılmayacak olan zarar ayrımını ifade etmek için kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu ayrım, haksız fiil sorumluluğu bakımından geçerli olmayıp sözleşme sorumluluğuna özgü bir durumdur. Bkz. **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 122; **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 40.

ekonomik geleceğin sarsılması ve kaçırılan fırsatların tespit edilip zararın hesaplanmasının ardından hâkim, tazminat miktarını takdir eder. Bu esnada hâkim, varsa zarar görenin kusurunu da dikkate alır; kâr mahrumiyetinin doğmasında ya da artmasında zarar görenin fiilinin de etkili olduğu kanısına varırsa, tazminatın indirilmesi yoluna gider. Örneğin, vücut bütünlüğü ihlâl edilen zarar görenin mesleki faaliyetini yürütememesi nedeniyle uğradığı zarar onun yoksun kalınan kârı olmakla birlikte, kendisinden uğraşması beklenen, makul başka bir mesleği yapmayarak zararını artırması, zararı azaltma külfetine aykırılık kapsamında tazminattan indirim sebebi teşkil eder[410].

C. NEDENSELLİK BAĞI

1. Genel Olarak Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı, iki olay arasındaki neden-sonuç ilişkisinin varlığını ifade eder[411]. Bir kimseyi tazminat ödemeye mecbur bırakabilmek için, zarar gören tarafın şahsında ortaya çıkan dezavantajlı hukuki durumun, tazminat talep edilen kişinin davranışından kaynaklanması gerekmektedir[412]. Zararın iddia edilen davranışın bir sonucu olması durumunda, işlenen fiil ile doğan sorumluluk arasında neden sonuç ilişkisi kurulmuş olur[413]. Hukukî sorumluluğun doğması bakımından nedensellik bağı önem arz etmektedir. Sorumluluk hangi kaynaktan doğmuş olursa olsun (sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı sorumluluk, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk) mutlaka nedensellik bağına dayanmak zorundadır[414]. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde nedensellik bağının varlığı, kusur sorumluluğuna kıyasla daha büyük bir önem taşımaktadır[415]. Zira bu hâlde sorumluluk artık kusura değil, zarar ile gerçekleşen olay arasındaki nedensellik bağına dayanmaktadır. Bundan dolayı sorumluluğun doğması açısından nedensellik bağı, kusurun önüne geçmektedir[416].

---

[410] Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. § 8. III. B. 1. c.
[411] **Fischer**, OR Art. 41, N. 130.
[412] **Oser/Schönenberger**, N. 41, N. 76.
[413] **Huguenin**, N. 1917; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 567; **Atamer**, Haksız Fiil, 39; **Erdoğan**, Borçlar Genel, 134-135.
[414] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1663.
[415] YHGK. T. 6.3.1987, E. 1985/854, K. 1987/140: "*Bilindiği gibi illiyet bağı, özel hukuk alanında sorumluluğun önemli bir unsurudur: özellikle objektif sorumluluklarda (sebep-tehlike sorumlulukları) illiyet bağının önemi daha belirginleşir."* (KBİBB. E. T.04.2023).
[416] **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 53.

Sorumluluk hukukunda farklı nedensellik teorileri ileri sürülmüştür. Zira hukukta sebep (neden) kavramı, felsefede olduğunun aksine şartlar bütününü ifade etmemekte, sonucu doğuran şartlardan sadece bir ya da birkaçı sebep adını almaktadır[417]. Bu noktada, sonucu doğuran şartlardan hangisinin neden olarak nitelendirilebileceği hususu ileri sürülen çeşitli teorileri ile açıklanmaya çalışılmıştır[418]. Nedensellik zincirindeki rolü itibariyle, ileri sürülen nedensellik bağı teorileri, zarar görenin davranışı bakımından önemlidir.

İlk olarak, nedensellik ilişkisinin anlaşılması bakımından önem taşıyan ve diğer nedensellik teorilerinin de temelini oluşturan "*şart teorisi*" ni açıklamak gerekir[419]. Zorunlu şart veya şartların eşitliği adlarıyla da anılan bu teoriye göre, bir olayı gerçekleştiren şartların her biri sebep olarak nitelendirilir[420]. Bu kapsamda, bir olayın varlığı, bu olayı doğuran her bir şartın varlığına bağlıdır. Şartlardan her biri, diğer bir şarta nedensellik kazandırır. Yokluğu durumunda sonucun doğmasını engelleyecek her davranış (şart) aynı zamanda sebep olarak kabul edilir[421]. Sonucu doğuran şartlardan birini gerçekleştiren kimse, diğer şartlarla bir bağlantısı olmasa bile, sadece bu şartın gerçekleşmesine sebep olduğu için meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu kabul edilir[422]. Şart teorisine göre sebep olarak nitelendirilen şart, zorunlu şarttır[423]. Sonucu doğuran her şart eşittir, şartlar arasında bir derecelendirme söz konusu değildir[424]. Ancak, zararlı sonucun doğmasına ya da artmasına etki edip etmemelerine göre şartlar arasında bir ayrım yapılmaktadır. Zararlı sonucun doğmasına ya da artmasına etki etmeyen şartlar hukukî bir önem taşımadıkları için

---

[417] Felsefi anlamda sebep, sonucu doğuran şartların bütününü ifade etmektedir. Her olayın gerçekleşmesi birden fazla şarta bağlıdır. Bu şartların hiçbiri tek başına sonucu doğurmaya yetmez, sonucun meydana gelmesi için her şart diğer şartlarla birleşmek zorundadır. Olayın meydana gelebilmesi için zorunlu olan şartların hepsinin bir arada bulunması gerekir. Tek bir şart bile dikkate alınmazsa, sebep gerçekleşmez. Felsefi sebep kavramının sorumluluk hukuku bakımından uygulanması mümkün değildir. Nitekim, zararlı sonucu meydana getiren şartlar bütününden tek bir kimse sorumlu tutulamaz. Bkz. **Eren**, Borçlar Genel, N. 1666; **Eren**, Uygun İlliyet, 11 vd.; **Atamer**, Haksız Fiil, 39-40. Uygunluk teorisi, zararın çok sayıda "tâbii" nedeni olduğu düşüncesini etkisiz hâle getirir. Sadece tâbii nedensel bağlantıya odaklanılsaydı, her zarar için çok sayıda potansiyel suçlu olurdu. Örneğin, bir mutfak bıçağının imal edilmesi, o bıçak ile işlenen bir yaralama olayının sebebidir. Bununla birlikte, mutfak bıçağı üreticisinin, bıçakla verilen bedensel zararın sorumluluğunu üstlenmek zorunda bırakılması akla ve mantığa uygun değildir. Bkz. **Huguenin**, N. 1920.

[418] Nedensellik teorileri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Eren**, Uygun İlliyet, 17 vd.

[419] **Eren**, Uygun İlliyet, 21; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1671 vd.

[420] Şart teorisi, tâbii (mantıksal) sebep kavramına dayanmaktadır. Felsefi sebep kavramının aksine tâbii sebep anlayışına göre, sonucu doğuran şartlar bütünü değil, şartlardan her biri sebep adını alır. Felsefi sebep kavramı, sorumluluğu imkânsız kılmakla birlikte tâbii sebep kavramı da sorumluluğu sınırsızlaştırır. Bu nedenle günümüzde, felsefî sebep ve tâbii sebep kavramları kabul edilmemektedir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1667 vd.; **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 57; **Atamer**, Haksız Fiil, 40; **Gümüş**, Borçlar Genel, 423; **Huguenin**, N. 1918 vd.).

[421] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 573; **Eren**, Uygun İlliyet, 22; **Kaneti**, 21; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 508.

[422] **Eren**, Uygun İlliyet, 22; **Atamer**, Haksız Fiil, 40; **Kaneti**, 21; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1674.

[423] **Eren**, Uygun İlliyet, 22; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1675.

[424] **Eren**, Uygun İlliyet, 22-23; **Kaneti**, 21; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1676.

nedensellik bağı bakımından dikkate alınmazlar; dikkate alınacak şartlar, sadece hukuken önem taşıyan şartlardır. Şart teorisi, sonucu doğuran şartlardan her birinin sebep kabul edilerek sorumluluğun sınırsız bir şekilde genişletilmesi ve adalet duygusuna aykırılık oluşturması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu teori, Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğu bakımından kabul edilmemektedir[425].

Türk- İsviçre hukukunda kabul edilen uygun nedensellik bağı teorisi uyarınca, genel hayat tecrübelerine ve olağan hayat akışına göre bir zarar belli bir davranışın normal ve uygun bir sonucu olarak karşılanabildiği sürece bu ikisi arasında uygun nedensellik bağının varlığı kabul edilir[426]. Uygun nedensellik bağı teorisi gerek sorumluluğun kurulması gerek sorumluluğun sınırlanması bakımından önem taşımaktadır[427]. Sorumluluğun kurulması bakımından öncelikle, tıpkı şart teorisinde olduğu gibi tâbii nedensellik bağından yola çıkılarak faile isnat edilen olayın zararlı sonucun zorunlu şartı olup olmadığı araştırılır. Zarar ile işlenen fiil arasında tâbii nedensellik bağının varlığının tespitinden sonra, fiilin aynı zamanda zararlı sonucun uygun sebebi olup olmadığı hususu incelenir[428]. Uygunluk tespit

---

[425] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 137; **Kaneti**, 22; **Atamer**, Haksız Fiil, 40. **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 509. Ceza hukukunda şart teorisi savunulmaktadır. Bkz. YCGK. 25.6.2020 T. E. 2018/12-135 K. 2020/317: *"Öğretide hâkim olan şart (şartların eşitliği ya da doğal nedensellik) teorisinde; netice birçok şartın bir bütün oluşturarak meydana gelmesiyle oluştuğundan ve bunlardan birisinin bulunmaması neticenin gerçekleşmesini engelleyeceğinden, bu şartlardan birisini gerçekleştiren failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı vardır."* (KBİBB. E.T. 18.03.2023)

[426] **Oftinger**, 72-73; **Oser/Schönenberger**, N. 41, N. 79; **Huguenin**, N. 1921; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 16; **Deschenaux//Tercier**, 31-32; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 573; **Eren**, Uygun İlliyet, 51 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1682-1683; **Atamer**, Haksız Fiil, 42; **Kaneti**, 23; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 137, 139; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 76 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 424-425; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 509; **Fischer**, OR Art. 41, N. 135 vd. YHGK. T. 6.3.1987 E. 1985/854 K. 1987/140: *"Bugün Türk Hukuku'nda, sorumluluğun önemli bir unsuru olarak "uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) teorisi kabul edilmiştir: Uygun illiyet bağından söz edebilmek için: Olayın zararlı sonucun zorunlu şartı olması ve bunun yanında, söz konusu olayın "sonucun gerçekleştirme ihtimâlini önemli ölçüde arttırmış bulunması" na bağlıdır. Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre: Bir olay hayattaki genel deneyimlere ve olayların doğal akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur; diğer bir deyimle "olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın olmasıyla kolaylaşmış bulunur"sa ilk olay uygun neden ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır."* (KBİBB. E. T. 20.03.2023).

[427] **Fischer**, OR Art. 41, N. 135; **Eren**, Uygun İlliyet, 54; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1684; **Atamer**, Haksız Fiil, 57; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 509 vd.; **Erdoğan**, Borçlar Genel, 135. Doktrinde, uygun nedensellik bağının neden sonuç arasındaki ilişkiyi açıklamadığına ilişkin bir görüş bulunmaktadır. Buna göre, hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı, şart teorisine göre kurulur. Uygun nedensellik bağı, sorumluluğu sınırlandırmaya yönelik olarak getirilmiş bir teori olduğundan, bir nedensellik bağı teorisi olarak kabul edilemez. Nedensellik bağının şart teorisine göre tespitinin ardından, failin sorumluluğunun doğması, kusura ilişkin bir meseledir. Neden sonuç ilişkisi şart teorisine göre tespit edilmekle birlikte, zararlı sonuç nedeniyle sorumluluğun doğup doğmayacağı kusurun varlığına bağlıdır. Bu noktada, sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde ve kusurun değerlendirilmesinde ise uygun nedensellik bağı teorisine başvurulabilir. Dolayısıyla, uygun nedensellik bağı teorisi bir nedensellik bağı teorisi olmaktan ziyade bir sorumluluk teorisidir (**Kaneti**, 23).

[428] YHGK. T. 6.3.1987 E. 1985/854 K. 1987/140: *"Somut bir olayda uygun illiyet bağından söz edebilmek için; öncelikle, sorumlu olacak kişinin davranışı, zararlı sonucun "zorunlu şartı" olmalıdır. Zararlı sonucun zorunlu şartı olmayan davranış göz önünde tutulmaz; davranışla zarar arasında tâbii illiyet bağı bulunmalıdır. Tâbii illiyet bağının bulunması, sorumluluk için yeterli değildir; bunun yanında davranış veya olayın aynı zamanda zararlı sonucun "uygun sebebi" olmalıdır. Uygun illiyetten söz edebilmek için de "sorumluluğa konu*

edilirken, sorumluluğu meydana getiren, zorunlu şart olarak nitelendirilen olayın, gerçekleşen türden zararın doğma ihtimâlini olağan hayat tecrübelerine göre önemli sayılabilecek ölçüde arttırmaya elverişli olup olmadığı araştırılır[429]. Bu ölçünün derecesini her olay bakımından önceden belirlemek mümkün olmadığından, hayat tecrübeleri ve sağduyu çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerektiği doktrinde savunulmaktadır[430]. Dolayısıyla, bir fiilin sebep olarak kabul edilebilmesi için o fiil olmaksızın sonucun gerçekleşmeyecek olması yetmemekte, ayrıca normal hayat akışında da söz konusu fiilin sonucu meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, sadece somut olaydaki fiilin sonucu doğurması değil, olağan tecrübeler ve normal hayat akışı kapsamında da söz konusu fiilin o sonucu doğurabilecek nitelikte olması aranmaktadır[431].

Zarar verenin, sebep olduğu olayın en uzak sonuçlarından dahi sorumlu tutulması adalet duygusuna aykırı düştüğü için, sebep olduğu olayın bütün sonuçlarından sorumlu tutulması görüşü artık savunulmamaktadır. Bu noktada uygun nedensellik bağı teorisi, sorumluluğun sınırlandırılması bakımından da önemlidir[432]. Zira, bu teorinin amacı, zarar

---

yapılan olay ve davranışın zararlı sonucun meydana gelme ihtimâlini arttırmış olması gerekir; bir anlamda zararlı sonucun meydana gelme ihtimâlini arttıran davranış ve olay (şart) uygun sebep olarak kabul edilebilecektir. Burada sorun, zararlı sonucun ihtimâlini arttırma olgusunun belirlenmesindedir. Burada ihtimâli artırma ile kolaylaştırma ve tehlikeye sokma kavramlarının özdeş oldukları unutulmamalıdır." (KBİBB. E. T. 20.03.2023).

[429] **Eren**, Uygun İlliyet, 60-61.

[430] **Eren**, Uygun İlliyet, 74.

[431] **Fischer**, OR Art. 41, N. 136. Elverişliliğin tespiti hususunda "*önceden tahmin görüşü"* ve "*sonradan tahmin görüşü*" olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Fiilin zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı tespit edilirken fiil işlendiği sırada failin bilmesi gereken bütün şartların göz önüne alınması gerektiği önceden tahmin görüşü ile; sonradan hâkimin tespit edebildiği tüm şartların dikkate alınması gerektiği ise sonradan tahmin görüşü ile açıklanmaktadır. Önceden tahmin görüşü, nedensellik bağı ile kusur unsurlarını özdeş hâle getirdiği için eleştirilmekte iken, sonradan tahmin teorisi ise sorumluluğun çok geniş tutulmasına yol açması sebebiyle eleştirilmektedir. Sorumluluğa sebep olan şartlardan hangisinin zararlı sonucu doğuran şart olduğunun tespitinde Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, "*objektif olarak sonradan tahmin görüşü*" dür. Buna göre uygunluğun tespitinde, sorumluluğu meydana getiren davranışlar ile birlikte göz önünde bulundurulacak şartlar, sonradan (ex post) değerlendirilmelidir. Makul bir kimse tarafından fiilin işlendiği sırada bilinmesi mümkün olmayan şartlar dahi, dava sırasında hâkim tarafından tespit edildiği takdirde dikkate alınabilir. Failin bildiği ve bilmesi gereken şartlara, fiilin gerçekleştiği sırada var olan diğer bütün şartlar da dahil edilir. Diğer bir anlatımla bu değerlendirmeye göre, fiil işlendiği sırada mevcut olan ve o anda ya da sonradan bilinebilecek nitelikteki her şart dikkate alınmalıdır. Olağan hayat tecrübelerine göre sonradan gerçekleşmesi tahmin edilebilen şartların değerlendirilmesi gerekirken; insan bilgisi dışında kalan şartlar hesaba katılmaz. Böylelikle, meydana gelen zararın olağan olmamakla birlikte imkânsız da olmadığı durumlarda sorumluluğun kabulü için bir dayanak oluşturulur (**Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 16; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 78; **Eren/Dönmez**, m. 49, N. 77 vd.; **Atamer**, Haksız Fiil, 53 vd.; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 511; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1689 vd.) Hâkim, sonradan tahmin görüşünü uygularken dürüstlük kuralı çerçevesinde bir değerlendirme yapmalıdır (**Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 142).

[432] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 513. Sorumluluğun sınırlandırılması bakımından uygun nedensellik bağı teorisinin yetersiz kaldığı düşüncesi ile "*normun koruma amacı teorisi"* ("*hukuka aykırılık bağı teorisi*") geliştirilmiştir. İhlal edilen norm ile ihlâl edilen menfaat arasında bulunması gereken ilişki, "normun koruma amacı" ya da "hukuka aykırılık bağı" olarak ifade edilmektedir. Buna göre, bir kimsenin davranışının nedensellik zinciri bakımından sebep olduğu zararlı sonuçların hangilerinden sorumlu tutulacağı, ihlâl edilen davranış yükümünün amacına bakılarak tespit edilir. Uygun nedensellik bağının tespitinde de normun koruma

verenin, kendisine yükletilen olayın objektif ihtimaller kapsamındaki olağan sonuçlarından sorumlu tutulması, buna karşılık olağanüstü durumların bir araya gelmesi sonucu tesadüf eseri ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmasının önüne geçilmesidir[433].

2. Zarar Görenin Davranışı ile Zarar Arasındaki Nedensellik Bağı

Zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmesi için zarar görenin kusurlu davranışı ile zararın meydana gelmesi ya da meydana gelmiş olan zararın artması arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunması gerekir. Başka bir deyişle, zarar görenin davranışının zarara olan etkisinin değerlendirilmesi için öncelikle, söz konusu davranış ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının varlığı gerekir. Zira, nedensellik bağının bulunmadığı bir hâlde zarar görenin davranışının zarara etki etmesi söz konusu olamaz.

Uygun nedensellik bağından bahsedilebilmesi için ise zarar görenin davranışının, olağan hayat akışına göre somut olaydaki türden bir zararı meydana getirmeye doğası itibariyle elverişli olması ve böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimâlini objektif olarak artırması gerekir[434]. Bu noktada, uygun nedensellik bağının tespitinde, sübjektif değil objektif bir değerlendirme yapılır[435]. Esasında bu durum, kusurun objektifleştirilmesi görüşü ile birlikte sübjektif niteliklerin dışlanması eğilimine de uygun düşmektedir. Bununla birlikte, kusurun objektifleştirilmesi görüşü, nedensellik bağı ve kusur değerlendirilmesinin birbiriyle iç içe geçmesine neden olmuştur[436].

amacı değerlendirilmeli, zarar verenin sorumluluğunun sınırlandırılmasında sorumluluğun dayandığı normun amacı gözetilmelidir. Günümüzde, normun koruma amacı teorisi, pek çok yazar tarafından hukuka aykırılığın tespiti bakımından ele alınmaktadır (**Atamer**, Haksız Fiil, 70 vd.; **Abik**, Normun Koruma Amacı, 432; **Gümüş**, Borçlar Genel, 437-438). Daha güvenilir ve doyurucu bir sonuç elde etmek için hukuka aykırılık bağı teorisi ve uygun nedensellik bağı teorisinin bir arada uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 576. *Eren* de uygun nedensellik bağı teorisinin yanında hâkimin normun koruma amacı teorisinden yararlanabileceği kanısındadır (**Eren**, Borçlar Genel, N. 1701).

[433] **Eren**, Uygun İlliyet, 61; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1687.

[434] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1686; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 139.

[435] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 16.

[436] Özellikle önceden tahmin teorisi (ex ante) kabul edildiği takdirde nedensellik bağı ile kusur kavramları neredeyse özdeş hâle gelir. Öngörme veya tahmin unsuru, kusur kavramına ilişkin olduğu için nedensellik bağının tespitinde sonradan tahmin teorisi (ex post) kabul edilmelidir. Bu değerlendirmeyle birlikte öngörme unsuru dikkate alınmayacağından, kusur ile nedensellik kavramları da birbirinden ayrıştırılmış olur (**Eren**, Uygun İlliyet, 119).

Uygun nedensellik bağı, mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru ile kesilebilir[437]. Böyle hâllerde ortaya çıkan ilk sebep, gerçekleşen tarzdaki bir zararı doğurmaya elverişli olmakla birlikte, sonradan ortaya çıkan ikinci sebep, ilk sebebi geri plana itmiştir[438]. Zarar görenin kusurlu davranışı, ilk olayı ikinci plana iterek zararlı sonucu tek başına doğurmuş olabilir. Bu hâlde zarar görenin kusurlu davranışı, kronolojik olarak önce gelen zararlı davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağını keser. Böyle bir durumda zarar görenin kusurlu davranışı öyle bir yoğunluktadır ki, zarar verenin davranışının neden olduğu zarar artık uygun sebep olma niteliğini kaybeder[439]. Dolayısıyla, zarar görenin kusuru, zararlı sonucun uygun nedeni olarak gerçekleşmiş ve zarar verenin sorumluluğunu ikinci planda atmış ise, zararın doğmasındaki asıl etken olarak kabul edilir ve zarar verenin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağını keserek zarar verenin sorumluluğunun ortadan kalkmasına yol açar.

Zarar görenin davranışının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması, nedensellik bağına ilişkin bir sorun olmakla birlikte, doktrinde, zarar görenin davranışının bu yoğunluğa ulaşıp ulaşmadığının tespitinde kusur değerlendirmesinin de yapıldığı görülmektedir. Bu noktada, nedensellik bağını kesen davranışın her zaman için kusurlu olması gerekip gerekmediği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre[440], zarar görenin davranışının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olup olmadığı kusur değerlendirmesi yapılarak mümkün olabilir. Zira, zarar görenin davranışının nedensellik bağını kesebilmesi için kusurun belirli bir ağırlıkta olması gerekir[441]. Aynı görüş kapsamında, zarar verenin hafif kusuruna karşılık zarar gören ağır kusur ya da kastla hareket etmişse, zarar görenin davranışının nedensellik bağını keseceği savunulmaktadır[442]. Buna karşılık, zarar verenin ağır ihmâline ya da kastına karşılık zarar görenin hafif ihmâli

[437] **Huguenin**, N. 1926; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 21; **Fischer**, OR Art. 41, N. 142. *Eren*'e göre, "nedensellik bağının kesilmesi" ifadesi yanlış kullanılmaktadır. Buna göre, nedenle sonuç arasındaki ilişki vardır veya yoktur. Bu hâlde kesilen, illiyet bağı değil neden sonuç arasındaki uygunluktur. Bu nedenle, "*uygunluğun kesilmesi"* teriminin kullanılması daha isabetlidir (**Eren**, Uygun İlliyet, 174; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1728). Aynı yönde bkz. **Huguenin** N. 1929

[438] **Fischer**, OR Art. 41, N. 140, 141.

[439] **Eren**, Uygun İlliyet, 188; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1748.

[440] **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 21; **Eren**, Uygun İlliyet, 192.

[441] Doktrindeki hâkim görüş, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesebilmesi için bu davranışın ağır ihmal ya da kast şeklinde ortaya çıkması gerektiği yönündedir. Zarar gören tarafın sadece orta derecedeki ya da hafif kusuru, nedensellik bağının kesilmese değil tazminatta indirime gidilmesine neden olur (**Huguenin**, N. 1927; **Eren**, Uygun İlliyet, 192). Nedensellik bağının kesilmesi meselesinde zarar görenin davranışının bu şekilde ele alınması, kusurun derecelerinin gözetilerek değerlendirme yapılmasını da beraberinde getirmektedir.

[442] **Nomer**, 97.

bulunmaktaysa, tazminatta indirim yapılmaz. Görüldüğü üzere bütün bu görüşlerde, nedensellik bağının kurulması için kusur değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise[443], zarar görenin nedensellik bağını kesecek davranışına ilişkin sorun, kusur değil tamamen nedensellik bağı sorunudur. Kusur değerlendirmesi bu aşamada yapılmayacağı için, zarar görenin nedensellik bağını kesecek yoğunluktaki davranışının da her zaman kusurlu olması gerekmez[444]. Kanaatimizce, nasıl ki bir davranışın zararlı sonucun uygun nedeni olabilmesi için kusurlu olması gerekmiyorsa, nedensellik bağının kesilmesi için de davranışın kusurlu olması gerekmez. Zarar görenin kusursuz davranışının da nedensellik bağını kesmesi mümkündür[445]. Nedensellik bağının kesilmesi için önemli olan, zarar görenin davranışının zararın tek (inhisari) nedeni olmasıdır[446]. Örneğin, zarar görenin hâkimiyeti altında bulunan yardımcı kişinin davranışının zarar verici fiile oranla daha ağır basması hâlinde, her ne kadar doğrudan zarar verene yükletilebilecek bir sebep bulunmamakta ise de, nedensellik bağı kesilebilir[447]. Zarar görenin davranışının zararın tek sebebi olması hâlinde zarara sebep olan olay ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağı kesileceği için, bu hâlde TBK m. 52 hükmü uygulama alanı bulmaz, herhangi bir indirime gidilmez. Ancak belirtmekte fayda var ki, zarar görenin ağır kusurlu olduğu ya da kasıtlı olarak hareket ettiği hâllerde, genellikle zarar görenin bu davranışı zararın tek nedeni olduğu için, nedensellik bağının kesildiği görülmektedir. Bu noktada, nedensellik bağının kesilmesini kusur ile açıklamak niyetinde olmamakla birlikte, bazı durumlarda işin doğası gereği kusur yoğunluğunun nedensellik bağına etki edebileceğini belirtmekte yarar görüyoruz.

Buna karşılık, zarar görenin davranışı, nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmamakla beraber zararın doğmasına ya da artmasına etki etmişse, kusur değerlendirmesi

---

[443] **Baysal**, 167.
[444] **Baysal**, 167.
[445] *Eren*'e göre, kusursuz bir davranışın nedensellik bağını kesmesi mümkün değildir. Zarar görenin kusuru ise ancak bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğu hâllerde mümkün olabilir. Ayırt etme gücü, bir kimsenin davranışlarının sonuçlarını anlayabilme ve buna uygun hareket edebilme yeteneğini ifade ettiği üzere, zarar görenin davranışının da kusurlu olabilmesi için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Bkz. **Eren**, Uygun İlliyet, 196-197. Görüldüğü üzere burada Eren, nedensellik bağının kurulabilmesi bakımından kusur değerlendirmesi yapmaktadır. Bu değerlendirme ise, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin davranışının uygun nedensellik bağını kesemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Oysa, nedensellik bağı kurulmasının tespiti aşamasında kusur değerlendirme dışı bırakılması gerektiği için, bu görüş kabul edilemez. *Eren*, zarar görenin ancak kusurlu davranışının nedensellik bağını kesebileceği görüşünü savunmakla birlikte, zarar görenin davranışının mücbir sebep yoğunluğunda olması hâlinde de nedensellik bağının kesilebileceğini savunmaktadır (**Eren**, Uygun İlliyet, 197, dn. 200).
[446] **Baysal**, 167.
[447] **Altınok Ormancı**, 125-126.

yapıldıktan sonra, TBK m. 52/I kapsamında tazminatta indirime gidilebilir[448]. Bu noktada, uygun nedensellik bağının tespitinin ardından, kusur değerlendirmesi yapılması gerekir. Zira, zarar görenin davranışının tazminatta indirim sebebi olması için, bu davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir. Objektif ölçütlere göre zarar görenin, kendisi ile benzer özellikler gösteren aynı çevreden makul, dürüst bir kimsenin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediğine göre bir kusur tespiti yapılır. Zarar görenin davranışı ile ortaya çıkan ya da ağırlaşan zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulduktan ve zarar görenin bu davranışının kusurlu olduğu tespit edildikten sonra, zarar gören ile zarar verenin kusurları karşılaştırılarak sorumluluğun paylaştırılması yoluna gidilir.

Zarar görenin kusuru, genellikle özensiz davranışı sonucunda, ihmal şeklinde gerçekleşmektedir. İhmal durumunda nedensel bağlantının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Nitekim ihmalde aktif bir eylem bulunmamaktadır. Bu nedenle, öncelikle, haksız fiilde bulunanın zararı önleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tespiti gerekir[449]. Eğer böyle bir eylemde bulunma zorunluluğu bulunuyorsa, zarar verenin yasal olarak gerekli eylemi yapmış olması durumunda, zararın olayların olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre ortaya çıkıp çıkmayacağı incelenir[450]. Zarar verenin zorunlu müdahalesine rağmen zarar meydana gelmiş ise nedensellik bağı yoktur. Görüldüğü üzere, ihmal durumunda nedensel bağlantının gerekçelendirilmesi bir hipoteze dayandığı için, buna "*varsayımsal nedensel bağlantı"* da denilmektedir[451].

[448] **Fischer**, OR Art. 41, N. 145.
[449] **Huguenin**, N. 1924; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 18.
[450] **Huguenin**, N. 1924; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 19.
[451] **Huguenin**, N. 1924; **Honsell/Vogt/Wiegand,** OR Art. 41, N. 19.

İKİNCİ BÖLÜM

FARKLI HUKUKİ SEBEPLERE DAYALI SORUMLULUK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

§ 8. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

I. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA OYNADIĞI ROL

Sorumluluk hukukunun öncelikli amacı, bir kimsenin malvarlığında ya da şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmenin giderilmesidir[452]. Zarar veren tarafa yüklenen bu borca, tazminat yükümlülüğü denilmektedir[453]. Zarar verenin karşılamakla yükümlü olduğu tazminat miktarının hesaplanabilmesi için öncelikle, zararın belirlenmesi gerekir. Bir kimsenin, iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar denir. Bu kapsamda, zararı değerlendiren hâkim, zararlı sonucu doğuran olayın zarar gören kimsenin malvarlığında meydana getirdiği ekonomik değişimi göz önünde bulundurur. Hâkim, malvarlığının, zarara sebep olan olay gerçekleşmeden önceki durumu ile bu olay hiç gerçekleşmemiş olsaydı alacağı durum arasındaki farka göre zararı tespit eder[454]. Belirlenen zarar miktarı, hesaplanacak olan tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır[455]. Zarar verenin tazmin yükümlülüğü, belirlenen zarar miktarını aşamaz. Bu sebeple, tazminatın hesaplanmasından önce ilk olarak, zarar görenin uğradığı zararın belirlenmesi gerekir. Kural olarak, uğradığı zararı ve miktarını ispat etme yükü davacıdadır. Bununla birlikte, zararın

---

[452] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 61; **Nomer**, 33; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1604, 2277; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 311; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 581.

[453] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2277.

[454] İsviçre hukuku, tazmin edilecek zararın nasıl belirleneceğine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Bundan dolayı, Alman hukukunda geliştirilen fark teorisi, İsviçre hukukunda da zararın belirlenmesinde kullanılmaktadır (**Matthäus,** 145). Fark teorisine göre, zarar verici olay sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilme, zararı oluşturur. Malvarlığının zarar verici olay sonucundaki durumu ile zarar verici olay hiç gerçekleşmemiş olsaydı içinde bulunacağı durum birbiriyle karşılaştırılarak aradaki fark belirlenir. Bu hâlde farkın tespiti bir faraziyeye dayandığı için fark teorisi, fark faraziyesi olarak da isimlendirilmektedir (**Tiftik,** Maddi Tazminat, 51; **Nomer**, 8 vd. **Tandoğan**, Mes'uliyet, 64; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 548).

[455] **Luterbacher**, N. 228; **Matthäus,** 145; **Weber**, 158; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 255; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 583; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 315; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2278.

gerçek miktarının davacı tarafından ispatının mümkün olmadığı hâllerde, hâkim, takdir yetkisini kullanarak zarar miktarını belirler (TBK m. 50/II).

Türk-İsviçre hukukunda baskın olan görüş[456], zarar miktarının belirlenmesinde, hâkimin karar verdiği tarihin esas alınacağı yönündedir. Buna göre, TBK m. 75'te *"bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında…"* ifadesi ile açıkça öngörülen bu durum, diğer zararlar bakımından da geçerlidir[457].

Zararın tespit edilmesinin ardından, tazminatın hesaplanmasına geçilir. Tazminatın hesaplanması, önceden belirlenen zararın tamamen veya kısmen sorumlu tarafa yüklenip yüklenemeyeceğine ilişkin bir meseledir[458]. Kural, zararın tam tazmini olmakla birlikte, bazı hâllerde zarar verenden zararın tamamına katlanması beklenemez. Bu durumu öngören kanun koyucu, TBK m. 51 ve 52 ile tazminat miktarının hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gereken indirim sebeplerini düzenlemiştir[459].

Zarar görenin zararı azaltma külfetinin hangi aşamada dikkate alınacağı sorunu, zarar görenin makul önlemleri alarak kaçınabileceği zararlar bakımından sorumluluğun taraflar arasında paylaştırılmasında önem taşımaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, zararı azaltma külfetini, bazı kararlarında zararın hesaplanmasında, diğer bazı kararlarında ise tazminatın hesaplanmasında dikkate aldığı görülmektedir[460]. Eğer bu husus, zarar miktarının belirlenmesinde dikkate alınırsa, kaçınılabilecek zarar miktarı tazminatın üst sınırını oluşturan zarar miktarından tamamen çıkarılarak zarar gören, kaçınılabilir nitelikteki zararı tek başına üstlenir[461]. Buna karşılık, tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulursa, zarar görenin kusurunun bir diğer türü olan zarar görenin zararın doğumuna etki etmesi durumunda olduğu gibi, kaçınılabilir zarardan sorumluluk, kusurun ağırlığına göre taraflar arasında paylaştırılır[462].

Türk Borçlar Kanunu m. 50/II hükmünden yola çıkan bir görüş[463], zararı azaltma külfetinin zararın miktarının belirlenmesi noktasında dikkate alınması gerektiğini ileri

---

[456] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 264-265; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2283; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 602; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 263. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Nomer**, 15-16; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 559.
[457] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2283-2284.
[458] **Luterbacher**, N. 229.
[459] **Luterbacher**, N. 229; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 364 vd.
[460] **Luterbacher**, N. 232, dn. 788.
[461] **Kurt**, 801.
[462] **Kurt**, 801.
[463] **Luterbacher**, N. 262. Bu görüşü savunan yazarlara ilişkin bkz. **Kurt**, 801; **Matthäus,** 144-146.

sürmektedir. Bu madde, zararın tespitine ilişkin olup, zararın gerçek miktarının belirlenemediği hâllerde hâkimin zarar gören tarafın almış olduğu önlemleri de göz önünde bulundurarak zararı belirleyebileceğini düzenlemektedir. Buna göre kanun koyucu, zarar gören tarafından alınması gereken önlemlerden bahsederken zarar görenin zararı azaltma külfetine işaret etmektedir. Zarar gören, kendisinden beklenebilecek nitelikteki makul önlemleri almayarak kendi iradesiyle malvarlığının azalması sonucunu doğurursa, bu zararın zarar veren tarafından tazmini beklenemez.

Doktrindeki bir diğer görüş[464], zarar görenin zararı azaltma külfetinin ihlâlinin, kimi durumlarda zararın belirlenmesinde, kimi durumlarda ise tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu karma görüşün savunucuları, görüşlerini farklı temeller üzerinden şekillendirmektedirler[465].

Bu görüş kapsamında ileri sürülen ve doktrindeki çoğunluğu oluşturan bazı yazarlar[466], nedensellik bağının kesilmesi ölçütünden yararlanmaktadırlar. Söz konusu görüşün savunucuları, zarar görenin kusurunun zararın belirlenmesi sırasında da ortaya çıkabileceğini ifade etmektedirler[467]. Buna göre, zarar görenin gereken önlemleri kasıtlı olarak almaması hâlinde zarar veren bu zarardan sorumlu tutulmayacağı için, bu durum zararın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Buna karşılık, zarar görenin davranışı, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmadığı hâllerde bu durum, tazminatın hesaplanmasında bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur.

Bu karma görüş kapsamında, nedensellik bağının kesilmesi ölçütünden başka, mevcut ve müstakbel zarar ayrımı yaparak konuyu açıklayan bir görüş daha bulunmaktadır[468]. Buna göre, mevcut zararlar bakımından zarar görenin zararı azaltma külfetine aykırı davranışı, tazminattan indirime neden olur. Bu şekilde, gerekli önlemler alınmış olsaydı kaçınılabilecek nitelikteki zarar, zarar gören ve zarar veren arasında paylaştırılır. Ancak müstakbel zararlar bakımından zararı azaltma külfeti, zararın belirlenmesi sırasında göz

[464] **Weber**, 147 vd.; **Altınok Ormancı**, 124 vd.; **Nomer**, 94; **Baysal**, 175 vd.
[465] **Altınok Ormancı**, 111 vd.
[466] **Nomer**, 94; **Baysal**, 173 vd.; **Altınok Ormancı**, 124 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 596.
[467] **Kurt**, 804 vd; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 318; **Nomer**, 94.
[468] **Weber**, 158 vd.

önünde bulundurulur[469]. Bunun sebebi, zarar görenin zararı azaltma külfetini ileride yerine getirme ihtimalinin bulunmasıdır.

Kanaatimizce, zarar görenin davranışının zarar verici fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşması, zarara ilişkin bir sorun değil doğrudan nedensellik bağına ilişkin bir sorundur. Zira kanun koyucu, zarar görenin bu kusurunu nedensellik bağını kesen sebeplerden biri olarak düzenlemiştir. Buna karşılık nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayan zarar görenin kusuru ise bir indirim sebebi kabul edilmiştir. Bu nedenle, konumuza ilişkin olarak TBK m. 52/I hükmünün tazminatın hesaplanmasında göz önüne alınacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Yargıtay da, zarar görenin kusurunun tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacağı görüşündedir[470]. Ancak zarar miktarının tam olarak ispatlanamadığı hâllerde kanun koyucu, TBK m. 50/II hükmü ile hâkime, somut olayın özelliğini ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yetkisi verdiği için, bu hal ile sınırlı olmak üzere zararı azaltma külfetinin zararın belirlenmesi aşamasında da dikkate alınacağı söylenebilir. Sonuç olarak, zarar görenin nedensellik bağını kesmeyen kusurunun esas itibariyle tazminatın belirlenmesine ilişkin bir sorun olduğunu, müstakbel zararlar ile sınırlı olmak üzere zararı azaltma külfetinin zararın belirlenmesi aşamasında da hâkim tarafından dikkate alınacağını kabul etmek yerinde olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I hükmü, hâkime tazminatı indirme yetkisi verdiği gibi tamamen kaldırma yetkisi de tanımaktadır. Tazminatın tamamen kaldırılması, kusur sorumluluğunda zarar görenin ağır kusurlu olması durumunda mümkün olabilir. Ancak bu

[469] Bunun sebebi, müstakbel zarar tespit edilirken, zarar görenin ileride zararı azaltma külfetini yerine getirme ihtimalinin bulunmasıdır (**Weber**, 149 vd.).

[470] Yarg. 3. HD. T. 15.11.2022 E. 2022/1996 K. 2022/8743: *"...davacının da ortak kusurlu sayılacağı dikkate alınıp, 1.050.568,38 TL maddi tazminat miktarından uygun oranda ortak kusur indirimi bu suretle belirlenecek tutarın..."*; Yarg. 4. HD. T. 19.9.2022 E. 2022/6494 K. 2022/10610: "*Müterafik kusur indiriminde her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek uygun oranda bir indirim yapılmasını gerektirir ve zarar görenin müterafik kusurunun tespiti hâlinde TBK'nun 52. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır."*; Yarg. 10. HD. T. 12.11.2012 E. 2012/21455 K. 2012/21185: *"Zarar görenin kusurlu davranışları derecesi açısından iki tür etki gösterebilir: zarar görenin kusuru ağır ise, bu durum illiyet bağını kesen bir sebeptir. Bu durumda, haksız fiilin illiyet unsuru gerçekleşmediği için sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun koşulları gerçekleşmediğinde, tazminat gündeme gelmeyeceği için bundan indirim de söz konusu olmayacaktır. Zarar görenin kusurlu davranışları ağır nitelikte değilse, haksız fiil faili doğan zarardan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumda zarar görenin kusurlu davranışları hükmedilecek tazminat miktarının indirilmesine ya da tazminat isteminin tamamen reddine yol açacaktır."* (KBİBB. E. T. 10.06.2022).

hâlde, ağır kusur çoğu durumda nedensellik bağını keseceği için, tazminatın kaldırılmasından ziyade sorumluluğun doğmaması söz konusu olur[471].

II. ZARAR GÖRENİN KUSURUNUN DAVADA İLERİ SÜRÜLMESİ

Haksız fiil veya sözleşme ilişkisi kapsamında sorumlu olan tarafa yöneltilen tazminat talebine karşılık sorumlu kişinin tazminattan indirim sebeplerini ileri sürmesi, maddi hukuk bakımından bir itiraz oluşturmaktadır[472]. Söz konusu talebin itiraz niteliği taşıması, usul hukuku bakımından önem arz etmektedir. Zira, itiraz niteliğindeki savunma, davalı tarafından ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen göz önünde bulundurulur. Hâkim, önüne gelen olayda davacı ya da davalı tarafından bildirilen vakıalarda bir itiraz sebebinin varlığını tespit ederse, bunu kendiliğinden göz önünde bulundurur. Hâkim, zarar görenin kusurlu olduğunu önüne gelen olayda tespit ettiği takdirde, bu durum davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa dahi bunu dikkate almak zorundadır. TBK m. 51'de hâkimin tazminatın kapsamını belirlerken somut olayın koşullarını ve özellikle de kusurun ağırlığını göz önünde bulundurması gerektiği öngörülmektedir. Bu hükümden hareketle, hâkimin önüne gelen olayda tazminattan indirim yapılmasını gerektiren bir neden bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırması gerektiği, varlığını tespit ettiği takdirde ise tazminat miktarını buna göre belirlemek zorunda olduğu söylenebilir[473]. Ayrıca, hâkimin zarar görenin kusurunu re'sen göz önünde bulundurmasının sebebi, TBK m. 52/I hükmünün kaynağını dürüstlük kuralından almasıdır[474]. Ancak belirtmek gerekir ki, usul hukuku bakımından itiraz teşkil eden tazminattan indirim sebebinin hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulması gerekmekte ise de, dava dosyasından anlaşılamayan bir durumu hâkimin re'sen araştırması mümkün değildir[475].

Somut olayda zarar görenin kusurlu olduğunu ispat yükü, bunu ileri süren davalı zarar verene düşer. Zira, TMK m. 6 hükmü uyarınca, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*". Davalı zarar veren, ileri sürdüğü indirim sebeplerini ispat etme yükü altındayken, davacı da sorumluluğun şartlarını ispat etme yükü altındadır. Kusursuz sorumluluk hallerinde kusur, sorumluluğun bir şartı olmadığı için davacının, kusurun varlığını ispat etmesi

[471] **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 24.
[472] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 169; **Kurt**, 801.
[473] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 169-170.
[474] **Baysal**, 29.
[475] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 170.

gerekmemektedir. Ancak indirim sebebi olarak ileri sürülen zarar görenin kusuruna karşı kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olanın ek kusuru bulunduğu iddia ediliyorsa, bu durumun da davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir[476].

III. MADDİ TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ VE MADDİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. MADDİ TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinde tazminatın "*belirlenmesi*"ni, 52. maddesinde ise tazminatın "*indirilmesi*"ni düzenlemiştir. Her iki hüküm de tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulan indirim sebeplerini düzenlemektedir[477].

İki hükümde de ortak olan noktalardan biri, hâkime takdir yetkisi tanınmış olmasıdır. Zira, TBK m. 51/I'de hâkime tazminatı, *"durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını*" dikkate alarak belirleme görevi yüklenmiş, m. 52/I'de ise *"...tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir"* denilerek hâkime tazminatın indirilmesi ya da kaldırılmasına ilişkin takdir hakkını kullanabileceği bir alan yaratılmıştır. TBK m. 51/I ve 52/I, uygulama alanları bakımından da birbirleriyle benzerlik göstermektedir. Şöyle ki, bu hükümler, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmakta ve gerek kusur sorumluluğunda gerek kusursuz sorumlulukta ve hatta aksine düzenleme olmadıkça özel kanunlarda öngörülen bütün sorumluluk türlerinde uygulama alanı bulmaktadır[478].

Türk Borçlar Kanunu m. 51/I ve 52/I hükümleri, birbiriyle benzer özellikler taşımakla birlikte, birbirinden farklı bazı noktalara da sahiptir. Öncelikle, TBK m. 51/I hükmü, daha çok dış koşullar sebebiyle tazminattan yapılacak indirimi konu edinmekte iken, TBK m. 52/I, zarar görene ilişkin indirim sebeplerini konu edinmektedir[479]. Dolayısıyla, TBK m. 52/I'de düzenlenen indirim sebepleri zarar gören aleyhine göz önünde bulundurulurken; TBK m. 51/I uyarınca "*durumun gereğini*" göz önünde bulunduran hâkim sorumluluğu, somut olayın koşullarına göre taraflar arasında paylaştırır[480]. TBK m. 52

[476] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 170, dn. 27.
[477] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2389; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 364; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 83-84.
[478] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 5; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 87.
[479] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 5; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2389.
[480] **Nomer**, 145. *Oğuzman/Öz'*e göre, TBK m. 51 hükmünde belirtilen olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması, esasında bir indirim sebebi değildir. Ancak zarar miktarı, tazminatın üst sınırını oluşturduğu

hükmünün, m. 51'in özel bir görünüm biçimi olduğu savunulmaktadır. Buna göre, TBK m. 51'deki "*durumun gereği"* ifadesi genel bir nitelik taşıdığı için m. 52'de sayılan indirim sebeplerini de içine almaktadır[481].

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I hükmü hâkime, tazminatı indirme yetkisinden başka kaldırabilme yetkisi de tanımıştır. Diğer bir anlatımla hâkim, TBK m. 52/I'deki sebeplerden birinin varlığı hâlinde tazminat miktarını indirebileceği gibi, tamamen de kaldırabilir. Oysa TBK m. 51/I hükmünde hâkime tazminatı tamamen kaldırma yetkisi tanınmamıştır. Esasında, TBK m. 51/I hükmü ile hâkime tazminatı kaldırma yetkisinin tanınmamış olmasının pratik bir değeri bulunmamaktadır. Şöyle ki, TBK m. 52/I uyarınca hâkimin tazminatı kaldırması genellikle, zarar görenin ağır kusurlu olması durumunda söz konusu olmaktadır; bu hâlde, genellikle zarar görenin davranışı zararın tek nedeni olarak ortaya çıktığından zarar verenin davranışı ile zarar arasında nedensellik bağı kesilmektedir. Bu hâlde, tazminatın kaldırılması değil, tazminat yükümlülüğünün hiç doğmaması söz konusu olmaktadır. Benzer şekilde, TBK m. 51/I hükmünü uygulayan hâkimin, üçüncü kişinin ağır kusuru ya da mücbir sebep hâllerinden birinin varlığı hâlinde zarar verenin davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesildiğini tespit etmesi durumunda, tazminat sorumluluğunun ortadan kaldırması gerekir[482].

B. MADDİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

1. Bedensel Zararın Tazmininde

a. Genel Olarak

Zarar görenin, uğradığı maddi veya manevi bir zarar sonucunda, vücut ya da ruh bütünlüğünün bozulmasına bedensel bütünlüğün ihlâli denir[483]. Bu durum, vücut bütünlüğünün ihlâli şeklinde gerçekleşebileceği gibi, ruh bütünlüğünün ihlâli şeklinde de

ve somut olayın özellikleri bu sınırın aşılmasına engel olarak bu sınırın altında bir tazminata hükmedilmesine sebep olacağı için, olayın özellikleri de indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 366.

[481] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 84.

[482] **Nomer**, 68; **Tiftik**, 86-87.

[483] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2328; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 283; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 603; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 280; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 596.

gerçekleşebilir. Böyle hâllerde zarar olarak nitelendirilen durum, bedensel bütünlüğün ihlâli değil, ihlâl nedeniyle kişinin yaşadığı maddi ve manevi nitelikteki ekonomik kayıplardır[484].

Kanun koyucu, vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda uğranılan maddi zararı TBK m. 53 ve 54'te özel olarak hükme bağlamıştır. TBK m. 53'te ölüm hâlinde uğranılan zararlar; m. 54'te ise bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan maddi zararlar düzenlenmiştir. Buna göre bedensel zararların başlıcaları; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

Zarar gören, kendi davranışıyla, yaşam hakkının ya da vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesine yol açarak zararın doğmasına ya da doğan zararın artmasına etki etmiş olabilir. TBK m. 63/II uyarınca, zarar verenin davranışının haklı savunma (meşru müdafaa) niteliğinde olması, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Bu doğrultuda, zarar görenin davranışının da tazminatta indirim sebebi olabilmesi için öncelikle, bu davranışın haklı savunma niteliği taşımaması gerekmektedir.

Zarar görenin kusurunun bedensel zarara etkisi, genel olarak zarar gerçekleştikten sonra, bu kişinin kendisinden beklenen önlemleri almaması nedeniyle zararı azaltma külfetine aykırılık şeklinde gerçekleşmektedir. Bedensel zararlar bakımından zarar görenin, kendi menfaatini gözeterek, sağlığının kötüleşmemesi için alması gereken birtakım önlemler bulunmaktadır. Zarar görenin bu önlemleri almaması, uğradığı zarar sonucu sağlığının kötüye gitmesine neden olabilir. Zarar görenin bu kapsamda alması gereken makul önlemler, zarar görenin vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı çerçevesinde şekillenmektedir[485].

Zararı azaltma külfeti, zarar görenin vücut bütünlüğünün ihlâli sonucunda uğradığı zararı en az seviyeye indirme yükümlülüğü olarak anlaşılmamalıdır[486]. Bu külfet, zarar görenin uğradığı zararın artmasını engellemek için makul, dürüst, orta zekalı bir kimseden beklenecek nitelikteki önlemleri almasını ifade etmektedir. Zarar görenden, uğradığı bedensel zarar dolayısıyla zararı azaltma külfeti kapsamında alması beklenen ilk önlem, tedavi olmasıdır[487]. Bundan başka, yaşadığı iş gücü kaybı sebebiyle meslek değiştirmesi de

[484] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2331.
[485] **Nomer**, 111-112.
[486] **Baysal**, 215-216.
[487] **Oftinger**, 267; **Eber**, Erman BGB, Kommentar**,** § 254 BGB, N. 61 vd.; **Luterbacher**, N. 193; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 47; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 118 vd.

zarar görenin alması gereken önlemler arasında kabul edilmektedir[488]. Başka bir ifadeyle, bedensel bütünlüğü ihlâl edilen ve bu ihlâl sonucunda çalışma gücü azalan zarar görenin, haklı bir sebebi olmadan, zararın azalmasını sağlayacak bir tedaviye ya da ameliyata rıza göstermemesi veya meslek değiştirmekten kaçınması, ona kusur olarak yüklenmektedir[489].

b. Zarar Görenin Tedavi Olması

aa. Tedaviyi Ret Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılıp Sınırlandırılamayacağı Sorunu

Bedensel zarara uğrayan zarar görenden alması beklenen ilk önlem, tedavi olmasıdır. Tedavi olmamanın zararı azaltma külfetinin ihlâli sayılıp sayılmayacağı ve bu doğrultuda TBK m. 52/I'e göre tazminattan indirim yapılıp yapılmayacağının tespiti için öncelikle, zarar görenin tedaviyi ret hakkının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

Anayasa'nın 17. maddesinin *"...tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz."* şeklindeki açık ifadesi karşısında kişi, rızası dışında vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere karşı güvence altına alınmıştır. Tıbbi müdahaleler de vücut bütünlüğüne yöneldiğinden, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Dolayısıyla AY. m. 17 ile kişinin rızası olmadan ona tıbbi müdahalelerde bulunulamayacağı söylenebilir. Bu kapsamda, kişiye tedaviyi ret hakkının tanındığının söylenmesi mümkündür. Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin içe karşı korunmasını düzenleyen 23. maddesi de tedaviyi ret hakkını destekleyen hükümlerden biridir. Nitekim, yaşam hakkı ve kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, bu madde kapsamında vazgeçilmez haklardandır.

---

[488] **Oftinger**, 267; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119; **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 47. Zarar görenin mali durumunun da zararı azaltma külfeti kapsamında dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Nomer**, Maddi Tazminat, 113. Yazara göre, mali durumu iyi olan zarar görenin gerekli önlemleri alması gerekir. Mâli durumu yeterli olmasına karşılık gerekli olan tedaviden kaçınan zarar görenin, tedavi masraflarının karşı tarafça önceden verilmemiş olduğunu ileri sürerek tazminatta indirim yapılmamasını talep edemez. Kanaatimizce, makul önlemlerin tespitinde objektif ölçütlere göre bir değerlendirme yapılması gerektiği için, zarar görenin sübjektif nitelikteki mali durumunun göz önünde bulundurulup alınması gereken önlemlerin buna göre belirlenmesi uygun değildir. Ancak yazarın belirttiği üzere, tedavi ya da ameliyat masraflarını karşılamak bakımından mali durumu yeterli olan zarar görenin, bu masrafların önceden zarar verence karşılanmadığı savunmasında bulunması, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde kabul edilmelidir. Aynı yönde bkz. **Baysal**, 216.

[489] *Nomer*'e göre, bu hâllerde objektifleştirilmiş kusur teorisi kapsamında makul bir kimsenin aynı koşullarda nasıl davranacağına ilişkin ölçütün dışına çıkılması gerekir. Şahsi nedenler, örneğin dini inançları doğrultusunda tedavi olmayı reddeden ya da meslek değiştirmek istemeyen kimsenin durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **Nomer**, 112.

Tedaviyi ret hakkına ilişkin bir diğer düzenleme, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 25'te yer almaktadır. Buna göre, *"Kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu hâlde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz".* Bu düzenleme ile kişinin tedaviyi ret hakkı açıkça kabul edilmiştir. Ancak kanunen zorunlu olan durumlarda tedavinin reddi mümkün değildir. Yaşam hakkı üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan hastanın, hayatını sürdürebilmesi için uygulanması zorunlu olan tedaviyi reddetmesi, bizzat karar verme hakkının kapsamı dışındadır[490].

Söz konusu düzenlemeler ile tanınan ve Anayasa ile de güvence altına alınan zarar görenin tedaviyi ret hakkının, zarar gören tarafından alınması gereken makul önlemler kapsamında sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre[491], tedaviyi ret hakkı mutlak bir haktır ve sınırlanması mümkün değildir. Bu görüş, tedaviyi ret hakkının istisnasız olarak tanınması ve bu hakkın doğurduğu sonuçların nedensellik bağı bağlamında ele alınması gerektiği esasına dayanmaktadır[492]. Bu kapsamda, zarar görene yüklenen zararı azaltma külfetinin, mutlak hak niteliğindeki tedaviyi ret hakkını sınırlandıramayacağı kabul edilmektedir. Tedavi, önemli bir risk taşımasa ve zarar görenin iyileşmesine yol açma ihtimali yüksek olsa dahi zarar gören, söz konusu tedaviyi reddedebilir; bu davranışı, onun zararı azaltma külfetine aykırı davrandığı yönünde değerlendirilemez[493].

---

[490] **Keskin**, Bizzat Karar Verme, 159-160.

[491] **Baysal**, 222 vd.

[492] Zararı azaltma külfetinin sınırını, TMK m. 23'te düzenlenen kişilik hakkının korunması oluşturmaktadır. Bir kimsenin kendisine tanınan tedaviyi ret hakkını bir hukuki işlemle sınırlamasına, TMK m. 23 hükmü izin vermez. Bu nedenle, TMK m. 23 kapsamında kalan tedaviyi ret hakkının mutlak olarak kabul edilmesi gerekir. Tedavi ya da ameliyat ne kadar makul olursa olsun, kişi kendisine önerilen bu yöntemleri reddedebilmelidir. Zarar görenin tedavi ya da ameliyatı reddetmesi, tazminatta indirim sebebi olarak kabul edilemez. Ancak bu durum, artan zarara zarar verenin katlanacağı anlamına da gelmemektedir. Şöyle ki, zarar görenin tazmin etmesi gereken zarar, kendi davranışı ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zarardır. Bu noktada zarar görenin tedaviyi reddetmesi, zarara sebep olan davranışı aşacak şekilde zararın artmasına sebep olmuşsa, nedensellik bağı kesileceği için zarar verenin de bu artan zarardan sorumluluğu doğmaz. Böylelikle tedaviyi ret hakkının makullüğü sorunu da ortadan kaldırılmış olur. Kişilik değerlerinin mutlaklığı karşısında zarar görenin tedavi olarak zararı azaltabilme ihtimâline ağırlık verilmesi, tedaviyi ret hakkına istisna tanınması sağlayacak güçte bir gerekçe değildir (**Baysal**, 222 vd.).

[493] Böyle bir durumda, zarar verenin davranışı, zarar görenin tedaviyi reddederek geldiği son zarar durumunun sebebi olmaktan uzaklaşmış ise, artık konu, uygun nedensellik bağı kapsamında ele alınmalıdır. Zarar görenin

Türk-İsviçre hukukuna hâkim olan görüşe göre ise[494], kişi tedaviyi ret hakkına tartışmasız olarak sahiptir; ancak istisnai bazı hâllerde, zarar görenin tedaviyi reddetmesi, zararı azaltma külfetinin ihlâlini oluşturabilir. Buna göre, zarar gören, uğradığı zarar sonrası tedavi olmayarak zararının artmasına sebep olursa, bu artan zarardan zarar verenin tek başına sorumlu olması beklenemez. Böyle bir durumda, zarar görenin zararın artan kısmından sorumlu tutulacağı ve TBK m. 52/I kapsamında lehine hükmedilen tazminat miktarının indirileceği kabul edilmektedir.

Zarar görenin, fiziksel durumunu önemli ölçüde iyileştirecek nitelikte olan ve sağlığı açısından bir tehdit oluşturmayan makul nitelikteki ameliyata ya da tedaviye rıza göstermesi gerektiği ileri sürülmektedir[495]. Zarar görenin, tedaviye ya da ameliyata rıza göstermemesi, her durumda, ona kusur olarak yüklenemez. Zira zarar görenin, zararı azaltmak amacıyla sağlığını ya da hayatını tehlikeye atacak bir tedaviye ya da ameliyata rıza göstermesi kendisinden beklenemez. Bu kapsamda, tedavinin ya da ameliyatın makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulacak hususlar şu şekilde sıralanmaktadır[496]: ameliyatın ya

uğradığı zarardan zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce, zarar verici davranış ile doğan zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Görüldüğü üzere, tedaviyi ret hakkının sebep olduğu zarar artışı, tazminattan indirim yoluyla değil, uygun nedensellik bağının bulunmaması dolayısıyla zarar görene yükletilmelidir (**Baysal**, 222 vd.).
Eren, ameliyat ya da tedavinin zararı ağırlaştırması ve hatta zarar görenin ölümüne yol açması hâlinde bundan zarar verenin sorumlu tutulabilmesi için uygun nedensellik bağının varlığının gerektiğini belirtmektedir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 2347).

[494] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 50; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 288 vd.; **Erdoğan**, Kusur, 133; **Nomer**, 112 vd; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 120 vd.; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 539-540; **Altınok Ormancı,** 160-161; **Kurt**, 786; **Günal**, 212. *Eren*, zarar görenin ameliyat ya da tedaviye rıza gösterip göstermediğinin zararın belirlenmesinde dikkate alınacağını belirtmektedir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 2347).

[495] **Matthäus**, 156.

[496] **Oser/Schönenberger**, Art. 44, N. 10; **Stehle/Reichle**, OR Art. 44, N. 14; **Eber**, Erman BGB, Kommentar**,** § 254 BGB, N. 62; **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 82; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2347; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 297; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 288; **Nomer**, 112; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 121; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 288; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 50. Yarg. 4. HD. T. 18.9.1979 E. 1979/5480 K. 1979/9818: *"Gerçekten, zararın ve dolayısıyle tazminatın belirlenmesinde, mağdurun çalışma gücünden yoksun kalmasını azaltacak bir ameliyata ya da tedaviye rıza gösterip göstermemesi yönü, özellikle gözönünde tutulması gereken bir husustur. Ancak, mağdurdan rıza göstermesinin beklenebilmesi için, a) Ameliyatın tehlikeli olmaması, b) Ameliyatın çok ızdırap verici olmaması, c) Mağdurun ameliyat sonunda iyileşmesinin kuvvetle umulur ve beklenir olması, d) Özellikle de, ameliyat giderlerinin sorumlu kişi tarafından önceden ödenmiş bulunması, şarttır. Bu şartların tamamı gerçekleşmedikçe mağdurdan ameliyat olması asla beklenemez. Bu şartlar mutad olmayan tedavi metodları için de geçerlidir."* (KBİBB. E. T. 10.06.2022).
BGH 21.09.2021 VI ZR 91/19: Ameliyat, basit ve güvenli olduğu, herhangi bir acıya neden olmadığı, ayrıca yüksek ihtimalle yaralanan kimseyi iyileştirme imkânı sunduğu durumlarda makul kabul edilir.

da tedavinin güvenli olması[497], önemli bir ağrıya sebep olmaması[498], iyileşmeye yol açma ihtimâlinin bulunması[499] ve masrafların zarar veren tarafından peşin olarak ödenmesi[500]. Bu şartların tamamının gerçekleşmesine rağmen tedaviye ya da ameliyata rıza göstermeyen zarar gören, kusurlu kabul edilir ve TBK m. 52/I'e göre tazminat miktarında zarar veren lehine indirim yapılır[501]. Tedavi veya ameliyata rıza göstermemenin zararı azaltma külfetine aykırılık oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde zarar görenin mesleği, yaşı, sağlık durumu gibi kişisel özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak hâkim, zarar görenin kişisel durumunu, kendisiyle aynı özelliklere sahip makul bir kimseyi göz önünde bulundurarak değerlendireceği için, bu hâlde de objektifleştirilmiş kusur teorisi uygulanır[502]. Bu kapsamda, zarar görenin tedaviyi reddetmesinin haklı olarak kabul edilip edilemeyeceği tespit edilirken, hem objektif hem de sübjektif ölçütlerden yararlanılır[503].

---

[497] Ameliyatın zarar gören için bir tehlike yaratmaması şartı, nispî niteliktedir. Bu nedenle, ameliyatın güvenli olup olmadığının tespitinde somut olayın şartları ve zarar görenin nitelikleri önem taşımaktadır. Zarar görenin yaşı, bedensel yapısı, sağlık durumu gibi hususların değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, her ameliyat belirli bir oranda risk taşımaktadır. Bu riske dayanılarak zarar görenin ameliyata rıza göstermeyişi haklı kabul edilirse, zarar görenin zararın artmasını önlemek için ameliyat olması yolunun önü kapatılmış olur. Bu nedenle, zarar görenin, olağan hayat akışına göre tehlikeli olarak kabul edilmeyen bir ameliyata rıza göstermesi beklenir (**Tiftik**, Maddi Tazminat, 121-122).
Ameliyatta anestezi kullanılmasının tek başına bir tehlike arz etmediği yönünde bkz. **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 82

[498] İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, zarar görene karşı gerçekleştirilecek olan müdahalenin 6-8 hafta arası hastanede kalmayı gerektiren hassas bir işlem olması sebebiyle, ameliyatın makul olmadığına hükmetmiştir (BGE 57 II 61/68).

[499] **Göksu**, OR Art. 44, N. 13. JdT 1939 I 30/32. Davaya konu olayda zarar görene karşı gerçekleştirilecek olan ameliyat, tehlikeli olmamakla birlikte sadece %50 başarı şansı olduğu için, makul olarak kabul edilmemiştir (**Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 50).

[500] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 50. Tedavi veya ameliyat beklenilen sonucu vermese bile zarar veren, bunun gerektirdiği masrafları karşılamakla yükümlüdür. Ayrıca ameliyat sonucunda zarar görenin durumu ağırlaşmış ve hatta ameliyat ölüm ile sonuçlanmışsa, zarar verenin fiili ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesilmediği sürece zarar veren, bundan doğan zararın tazmini ile ayrıca sorumlu tutulur (**Tiftik**, Maddi Tazminat, 122; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 289).
Bu şart mutlak olmayıp somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Müdahalenin aciliyet taşıması ve zarar görenin mali durumunun giderleri karşılamaya yeterli olması hâlinde, ameliyat giderlerinin peşin olarak ödenmediği gerekçesine dayanarak zarar görenin ameliyattan kaçınması dürüstlük kuralına uygun değildir. (**Nomer**, 112).

[501] Bir görüşe göre, zarar görenin salt ameliyatı reddetmesi kendisine kusur olarak yüklenemez. Zarar gören, makul nitelikteki başka tıbbi yöntemlere başvurarak zararın artmasını engellemek hususunda önlem almışsa, ameliyata rıza gösterseydi zararı daha çok azaltma imkânı olsa bile, tazminatta indirime gidilmez (**Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 540).

[502] **Kurt**, 789. Zarar görenin tıbbi müdahaleye rıza göstermesi bakımından objektifleştirilmiş kusur teorisi eleştirilmiştir. Buna göre kusurun objektifleştirilmesi görüşü, tedaviyi reddetme hakkının kullanılmasını zorlaştırır. Örneğin, zarar görenin, dini inançları sebebiyle kan nakline sıcak bakmaması hâlinde, kusurunun tespiti bakımından durum böyledir. Aynı koşullar altında normal ve makul bir kimseden beklenen, vücut bütünlüğünü tehlikeye uğratmayan bu müdahaleye rıza göstermesidir. Objektifleştirilmiş görüşe göre bir değerlendirme yapıldığı takdirde zarar gören kimsenin rıza göstermemesi, model olarak belirlenen davranıştan sapacağı için kusurlu olarak değerlendirilir ve tazminatta indirime gidilir. Oysa sübjektif teoriye göre bir değerlendirme yapılsaydı özel sebeplerle bu müdahaleye yanaşmayan kimse, kusurlu sayılmazdı (**Nomer**, 89).

[503] **Kurt**, 787; **Altınok Ormancı**, 161 vd.

Kanaatimizce de doktrindeki hâkim görüşün konuya yaklaşımı yerindedir. Bir kimsenin tedaviyi ret hakkının mutlak olarak bulunduğu ve sadece üstün nitelikli özel yarar bulunması durumunda kişinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulabileceği hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir kimsenin zararı azaltma külfetinin bulunması, onun tedaviye zorlanabileceği anlamına gelmemektedir. Buna karşılık, tedavi olmak istemeyen zarar görenin sebep olduğu zarar artışına zarar verenin katlanması hakkaniyet ilkesine uygun düşmez. Kendisi bakımından makul görülen bir tedavi yöntemini kabul etmeyerek zararının artmasına sebep olan zarar gören, söz konusu zararın tamamının giderilmesini karşı taraftan isteyemez. Aksi halde, söz konusu tazminat amacından saparak zarar görenin zenginleşmesine yol açar[504]. Zarar gören, tercihinin yol açtığı sonuçlara ve zararın artan kısmına kendisi katlanmalıdır. Bu sebeple, bir kimsenin objektif ve sübjektif ölçütlere göre makul olarak nitelendirilebilen bir tedaviyi reddederek uğradığı zararı arttırması, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilebilir.

Bir kimsenin dini inançları sebebiyle tedaviyi reddetmesinin mümkün olup olmadığı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre[505], zarar görenin dini inancı gibi kendisinden kaynaklanan nedenlerle tedaviyi reddetmesi, zararı azaltma külfetinin ihlâli anlamına gelmez ve bu sebeple tazminattan indirim yapılamaz. Böyle bir durumda zarar görenin kusuru ya hafif değerlendirilmelidir ya da zarar gören kusursuz olarak kabul edilmelidir[506]. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre[507], dini gerekçeler ileri sürerek tedaviden kaçınan zarar görenin, bu davranışının sonuçlarına katlanması gerekir ve bu davranış zararı azaltma külfetinin ihlâli olarak değerlendirilebilir. Bir kimsenin, makul nitelikteki bir tedaviyi, kendi içsel yönelimleri ve inanışları gereği reddetmesi, zararı azaltma külfetinin ihlali olarak nitelendirilmelidir[508].

bb. Tedavi Giderleri

Vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi nedeniyle zarar gören, birtakım tedavi giderleri ya da tedaviye bağlı diğer bazı giderleri yapmak zorunda kalabilir. Tedavi giderleri, zarar görenin, sağlık durumunun iyileşmesi için hastanede kaldığı süre boyunca yapılan teşhis,

[504] **Kurt**, 786; **Altınok Ormancı,** 161.
[505] **Nomer**, 89; **Baysal**, 226: Yazar, TMK m. 23 sınırları kapsamında kaldığı sürece kişinin dini sebeplerle de tedaviyi reddedebileceğini savunmaktadır.
[506] **Nomer**, 89.
[507] **Kurt**, 790; **Weber**, 146.
[508] **Kurt**, 790; **Altınok Ormancı**, 169.

ameliyat, tedavi, tahlil, ilaç vb. giderleri, keza hastaneden çıktıktan sonra bakımın ya da yardımın gerektirdiği diğer bazı giderleri kapsamaktadır[509].

Türk Borçlar Kanunu'nun 54/I maddesi uyarınca zarar gören, tedavi giderlerini zarar verenden isteyebilir. Ancak bunun için, zarar görenin bu kapsamda yaptığı giderlerin makul nitelikte olması gerekir[510]. Makul olmayan tedavi giderlerinin zarar verenden istenememesinin gerekçesini, zarar görenin zararı azaltma külfeti oluşturmaktadır. Zarar gören, tedavi giderlerinde aşırıya kaçarak makul seviyenin üstünde bir zarar artışına sebep olursa, bu durum TBK m. 52/I kapsamında bir indirim sebebi oluşturur. Bu noktada, tedavi giderlerinin makul olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır. Zarar görenin sağlığını eski hâle getirmeye elverişli ve etkin tedaviler, ne kadar gidere sebep olursa olsun, makul olarak nitelendirilmektedir[511]. Zararı azaltma külfeti, zarar görenin gideri daha az olan tedaviyi seçmek zorunda olduğu anlamına gelmemektedir[512]. Bununla birlikte, zarar görenin, kendisinden önce zarar vereni düşünerek onun açısından daha az masrafa yol açacak tedavi yöntemini seçmesi kendisinden beklenemez.

Zarar görenin, zarar ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan bütün tedavi giderlerini karşılama zorunluluğu, tedaviyi seçme hususunda zarar görene sınırsız bir keyfiyet tanındığı anlamına gelmemektedir. Somut olayın koşulları değerlendirildiğinde uğranılan zarara kıyasla açıkça orantısız nitelikte bir gider gerektiren önlemin alınmış olması, yapılan giderin zarar veren tarafından karşılanmasının önüne geçer[513]. Örneğin hafif yaralanmış bir kimsenin hastaneye ulaşım için helikopter tercih etmesi hâlinde durum böyledir[514].

Zarar görenin yaptığı normalin üstündeki aşırıya kaçan giderlerin somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Somut olayın değerlendirilmesinin objektif bir şekilde yapılması gerekmekle birlikte, ortalama yaşam standardının üzerindeki her gideri de zararı azaltma külfetinin ihlâli olarak yorumlamak doğru değildir[515]. Tedavi giderlerinin makul olup olmadığının tespitinde zarar görenin sosyal ve ekonomik durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre zarar gören, söz konusu tedavi giderlerini bizzat karşılaması

[509] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2334; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 603; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 284; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 284-285; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 597; **Gümüş**, Borçlar Genel, 555.
[510] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 604; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 284; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 287; **Gümüş**, Borçlar Genel, 555.
[511] **Baysal**, 226.
[512] **Weber**, 162; **Baysal**, 226; **Altınok Ormancı,** 171; **Kurt**, 790.
[513] **Kurt**, 790.
[514] **Altınok Ormancı**, 171.
[515] **Baysal**, 227.

gerekseydi nasıl bir tedavi yöntemi, hastane ve doktor seçecek idiyse, aynı imkanların kendisine tanınması gerekir[516]. Örneğin kendi ekonomik durumu özel hastanede tedavi görmeyi karşılayacak nitelikteki bir kimsenin zarar verici fiil sonrasında giderleri düşük tutmak için devlet hastanesine gitmesi kendisinden beklenemez. Doktrinde[517] ve Yargıtay kararlarında[518], zarar görenin özel hastane mi yoksa devlet hastanesi mi tercih etmesi gerektiği hususunda, zararın ağırlığının göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmektedir.

Kanaatimizce, kusurun objektifleştirilmesi ilkesi doğrultusunda zarar görenle aynı özellikleri taşıyan makul, dürüst bir kimsenin davranışları esas alınarak zarar görenin davranışının kusurlu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bir kimsenin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı, zarar verenin ekonomik menfaatine kıyasla daha üstün niteliktedir; bundan dolayı, öncelik verilmesi gereken husus, zarar verenin ekonomik menfaati değil, uygulanan tedavinin etkin nitelikte olmasıdır. Bu kapsamda zarar görenin, dürüstlük kuralı çerçevesinde, etkin herhangi bir tedavi giderini zarar verenden talep edebileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık, hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıyan ve makullük sınırını aşan tedavi giderleri, TBK m. 52 hükmü uyarınca hesaplanan tazminat miktarından indirilmelidir.

Tedavi giderleri, zarar görenin hastanede kaldığı süre boyunca yaptığı masrafların yanı sıra, tedavi sonrasında yapılan bazı giderleri de kapsamaktadır. Örneğin, günlük ihtiyaçlarını karşılamak üzere bakıma ihtiyaç duyan zarar gören, bu ihtiyacını karşılamak üzere evinde yardımcı kişi (hastabakıcı, hemşire vb.) tutmak zorunda kalmış ise, buna ilişkin yaptığı makul giderleri de tedavi giderleri kapsamında zarar verenden isteyebilir[519]. Tıbbi tedavi

---

[516] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2335; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 284.

[517] Kişinin uğradığı zarar ne kadar ağırsa, özel hastane ya da daha iyi tedavi koşullarını tercih etme imkânı da aynı oranda artar. Herkesin vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı eşit değerde olduğu için, bu noktada maddi durumun değerlendirilmesi yerinde değildir. Ağır bir kaza sonucu yaralanan kimsenin bulunduğu bölgedeki en yakın sağlık kurumunun özel hastane olması durumunda, özel hastane masrafları makul olarak nitelendirilmelidir. Benzer şekilde, ağır yaralanan kimsenin herhangi bir hastanedeki herhangi bir hekim yerine alanında uzman belirli bir doktoru tercih etmesi de makul masraf kapsamında değerlendirilmelidir (**Altınok Ormancı**, 171-172; **Kurt**, 790).

[518] YHGK. T. 29.09.1999 E. 1999/4-619 K. 1999/737: *"Yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez en önemli haklarındandır. Somut olaydaki gibi ağır yaralanma nedeniyle kişinin sosyal durumuna göre özel bir sağlık kurumunda tedavi görmesini doğal karşılamak gerekir. Olaydaki gibi, hayati tehlike doğuracak biçimde bir iç organın tahribatına maruz kalan kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda tercih yapmasını engellemek sonucunu doğurur."* (KBİBB. E. T. 26.05.2023).

[519] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2334; **Baysal**, 228; **Altınok Ormancı**, 173; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 603 vd.; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 285.

giderlerinde olduğu gibi, bakım giderlerinde de objektif ölçütlere göre bir değerlendirme yapılarak bunların makul olup olmadığı göz önünde bulundurulur[520]; makulün üstündeki bakım giderleri, TBK m. 52 hükmü uyarınca tazminattan indirilir. Zararı azaltma külfeti kapsamında zarar gören, aile bireylerinden karşılıksız bakım almak zorunda değildir[521]. Zira, zarar görenin yakınlarının zararı azaltma külfeti bulunmamaktadır[522].

c. Zarar Görenin Meslek Değiştirmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde tedavi giderleri dışında, kazanç kaybı ve çalışma gücünün azalmasından ya da kaybedilmesinden doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar da bedensel zararlar kapsamında sayılmıştır. Çalışma gücünün azalması ya da kaybedilmesinden doğan zararlar bakımından zarar görenden alması beklenen önlemlerin başında, meslek değiştirmesi gelmektedir.

Çalışma gücü, bir kimsenin işgücünü (beden ve fikir gücünü), kazanç getirici şekilde kullanılmasını ifade etmektedir[523]. Çalışma gücünün azalması ya da kaybedilmesinden doğan olumsuz ekonomik sonuçlar ise bundan doğan zararı oluşturmaktadır[524]. Çalışma gücünün azalması ya da kaybı, geçici nitelikte olabileceği gibi, sürekli nitelikte de olabilir. Zarar gören, uğradığı zarar sonucunda tamamen iyileşmiş ve çalışma gücündeki azalma ortadan kalkmış ise, zarar görenin zararı, iyileşmesine kadar çalışamamasından doğan kazanç kaybından ibarettir[525]. Kazanç kaybı, zarar görenin henüz haksız fiil gerçekleşmeden önce çalışarak elde edebileceği kazanç ile zarara uğradıktan sonra çalışma gücü azalmış durumdayken çalışarak elde edebileceği kazanç arasındaki farkı ifade etmektedir[526]. Zarar görenin çalışma gücü sürekli olarak azalmış ya da kaybedilmişse, zararın geleceğe ilişkin farazi olarak hesaplanması gerektiğinden, bu hâlde yoksun kalınan kâr söz konusu olur[527].

---

[520] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 604; **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 287.
[521] **Baysal**, 228; **Altınok Ormancı**, 175 vd.
[522] **Baysal**, 228. Hafif yaralanmalarda zarar görenin yakınlarının kanundan doğan yardım ödevini yerine getirdikleri kabul edilerek bunun tazmini zarar verenden istenmeyebilir ise de, ağır ve uzun süreli bakım gerektiren yaralanmalarda zarar görenin yakınlarının sunduğu bakım hizmeti, yakınların kanunî bakım ve yardım yükümlülüğünün sınırını aşmaktadır. Bu nedenle, bu tarz yaralanmalardaki bakım hizmetine ilişkin makul giderlere zarar veren katlanmalıdır (**Altınok Ormancı**, 177-178).
[523] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 285; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2336; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 604; **Gümüş**, Borçlar Genel, 556.
[524] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2336; **Gümüş**, Borçlar Genel, 556 vd.
[525] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2338; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 285; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 289; **Gümüş**, Borçlar Genel, 556.
[526] **Kurt**, 791.
[527] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2339; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 286; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 292; **Gümüş**, Borçlar Genel, 556 vd.

Zarar gören kimse, tedavi dahi olsa bazı hâllerde eski gücüne ve yaşantısına geri dönemeyebilir. Bu durumda yeni hayatına uyum sağlayabilmesi için olağan yaşantısında bazı değişiklikler yapması, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Bu durumda zarar görenin, zararı azaltma külfeti kapsamında kazanç kaybının artmasını önlemek için kendi becerilerine ve niteliklerine uygun, sağlığının elverdiği yeni bir mesleğe başlaması kendisinden beklenebilir[528].

Haksız fiil neticesinde bedensel zarara uğrayan bir kimse, çalışma gücünün azalması durumunda, zarara uğramadan önce çalışmakta ise mevcut kazancı bakımından, henüz çalışmamakla birlikte ileride çalışacağı kabul ediliyorsa gelecekteki kazancı bakımından belli bir kayba uğrar. Zarar gören çalışma gücünü geçici bir süre için kaybetmişse, sınırlı bir süre için zarar gören tarafın kazanç kaybını önlemesi, zararın en aza indirilmesi açısından önemlidir. Çalışma gücünün geçici kaybı hâlinde zarar görenden meslek değiştirmesi beklenemez ise de, kendisinin diğer bazı makul önlemleri alması beklenir. Bu kapsamda zarar gören, iş göremezliği sona erdiği gibi derhâl işinin başına dönmelidir[529]. Ayrıca serbest meslek sahipleri, işlerini farklı şekilde düzenleyerek kazanç kaybını azaltabileceği gibi işin görülmesi bakımından zarar görenin şahsının önem taşımadığı hâllerde kendisi yerine geçici olarak bir başkasını işin başına getirebilir[530]. Zarar görenin, çalışma yeteneğini kazandıktan sonra daha fazla çalışarak kendisinden bu kaybını telafi etmesinin beklenmesi, hakkaniyet anlayışına uygun değildir[531]. Zarar görenden meslek değişiminin beklenebilmesi için, çalışma gücü kaybının geçici değil sürekli nitelikte olması gerekir[532]. Çalışma gücünün sürekli kaybı durumunda, önceki meslekten yeni bir mesleğe geçilmesi, elde edilecek gelirin ve çalışma koşullarının da zarar gören bakımından kabul edilebilir olduğu ölçüde makul sayılır[533].

Meslek değişikliği bakımından önemli olan, vücut bütünlüğünün ihlâli neticesinde zarar görenin bedensel zararının, çalışma gücüne ne oranda etki ettiğidir. Zira, yaralanma sonucu bacağını kaybeden bir kimse, mesleğini oturduğu yerden icra edebiliyorsa, meslek değiştirmesi ondan beklenemez[534]. Örneğin, masa başı işi yapan bir muhasebecinin ya da bir

[528] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 83; **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 63; **Göksu**, OR Art. 44, N. 13; **Altınok Ormancı**, 184-185.
[529] **Kurt**, 791.
[530] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 65; **Matthäus**, 156; **Baysal** 230-231.
[531] **Matthäus**, 156.
[532] **Baysal** 230; **Kurt**, 791; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2340 vd.
[533] **Matthäus**, 156.
[534] **Matthäus**, 157; **Altınok Ormancı**, 185; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 608-609.

matematikçinin yaralanma sonucunda ayağını kaybetmesinin mesleğine etkisi, profesyonel bir futbolcunun aynı zarara uğraması hâli ile bir tutulamaz[535].

Meslek değiştirmekten kaçınma, zararın değil tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir sorun olduğu için, zarar görenin bu değişiklikleri yapmayarak kendisinden beklenen makul önlemleri almaması ve uğradığı zararın artmasına sebep olması, TBK m. 52/I kapsamında tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilir[536]. Zira zarar görenin, uğradığı zararın nasılsa zarar veren tarafından karşılanacağı güveniyle kendi yaşına, becerilerine, fiziksel gücüne ve sosyal statüsüne uygun olan başka bir mesleği yapmaktan kaçınması ve zararının artmasına sebep olması, zarar verenin durumunu ağırlaştıramaz.

Zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınmasının kendisine kusur olarak yüklenebilmesi, bu değişikliğin dürüstlük kuralı gereği zarar görenden beklenebilir olmasına bağlıdır. Diğer makul önlemlerin tespitinde olduğu gibi meslek değiştirmenin makul olup olmadığının tespiti için de zarar görenle aynı cinsiyet, yaş ve fiziksel koşullara sahip olan, sosyal statüsü, zekâsı ve yetenekleri bakımından kendisiyle benzer nitelikteki normal bir kimseden beklenen özen dikkate alınır[537]. Somut olay bakımından zarar görenin, uğradığı kazanç kaybını azaltması için yeni bir mesleğe başlaması ondan beklenebilir nitelikteyse, aksi yöndeki davranışı zararı azaltma külfetinin ihlâlini oluşturur. Zarar görenden meslek değişikliğinin beklenip beklenemeyeceği, somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

Meslek değişikliğinin elverişliliği bakımından en yaygın kullanılan ölçüt yaştır[538]. Zarar görenin, yaşının genç olduğu durumlarda bu meslek değişikliğinin genellikle gerekli olduğu kabul edilirken; yaşının ileri olduğu durumlarda, meslek değişikliği mümkün ve makul kabul edilmemektedir[539]. Nitekim, genç yaştaki bir kimsenin yeni bir mesleği öğrenip

[535] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 286-287.
[536] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287-288; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119; **Nomer**, 113; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2342; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 298; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 599; **Altınok Ormancı**, 185.
[537] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 63; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119; **Baysal**, 230; **Kurt**, 792.
[538] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 63; **Altınok Ormancı**, 185-186.
[539] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 51a, 51b; **Matthäus**, 157; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2342.

ona uyum sağlayabilmesi, yıllardır aynı işle uğraşan ve öğrenme becerileri nispeten daha zayıf olan yaşı ileri bir kimseye göre daha kolaydır[540].

Meslek değişikliğinin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde zarar görenin mevcut becerileri göz önünde bulundurulmalıdır. Yeni mesleğin, zarar görenin önceki mesleğindeki beceri ve tecrübelerinden yararlanabileceği bir meslek olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir[541]. Ayrıca, yeni mesleğin öncekine göre önemli bir sosyal gerilemeye de neden olmaması gerekir[542]. Örneğin, bedensel bir zarara uğrayan bir sanatçıdan, koruma görevlisi olması beklenemezken, büroda çalışan bir görevli olması beklenebilir[543]. Aynı şekilde, yüzünde ciddi bir yaralanma meydana gelen bir oyuncudan temizlik işçisi olması beklenemez ise de, aynı zamanda yönetmenlik yapan bu oyuncunun sahne arkasında işlerini devam ettirmesi kendisinden beklenebilir. Buna ek olarak, yaralanan kişinin yeni işinde fiilen para kazanmak için işgücü piyasasında bir şansı olup olmadığının da dikkate alınması gerekir[544].

Zarar görenin meslek değiştirmesi ya da bu mesleğe uyum sağlayabilmesi için eğitim alması gerekiyorsa, eğitime ilişkin masraflar zarar veren tarafından karşılanmadığı sürece zarar görenin meslek değiştirmekten kaçınması, kendisine kusur olarak yüklenemez[545]. Yeniden eğitimin zararı azaltacağı öngörülüyorsa, makullüğün tespiti bakımından önceki meslekteki becerilerin kullanılabilirliği artık dikkate alınmamalıdır. Zira eğitim, yeni bir iş bulunmasının yolunu açabilir. Bu noktada, zarar görenin gerekli eğitimi aldıktan sonra piyasada istihdam şansının bulunup bulunmadığının da göz önünde bulundurulması gerekir[546]. Zarar görenin meslek değiştirmesi ve bu mesleğe uyum sağlaması için mesleki bir eğitimden geçmesi gerekiyorsa ve daha sonrasında istihdam şansı bulunuyorsa, eğitime ilişkin giderler zarar veren tarafından karşılandığı sürece, zarar görenden bu eğitimi alması beklenebilir. Örneğin, bir işçinin, bacağının ciddi bir şekilde yaralanması durumunda, yeniden mesleki bir eğitim alarak, bacak sakatlığının etkisinin çok az olduğu ya da hiç

---

[540] Ailevi sebeplerle profesyonel bir kariyer planlaması yapan gençler bakımından makul olarak beklenebilecek önlemler daha sınırlı olarak değerlendirilmelidir (**Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 51 a). Henüz bir mesleği olmayan çocuklar bakımından uğradığı zararın ilerideki mesleğe ne oranda etki edeceğinin tespiti daha zordur. Bu hâlde, çocuğun yeteneklerine, ailevi ve ekonomik durumuna, zekasına ve karakterine göre farazi meslek tespit edilip çalışma gücünün kaybının buna göre belirlenmesi gerekir (**Tandoğan**, Mes'uliyet, 288).
[541] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287; **Baysal**, 230; **Matthäus**, 157.
[542] **Matthäus**, 158; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119-120.
[543] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 287; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 120; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 599.
[544] **Matthäus**, 158; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 120; **Altınok Ormancı**, 186-187.
[545] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 83; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 119; **Matthäus**, 158; **Kurt**, 791; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2342.
[546] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 64; **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 83.

olmadığı, hareket gerektirmeyen bir işe girmesinin mümkün olup olmadığı incelenmelidir[547]. Zarar görenin eğitim alarak yeni bir işe başlayıp başlayamayacağı, kendi hayat koşulları da göz önünde bulundurularak bütünde sağlayacağı menfaat dikkate alınarak tespit edilmelidir. Örneğin zarar görenin, kazanın devam eden sonuçları nedeniyle bakıma ihtiyaç duymasına rağmen eğitim için taşınması ya da ailesinden uzun süre ayrı kalması makul nitelikte değildir[548].

2. Destekten Yoksun Kalma Tazminatında

Kural olarak, zarara sebep olan kişi ile zarar görenin davranışları dışında üçüncü kişinin zarara etki eden davranışları tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmamakla birlikte, destekten yoksun kalma tazminatında durum farklıdır. Buna göre, destekten yoksun kalanlar desteğin kusurunu üstlendikleri için, desteğin kusuru tazminattan indirime gidilmesine yol açar[549].

Zarar görenin kusuru, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından da indirim nedeni olarak kabul edilmektedir[550]. Destek, ölümüne sebep olan olayın gerçekleşmesine kendi fiiliyle etki etmişse ya da olayın ölüm ile sonuçlanmasına ihmali ile sebep olmuşsa, tazminattan indirim yapılır. Desteğin, alkollü araç kullanması ya da aracı kullandığı sırada uyuyakalması nedeniyle gerçekleşen kazada ölmesi, zararın doğumuna; bir trafik kazasında yaralanmasına rağmen tedavi olmaktan kaçınması nedeniyle ölmesi ise zararın artmasına örnek olarak gösterilebilir[551].

Desteğin nedensellik bağını kesecek yoğunluktaki kusuru, destek görenlerin destekten yoksun kalma tazminatı almasını engeller. Örneğin, yolda giden bir aracın önüne atlayarak intihar eden kişinin desteğinden yoksun kalanların, destekten yoksun kalma tazminatı talep etmeleri mümkün değildir[552]. Aynı şekilde, hafif yarası olan bir çocuğun annesi tarafından mikroplu bezle yapılan pansuman sonucu ölmesinde nedensellik bağı kesileceği için destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemez. Buna karşılık, desteğin ya da destekten

[547] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 51.
[548] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 83.
[549] **Nomer**, 114; **Çakırca**, Yansıma, 146-147.
[550] **Gürsoy**, Destekten Yoksun Kalma, 175; **Baysal**, 234 vd.; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 5b; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 325; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 331; **Gökyayla**, 251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 650; **Serozan/Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu**, m. 53, N. 437; **Gümüş**, Borçlar Genel, 554; **Balduğ**, 1254; **Altınok Ormancı**, 191 vd.
[551] **Gökyayla**, 250.
[552] **Gümüş**, Borçlar Genel, 554.

yoksun kalanların nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmayan kusurlu davranışları, tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olarak dikkate alınır.

Destekten yoksun kalma tazminatının, TBK m. 52/I kapsamında indirilmesine sebep olan ilk unsur, desteğin kusurudur[553]. Bu hâlde zarar görenin kusuru, bizzat desteğin kusurunu ifade etmektedir. TBK m. 52/I hükmünde, tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenen hâl, zarar gören kimsenin kusurlu davranışıdır. Ancak destekten yoksun kalma tazminatında desteğin kusuru, zarar görenin kusuru niteliğini taşımamaktadır. Yansıma zarara uğrayan kişilerin zararın oluşumunda herhangi bir etkileri olmamasına rağmen, tazminat miktarında zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılabilmektedir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde, zarar görenin kusuru, destek alanlar bakımından üçüncü kişinin kusuru niteliğindedir[554].

Ölen kimsenin zararın doğmasına etki eden davranışının kusurlu kabul edilerek destekten yoksun kalma tazminatında bir indirim nedeni olarak değerlendirilmesi, farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Bir görüşe göre[555], ölen kimsenin tazminat talebinde bulunma imkânı bulunsaydı, onun davranışı kusur olarak kendisine yüklenebilecek ve tazminatta indirim yapılacak idiyse, destekten yoksun kalan kişilerin talep ettikleri tazminat miktarı da aynı sebeple indirilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise[556], ölen kimsenin zararı ile destekten yoksun kalan kişinin yansıma zararı aynı değildir; ölen kimsenin kusurunun destekten yoksun kalma tazminatında indirime yol açmasının sebebi, zarar verenin davranışının sonuçlarından ne oranda sorumlu tutulacağının bilmesi gerektiğidir. Buna göre zarar veren tarafından tazmin edilecek olan yansıma zararın miktarı, zarar verenin zarar görene ödeyeceği miktarı aşamaz[557].

---

[553] Yarg. 17. HD. E. 2014/17620 K. 2017/938 T. 2.2.2017: "*Destek tazminatı, destek olan adına ileri sürülen bir talep olmayıp bağımsız bir talep ise de bizzat ölenin tazminat talep etmiş olması hâlinde ortaya çıkacak hukuki sonuçtan daha farklı bir hukuki durum yaratılamayacağından desteğin fiil ve davranışları, TBK 51 ve 52.maddeleri gereğince destek görenlerin tazminat talepleri bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. Zarar gören destek, kendisi tazminat talep etme imkanına sahip olsaydı kusur sebebiyle tazminatta indirim yapılacak idiyse, destek görenler lehine takdir edilecek tazminatta da indirim yapılmalıdır. Nasıl ki desteğin ölümü sebebiyle meydana gelen zararın yansıma yoluyla destek görenleri de etkilediği kabul ediliyorsa, desteğin tazminattan indirime sebep olacak davranışları da aynı şekilde destek görenlere yansır*" (KBİBB. E. T. 12.06.2024).

[554] **Çakırca**, Yansıma, 146-147; **Baysal**, 234-235; **Balduğ**, 1254-1255.

[555] **Gökyayla**, 252.

[556] **Baysal**, 236.

[557] **Baysal**, 236.

Ölen kimsenin desteğinden yoksun kalan kişilerin davranışları da tazminatta indirime yol açabilir. Bu durum genellikle, zararı azaltma külfeti bakımından söz konusu olmaktadır. Destekten yoksun kalma zararı, yansıma zarar niteliğinde olduğu için, destek görenlerin de destek gibi zararı azaltma külfeti bulunmaktadır[558]. Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, ölen kişinin destek verdiği kimselerin, zararı doğuran olay gerçekleşmeden önceki ekonomik durumlarına getirilmeleridir[559]. Bu nedenle, destekten yoksun kalan kişilerin zararlarını azaltmak için hayat standartlarını düşürecek davranışlarda bulunmaları kendilerinden beklenemez. Aksi hâlde, destekten yoksun kalma tazminatı, amacından saptırılmış olur. Örneğin, önceki hayat standartlarını ve yaşam masraflarını devam ettirme hakkı bulunan ve eşinin ölmesinden önce çalışmayan bir kadının, eşi öldükten sonra kazanç elde edebileceği bir işe başlaması kendisinden beklenemez[560]. Buna karşılık kadın, eşi öldüğü sırada hâlihazırda bir işte çalışıyorsa, eşinin ölümünden sonra da ondan çalışmaya devam etmesi beklenir[561]. Bizim de katıldığımız görüşe göre[562], destekten yoksun kalan eşin kazanç elde edebileceği bir işte çalışarak zararını azaltıp azaltamayacağı, somut olaydaki kişinin nitelikleri göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Bir kadının, kocasının ölümünün ardından evlenme ihtimâlini kendi davranışları sebebiyle azaltması durumunda TBK m. 52 uygulanmalıdır[563]. Ayrıca, ölenin kazanma ihtimalinin yüksek bulunduğu bir davanın destek görenler tarafından takip edilmemesi ve talep konusu şeyin elde edilememesi de zararı azaltma külfeti kapsamında kendilerine kusur olarak yüklenebilir[564].

Kanaatimizce, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradıkları zararı azaltma külfetlerinin kapsamı, dürüstlük kuralları çerçevesinde her somut olayın özelliğinin göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Tazminatın amacı, istemde bulunan yakınların, desteğin ölümünden önceki yaşam standartlarının devam ettirilmesi ise de, israf olarak nitelendirilebilecek bir hayat tarzını sürdürme hâli, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz.

---

[558] **Gökyayla**, 267.
[559] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 629-630; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2349; **Baysal**, 237; **Altınok Ormancı**, 192.
[560] **Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 322; **Gökyayla**, 268-269; **Altınok Ormancı,** 192-193.
[561] **Altınok Ormancı,** 194.
[562] **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 66. **Altınok Ormancı,** 193-194.
[563] Ancak dul kadın, geçim sıkıntısı içine düştüğü için evlilik dışı bir ilişki yaşamaya razı olarak yeniden evlenme şansını azaltmışsa, TBK m. 52/I hükmü uygulanmaz (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu, Altop,** 642-643, dn. 47).
[564] **Serozan/Öz/Acar/Gökyayla/Develioğlu**, m. 53, N. 452; **Gökyayla** 268.

Destekten yoksun kalanların kusuru genellikle zararı azaltma külfetinin ihlâli şeklinde görülmekte ise de, istisnai olarak bu kimselerin zararın doğmasına etki etmesi de mümkündür[565]. Örneğin, trafik kazasında kocası ağır yaralanan kadın, yaşadığı şokun etkisiyle kocasını hastaneye kaldırmaz ve bu sebeple koca kan kaybından ölürse, kadının bu davranışı nedeniyle tazminattan indirim yapılabilir[566]. Ayrıca, destekten yoksun kalanların zararın doğmasına etki eden davranışlarına ilişkin olarak doktrinde verilen bir diğer yaygın örnek, ölen çocuğun ilerideki muhtemel desteğinden yoksun kalan kusurlu ana babanın tazminat taleplerinde indirime gidilmesi hâlidir[567]. Destekten yoksun kalma tazminatı talep eden ana baba, çocuğun zarar görmemesi için gereken dikkat ve özeni göstermemişlerse, bu kimseler kusurlu kabul edilerek TBK m. 52/I hükmü uyarınca talep ettikleri tazminatta indirime gidilebilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimsenin, zararın doğmasına neden olan ya da artmasına etki eden davranışı, kural olarak tazminat miktarında indirime sebep olmamakla birlikte, bu durumun, TBK m. 65 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde bir indirim sebebi oluşturabileceğinden bahsetmiştik[568]. Yansıma zararlarda da aynı esas geçerlidir. Örneğin, ayırt etme gücü bulunmayan bir çocuğun ölmesi durumunda, ileride ondan destek alması muhtemel olan kişilerin açacağı tazminat davasında, hâkim, çocuğun davranışları nedeniyle TBK m. 65 hükmüne dayanarak tazminat miktarında hakkaniyet gereği bir indirim yapabilir[569].

3. Eşyaya Verilen Hasar Sonucunda Oluşan Maddi Zararın Tazmininde

Zarar görene ait bir eşyanın hasar görmesi bakımından da zarar görenin birlikte kusuru ya da zararı arttırmama külfetine aykırı davranışı, tazminatta indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir. Eşyaya ilişkin zararlarda alınması gereken makul önlemlerin başında eşyanın onarımı ve ikame eşya temini gelmektedir[570]. Bazı durumlarda hasar gören eşyanın kullanımından kaçınmak da alınması gereken makul önlemler arasında sayılmaktadır[571].

---

[565] **Nomer**, 129; **Baysal**, 236.
[566] **Gökyayla**, 268.
[567] **Gürsoy**, Destekten Yoksun Kalma, 175; **Nomer**, 129; **Baysal**, 236-237; **Gökyayla**, 267 vd.
[568] Bkz. §7. II. A. 4.
[569] **Nomer**, 129; **Çakırca**, Yansıma, 147.
[570] **Staudinger/Höpfner** (2021) BGB § 254, N. 88-89; **Luterbacher**, N. 193; **Eber**, Erman BGB, Kommentar, § 254 BGB, N. 68; **Altınok Ormancı**, 194 vd.; **Baysal**, 239-240; **Kurt**, 794.
[571] **Altınok Ormancı**, 197.

Ayrıca, eşyaya ilişkin zararlarda sigorta yaptırmak, zararın artmasını önlemek için alınması gereken önlemler arasındadır[572].

Eşyaya gelen zarar daha da artmadan o şeyin onarılması, zarar görenin alması gereken makul önlemlerdendir. Zira, hasara uğrayan eşyanın onarılmaması, sonradan daha büyük zararların ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, yapılan temizlik sırasında evindeki tuvalet borularından biri zarar gören bir kişi, bu boruyu tamir ettirmeden tuvaleti kullanmaya devam eder ve bir süre geçtikten sonra bu borunun patlaması sonucu tuvaleti su basarsa, bu kişi kendisine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek zararının artmasına yol açmış olur. Onarımın gecikmesinde zarar görenin kusuru bulunuyorsa, gecikme nedeniyle artan masrafların zarar verenden talep edilmesi mümkün değildir[573]. Zarar gören, hasar gören eşyasını tamir ettirmek için yaptığı masrafları zarar verenden talep edebilir[574]. Zarar görenin, eşyasını eski hâline getirmek için harcamış olduğu emek, malvarlığında herhangi bir eksilmeye yol açmadığı için, bunun karşılığı zarar verenden talep edilemez; ancak zarar gören, bu süreçte uğradığı gelir kaybının tazminini isteyebilir[575].

Hasar gören eşya onarılamaz hâldeyse, zarar görenin ikame bir mal edinmesi de zararı arttırmama külfeti kapsamında alabileceği önlemler arasındadır[576]. Örneğin işyerindeki baskı makinası hasar gören bir kimsenin, zararının daha da artmaması için yeni bir makine kiralayarak üretimin devamını sağlaması gerekmektedir. Aksi hâlde, makinasının uğradığı zararın yanı sıra bu sürede üretim yapamadığı için kazanç kaybına da uğrayacağından, zararı artacaktır.

İkame eşya kullanımının sıklıkla görüldüğü durumlardan biri, aracı hasar gören bir kimsenin araba kiralamasıdır. Hasara uğrayan eşyanın bir araba olması durumunda, aracın onarımı ya da yenisinin temin edilmesi süresince kiralık araç masraflarının karşı taraftan istenip istenemeyeceği konusu önem kazanmaktadır. Somut olayın koşulları değerlendirildiğinde, aracı hasara uğrayan kimsenin ikame bir araç kiralaması makul bir önlem olarak nitelendirilebiliyorsa, hasar gören aracın onarımı ya da yeni araç temini sürecinde araç kiralama bedelinin tazmini karşı taraftan talep edilebilir[577]. Zarar gören, bu

[572] **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 47.
[573] **Baysal**, 240; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 266; **Nomer**, 47.
[574] **Nomer**, 46.
[575] **Nomer**, 46; **Baysal**, 240.
[576] **Baysal**, 240; **Nomer**, 46; **Kurt**, 794.
[577] **Weber**, 164; **Altınok Ormancı**, 196; **Kurt**, 794.

süreyi mümkün olduğunca kısa tutmaya çalışmalıdır[578]. Ayrıca, tazminatın amacı zarar görenin kazadan önceki durumundan daha iyi bir duruma getirilmesi olmadığından, hasar gören araç ile aynı sınıfta bulunan bir ikame araç seçilmesi gerekmektedir[579]. Sadece mesleki ihtiyaç bulunduğunun ileri sürülmesi, kiralık araç ihtiyacının ispatı için yeterli görülmemektedir; bunun yanı sıra, toplu taşıma araçlarının kullanımının aracı hasara uğrayan kimseden beklenemiyor olması gerekmektedir[580].

Zarar görenin hasara uğrayan eşyasına ilişkin alabileceği önlemlerden bir diğer, o şeyi kullanmaktan kaçınmasıdır[581]. Bazı durumlarda malın o hâliyle kullanılmaya devam edilmesi, zararın büyümesine yol açabilir.

Şeye ilişkin zararlarda zarar görenden beklenen, zararı en az seviyede tutmak için gereken önlemleri almasıdır. Bu kapsamda, zarara sebep olan olay bir süre devam ediyorsa, zarar görenin olayın gerçekleştiği esnada kendisinden beklenen önlemleri almaması da zararın artmasına sebep olabilir. Örneğin, evinde yangın çıkarılan bir kimsenin, yangının söndürülmesi için henüz olayın başlangıcında itfaiyeyi araması kendisinden beklenebilir[582]. Eğer zarar gören itfaiyeyi zamanında arasaydı evindeki bazı eşyaların kurtarılabileceği ve daha az zarar meydana geleceği tespit edilebiliyorsa, bu durumda zararının artmasında kendi kusurunun bulunduğu kabul edilir. Buna karşılık, eşyaya gelen zararı önlemek ya da azaltmak için bir kimsenin vücut bütünlüğünü ya da hayatını riske atması, kendisinden beklenemez[583]. Bu nedenle, evinden yangın çıkan bir kimsenin evdeki eşyaları kurtarmak amacıyla evin içine girmesi, makul önlemler kapsamında değerlendirilemez.

IV. MANEVİ ZARARIN TAZMİNİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

Bir kimsenin kişilik değerlerinde, iradesi dışında meydana gelen eksilme, manevî zararı ifade etmektedir[584]. Kişilik hakkı ise, kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, isim ve resmi, özgürlükleri, ticarî itibarı gibi değerlerden meydana gelmektedir[585]. Manevi zarar, maddi zarar ile birlikte doğabileceği gibi tek başına da doğabilir. Maddi ve

[578] **Weber**, 164.
[579] **Altınok Ormancı**, 196-197; **Kurt**, 795.
[580] **Weber**, 164.
[581] **Altınok Ormancı**, 197.
[582] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 117-118.
[583] **Oftinger**, 267.
[584] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1653; **Gümüş**, Borçlar Genel, 533.
[585] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1654; **Ünal**, Manevi Tazminat, 412-413; **Gümüş**, Borçlar Genel, 533.

manevi tazminat talepleri, ayrı ayrı ileri sürülür ve birbirinden bağımsız olarak hesaplanır. Manevi zarar, maddi zarar gibi parayla ölçülemediği için manevi tazminatın hesaplanması değil takdir edilmesi söz konusudur[586].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin önceki kararlarındaki tutumu, zarar görenin kusurunun, zarar verenle eşit ya da ondan daha ağır olduğu hâllerde manevi tazminata hükmetmeme yönündeydi[587]. Ayrıca manevi tazminatta, zarar görenin kusurunun değerlendirilmesi bakımından, maddi tazminattan farklı bir tutum izlenmekteydi. Şöyle ki, maddi tazminatta, zarar görenin kusurlu olduğu hâllerde, kusur dereceleri göz önünde bulundurularak sorumluluk taraflar arasında paylaştırılmakta iken; manevi tazminatta, zarar gören aleyhine daha katı bir tutum izlenerek ancak zarar görenin kusurunun tahrik edici nitelikte ya da daha baskın olmadığı durumlarda manevi sorumluluğun paylaştırılması yoluna gidilmekteydi[588]. İsviçre Federal Mahkemesi, sonraki kararlarında bu tutumunu değiştirerek, zarar görenin kusuru zarar verenin kusuruna eşit hatta ondan daha ağır olsa dahi manevi tazminata hükmetmiştir[589].

Doktrindeki hâkim görüş, zarar görenin kusurunun manevi zararın tazmininde de dikkate alınacağı yönündedir[590]. Bedensel bütünlüğü zedelenen kimse lehine TBK m. 56/I hükmü kapsamında hükmedilecek tazminat miktarı, bu kimsenin zararın doğmasına ya da artmasına etki etmesi durumlarında, TBK m. 52/I uyarınca indirilebilir. Ayrıca, zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talepleri bakımından da ölen kişinin kusurunun bir indirim sebebi olarak dikkate alınacağı ileri sürülmektedir[591].

Maddi zararın tazmininde olduğu gibi manevi zararın tazmininde de zarar görenin nedensellik bağını kesecek yoğunluktaki davranışı, zarar vereni sorumluluktan kurtarır.

---

[586] **Gümüş**, Borçlar Genel, 538; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 782.
[587] Kararlar için bkz. **Ünal**, Manevi Tazminat, 424-425.
[588] **Ünal**, Manevi Tazminat, 425. Bunun nedeni, İsviçre hukukunda önceden manevi tazminatın maddi tazminata kıyasla ikincil bir rol oynadığının kabul edilmesidir (**Baysal**, 242).
[589] Kararlar ve açıklamalar için bkz. **Baysal**, 242.
[590] **Ünal**, Manevi Tazminat, 424; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 342; **Gürsoy**, Borçlar Genel, 340; **Gürsoy**, Manevi Zarar, 17; **Gümüş**, Borçlar Genel, 539. *Oğuzman/Öz*'e göre hâkim, manevi tazminatın takdirinde de zarar görenin birlikte kusurunu göz önünde bulundurur. Ancak maddi tazminattan farklı olarak, manevi tazminat davasında önce zararın belirlenmesi sonra tazminatın hesaplanması şeklinde iki aşama söz konusu olmadığı için, manevi tazminatın TBK m. 52/I uyarınca indirileceğinden de söz edilemez (**Oğuzman/Öz,** Cilt 2, N. 782).
[591] **Gürsoy**, Manevi Zarar, 17. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Kıraç Adır**, 163 vd. Yazara göre, ağır bedensel zarar hâlinde yakınların uğradığı manevi zarar, yansıma zarar niteliği taşımamaktadır. Bu durumda, doğrudan yakınların kişilik değerlerindeki eksilmenin giderilmesi söz konusudur. Bu sebeple, yakınların manevi zararının tazmininde, zarar görenin kusuru nedeniyle indirim yapılabilmesi için yakınlarının kusurlu olması gerekmektedir.

Dolayısıyla, manevi tazminatta da zarar görenin kusurunun, bir indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi için, zarar verenin davranışının önüne geçmemesi, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmaması gerekmektedir.

Manevi tazminat miktarının tespitinde, maddi tazminatta olduğu gibi az çok belirlenebilen bir zarar miktarına dayanma imkânı olmadığı için, hâkimin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır[592]. Kanaatimizce, zarar görenin ağır kusurlu olması hâlinde manevi tazminata hükmedilmeyeceği, zarar görenin ağır kusurlu olmasının, çoğu zaman nedensellik bağını keseceği gerekçesiyle, kabul edilebilir. Zarar görenin kusuru hâlinde manevi tazminatta indirim yapılması gerektiğine ilişkin doktrindeki hâkim görüş, yargı kararları tarafından da benimsenmiştir. Zira Yargıtay'a göre[593], "*Mücerret müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme durumu, manevi tazminata hüküm edilmesine engel değildir; ancak, müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme nispeti, manevi tazminat hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak derecede ağır ve büyük olursa, hâkim manevi tazminata hükmetmeyebilir."* Buna göre hâkim, zarar görenin kusuru böyle bir tazminatı haklı göstermeyecek kadar ağır nitelikteyse, tazminat talebini reddedebilir; ancak aksi hâlde birlikte kusur, tazminattan bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulmalıdır[594]. Benzer yönde, basın yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırı nedeniyle uğranılan manevi zararın giderilmesi istemiyle açılan bir davada Yargıtay[595], "*Dava konusu köşe yazısında yer alan sözler hukuka aykırı olup davacının kişilik haklarına saldırı oluşturacak niteliktedir. Ancak davalı yazarın, davacının kendisi ile ilgili olarak yazı yazan köşe yazarları hakkında bir televizyon kanalında yaptığı açıklamalarda söylediği sözleri aynen davacıya yönelterek davacıyı eleştirdiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacının haksız eylemi nedeni ile davaya konu köşe yazısının yazılmasına yol açtığı benimsenerek Borçlar Yasası'nın 44/1. maddesi uyarınca tazminat isteminin tümden reddedilmesi gerekir*." şeklinde hüküm kurarak davacının davranışının zararın doğmasının tek sebebi olduğundan hareketle tazminat talebini reddetmiştir.

[592] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 342.
[593] YİBGK. 22.6.1966 K. E. 1966/7 K. 1966/7 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 24.04.2023).
[594] **Ünal**, Manevi Tazminat, 426.
[595] Yarg. 4. HD. T. 18.1.2010 E. 2009/3599 K. 2010/218 (KBİBB. E. T. 10.08.2023).

§ 9. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLLERİNDE, SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN VE VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUKLARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

I. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. KUSURUN OYNADIĞI ROL BAKIMINDAN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUK İLE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Haksız fiil sorumluluğunda borç ilişkisi, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır[596]. Sorumluluğun bu türünde, herkese yüklenmiş olan objektif ve genel nitelik taşıyan bir yükümlülüğün ihlâli söz konusudur ve bunun tek sonucu, uğranılan zararın tazmin edilmesidir[597]. Buna karşılık, sözleşme sorumluluğunda sorumluluğun kaynağını, önceden kurulmuş olan sözleşmenin ihlâli oluşturmaktadır ve bu ihlâlin birincil sonucu, aynen ifa talebidir. Edimin yerine getirilemediği hâllerde ise aynen ifa talebinin yerini tazminat borcu almaktadır. Böylece, borcun yerine getirilememesinden doğan zararın tazmini istenerek borcun içeriği değişmiş olmaktadır[598].

Haksız fiil sorumluluğunda borçlunun tek yükümlülüğü, zarar görenin zararını tazmin etmektir. Oysa sözleşme sorumluluğunda alacaklı, tazminat talebinin yanı sıra, borçluyu ifaya zorlayabileceği gibi kanunda aranan şartların gerçekleşmesi hâlinde sözleşmeden dönebilir[599]. Sözleşmenin ihlâlinin sonuçları bakımından değerlendirildiğinde kusur unsuru, tazminat borcunda önem taşımaktadır. Sözleşmesel sorumluluğun diğer sonuçlarından olan aynen ifa talebi ve dönme hakkının kullanılması bakımından kusurun bir etkisi bulunmamaktadır[600].

TBK m. 112 uyarınca, *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* Kusur gerek haksız fiil sorumluluğunda gerek sözleşme

[596] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 440 vd.
[597] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 474; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 441.
[598] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3246; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 20, 854.
[599] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 474; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3226.
[600] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3228, N.

sorumluluğunda kurucu nitelik taşımakla birlikte[601], kusurun oynadığı rol bu iki kurum bakımından farklılık göstermektedir.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşme sorumluluğu arasındaki ilk fark, tarafların ispat yükü bakımından görülmektedir. Haksız fiil sorumluluğunda, zarar verenin kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışıyla zarar gördüğünü iddia eden kişi, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (TBK m. 50). Buna karşılık, sözleşmeden doğan sorumlulukta ise, zarar görenin, zarar verenin kusurunu ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira sözleşme sorumluluğunda, sözleşmeye aykırı davranan borçlu, kusurlu kabul edilmektedir. O yüzden sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun, kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak, borçlu aleyhine kusur karinesi getirilmiştir[602].

Haksız fiil sorumluluğu ve sözleşme sorumluluğu bakımından bir diğer fark, zamanaşımı süresinde görülmektedir. TBK m. 72/I uyarınca*, "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar"*. Buna karşılık, sözleşmeden doğan sorumlulukta zamanaşımını düzenleyen TBK m. 146 uyarınca, *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir."*

Son olarak, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk, haksız fiil sorumluluğunda ve sözleşmeden doğan sorumlulukta farklı esaslara tâbi tutulmuştur. Haksız fiilden doğan sorumlulukta, yardımcı kişinin kusuruna ilişkin TBK m. 66 uygulanmaktadır. Buna göre adam çalıştıran, çalıştırdığı kimsenin işin görülmesi sırasında üçüncü bir kişiye verdiği zararlardan kusursuz sorumludur; ancak gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir[603]. Sözleşmeden doğan sorumlulukta yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ise, TBK m. 116'da hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme uyarınca, borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcı kişinin işin görülmesi sırasında alacaklıya verdiği zararlardan sorumludur ve kendi kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz[604].

[601] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 460 vd.
[602] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3246.
[603] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1939; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 902; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 627.
[604] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1917; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 902; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 627-628.

Türk Borçlar Kanunu'nun 114/II hükmünde düzenlendiği üzere, haksız fiil sorumluluğunun tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeden doğan sorumluluk hâllerine de uygulanır. Sözleşmeye aykırılık hâllerinde zarar görenin kusuruna ilişkin özel bir düzenleme yer almadığı için, TBK m. 52 hükmü, bu tür aykırılık hâllerine de kıyasen uygulanır[605]. Bu noktada, sözleşme sorumluluğunun birden fazla sonucu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, haksız fiil hükümlerinin kıyasen uygulanması önem taşımaktadır. Zira, sözleşmeden doğan sorumluluk, alacaklı bakımından tazminattan başka talep hakları doğurduğu için, haksız fiilin tazminata ilişkin hükümlerinin, sözleşmeye aykırılığın tüm sonuçlarını kapsayacak şekilde uygulanması gerekir[606]. Diğer bir anlatımla, TBK m. 52 hükmü sözleşmenin ihlali hâllerine, sadece tazminattan indirim yapılmak suretiyle değil, aynı zamanda sözleşmenin ihlâlinin diğer sonuçlarına da etki edecek şekilde uygulanmalıdır. Örneğin alacaklının, borçluya yönelttiği ifa talebi ya da sözleşmeden dönme hakkı, kendi kusuru oranında sınırlandırılabilmelidir[607].

Alacaklının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayan kusurlu davranışı, TBK m. 52 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunu doğurur. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde alacaklının kusuru, haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, alacaklının zararın doğmasına etki etmesi ya da doğan zararın artmasına neden olması şeklinde iki türlü ortaya çıkabilir.

B. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIK NEDENİYLE DOĞAN ZARAR BAKIMINDAN ZARAR GÖRENİN KUSURU

1. Zarar Gören Alacaklının Zararın Doğmasına Etki Etmesi

Alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple sözleşmeden doğan borcun yerine getirilememesi, zarar görenin kusuru kapsamında değerlendirilir[608]. Alacaklının davranışı, sözleşmeye aykırılığın tek sebebi olarak kabul ediliyorsa, nedensellik bağının kesilmesinden dolayı borçlunun herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz[609]. Sözleşmedeki edimin

[605] **Guhl/Koller** § 31. N. 28; **Kessler**, BSK OR-I, Art. 44, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 852.
[606] **Baysal**, 282-283.
[607] **Baysal**, 283.
[608] **Baysal**, 291.
[609] Alacaklının temerrüdü, sözleşmeye aykırılığın tek sebebi olduğu için nedensellik bağını keser (**Baysal**, 293). Borçlunun borçlandığı edimi gereği gibi yerine getirebilmesi, alacaklının ifayı kabul etmesine ve bazı durumlarda ifaya katılmasına bağlıdır. Bazı durumlarda alacaklı kendi davranışıyla, borçlunun sözleşmeden

gereği gibi yerine getirilmesi alacaklının yapması gereken hazırlık işlemlerine bağlı ise ve borçlunun edimini ifa edememesi alacaklının kendisine düşen hazırlık işlemlerini yapmamasından kaynaklanmakta ise, bu durum edimin ifasını imkansızlaştırabilir[610].

Buna karşılık alacaklının davranışı nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmamışsa, borçlunun sorumluluğu devam eder ve sorumluluk taraflar arasında kusurları oranında paylaştırılır. Borcun yerine getirilememesinin tek nedeni alacaklının davranışı değilse, yani sözleşmenin ihlâli ile borçlunun davranışı arasında nedensellik bağı bulunuyorsa, TBK m. 52 hükmü kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır. Yargıtay, sözleşmenin ihlâlinde alacaklının da kusurunun bulunduğu durumlarda, borçlunun davranışı ve borcun yerine getirilememesine etki eden alacaklının davranışını göz önünde bulundurarak sorumluluğu taraflar arasında paylaştırmaktadır[611].

---

doğan edimini gerçekleştirmesini engelleyebilir. Bu durum özellikle alacaklı temerrüdünde görülmektedir. TBK m. 106/I uyarınca, *"Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur."* Bu hükümden hareketle, haklı bir sebep olmadan alacaklının ifaya katılmaktan ya da gereği gibi yapılan ifayı kabulden kaçınması veya edimin gerçekleşmesi için gerekli hazırlık fiillerini yapmaması, alacaklı temerrüdü olarak adlandırılır (**Eren**, Borçlar Genel, N. 3167; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 850). Alacaklı temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, alacaklının ifaya aktif ya da pasif bir şekilde katılması gerekmektedir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 3168 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 788-789). Alacaklı, borçlu tarafından yapılan edimin ifasını kabul etmez ya da ifanın tam ve gereği gibi gerçekleşmesi için kendisinden beklenen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, borçlunun edimini ifa etmesi mümkün olmaz. Alacaklının temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmez; borçlu tarafından kendisine gereği gibi önerilen edimi haklı bir sebep olmadan kabulden kaçınmış olması yeterlidir (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 841-842; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3183; **Gümüş**, Borçlar Genel, 785). Nitekim kanun koyucu, alacaklının temerrüde düşmesi için kusur değil "*haklı sebep*" ölçütünü tercih etmiştir. Alacaklı temerrüdü, sözleşmeye aykırılığın ve buna bağlı olarak zararın doğmasının tek nedeni olduğu için, nedensellik bağını keser (**Baysal**, 292 vd.).

610 Yarg. 15. HD. T. 25.1.2005 E. 2004/3633 K. 2005/228: *"İş sahibinin işin yapılacağı yeri, işin yapılmasına elverişli ve sorunsuz olarak yükleniciye teslim etmesi, öncelikle ifası gereken borcu gereğidir. Somut olayda, iş sahibi davacı öncelikli edimini gereği gibi ifa etmediğinden kusurludur. Davalı yüklenici, her ne kadar 25.4.2002 günlü ihtarı ile ediminin ifasına engel olan işlerin yapılması ve işin yapılacağı evin kendisine teslimini davalı iş sahibine bildirmiş ise de; yapılması olanaklı olan ve tabandaki ahşap döşemelerinin dışındaki diğer işleri yapmak için gerekli özeni göstermemiş ve kendi yarattığı güvene ve özen borcuna aykırı davranmış olmakla kusurludur. Sözleşmenin ifa ile sonuçlanması tarafların birbirlerine güven duymalarıyla olanaklıdır. İki taraf da, ortak kusurlarıyla aralarındaki sözleşmenin tamamen ifa olunmasını imkansızlaştırmışlardır."* (KBİBB. E. T. 24.10.2023).

611 Yarg. 11. HD. T. 13.6.2022 E. 2021/2845 K. 2022/4813: *"Dava, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olarak davacıya ait iki aracın kredi kartına tanımlanmasının yapılmaması ve OGS geçişleri sırasında tanımlı kredi kartından geçiş ücretlerinin tahsil edilememesi nedeniyle, davacının ödemek zorunda kaldığı cezalı geçiş bedellerinin tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki sözleşmede davalının davacıya ait kredi kartına davacının araçlarına ait OGS geçiş sistemini tanımlaması gerekirken, 2 adet araç için tanımlama yapılmaması sözleşmenin karakteristik ediminin ifasının yapılmaması nedeniyle davalının asli kusurlu olduğunu göstermektedir. Davacının, kredi kartına OGS sistemi tanımlaması yapılmamasına rağmen 100 üzerinde kaçak geçiş yapması, kendisine davalı tarafından gönderilen SMS'teki uyarıyı fark etmemesi nedeniyle kaçak geçişlerin meydana gelmesinde eşit derecede müterafik kusurlu olduğu değerlendirilerek davalının bu kusur durumuna göre davacının ödemek zorunda kaldığı cezalardan sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde hatalı değerlendirmeye dayalı olarak karar verilmesi isabetli olmamış olup, bu nedenle kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir."* (KBİBB. E. T. 24.10.2023).

Ayrıca Yargıtay, borçlu konumundaki davalının tacir olduğu durumlarda, davacı alacaklının birlikte kusuru nedeniyle daha az oranda indirim yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda[612] davacı şirket, kurduğu alışveriş merkezi için özel hat tesis edilmesi talebiyle davalı şirkete başvurmuş ve yapılan abonelik sözleşmesiyle özel hat satın almıştır. Bedelini ve vergilerini ödediği hattı kullanarak alışveriş merkezinin reklam çalışmalarını başlattığını, ilgili telefon numarasının bulunduğu görsel tanıtımlar için reklam harcaması yaptığını, ancak hattının hizmete açılmayarak yaptığı başvuruların sonuçsuz kaldığı gerekçesiyle boşa giden reklam masraflarının tazmini için davalı şirkete maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi davayı kısmen kabul ederek maddi ve manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar vermiştir. Kararın taraflarca istinafa taşınması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi, sözleşmede belirtilen sürede bağlantının yapılıp yapılmadığını kontrol etmeden reklamlarında ilgili numarayı

[612] Yarg. 3. HD. T. 28.11.2022 E. 2022/6691 K. 2022/8991; Yarg. 4. HD. T. 22.11.2022 E. 2020/3326 K. 2022/15137: *"…davacının dava dışı Josef Huemer ile akdetmiş olduğu 25/06/2012 tarihli sözleşmenin 4. maddesiyle makinelerin sökme işlemlerinin ve kurulum masraflarını kendisinin sağlayacağını ve kendi çalışanları ile işlemi gerçekleştireceğini taahhüt etmiş iken, bu yükümlülüğünü yerine getirmediği, bu suretle zararın doğmasına ya da artmasına kendi kusurlu davranışıyla sebebiyet verdiği gözetilerek, davacının müterafik kusuru sebebiyle zarardan takdiren %30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği belirtilerek davanın kısmen kabulüyle 400.729,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş…"*; Yarg. 11. HD. T. 1.11.2022 E. 2021/6045 K. 2022/7629: *"…davalı bankanın eyleminin üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde olup, bankanın teminat mektubu düzenlemek suretiyle muhataba karşı borç altına girdiği, banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğinde olmayıp, somut olayda davalı bankanın davaya konu teminat mektubunu düzenledikten sonra muhatap yerine lehtara teslim etmesinin, yine aynı şekilde kendisine lehtar tarafından iade edilen teminat mektubuna ilişkin olarak durumu muhataptan sormak suretiyle işlem yapması gerekirken belirtilen hususların yerine getirilmemesinin davalı banka yönünden kusur teşkil etmekte olduğu ve davacı muhataba karşı tazminat sorumluluğunu gerektirdiği, davacının ise teminat mektubunun fotokopisini kabul etmesinin kendisi yönünden müterafik kusur oluşturduğu, her iki tarafın da somut olayda eşit oranda kusuru bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü, kısmen reddi ile 5.577,00 TL'nin 16/08/2007 tarihinden işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsil edilerek davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir."*; Yarg. 6. HD. T. 17.10.2022 E. 2022/3438 K. 2022/4764: *"Somut olayda, davalı yüklenicinin taraflar arasında geçerli bir sözleşme olmaksızın davacıya ait evi yıkması haksız eylem niteliğindedir. Davalı, geçerli bir sözleşme bulunmaksızın davacıya ait evi yıkmakta kusurlu ise de davacı arsa sahibinin de sahibi olduğu taşınmazın inşaat yapmaya elverişli olmadığını bilmesi gerektiği, göz önüne alındığından tarafların söz konusu evin yıkımında %50'şer oranından müterafik kusura sahip olduklarının kabulü gerekmektedir."*; Yarg. 4. HD. T. 3.3.2022 E. 2021/15161 K. 2022/3920: *"Davacıya ait iş yeri davalı ... nezdinde iş yeri paket sigorta sözleşmesi gereğince sigortalıdır. Davacı, davalıya sigortalı işyerini dava dışı şirkete kiralamış ve aşırı yağışlar sonucunda iş yerinin çatısının çökmesi nedeni ile hasar meydana gelmiştir. Taraflar arasında düzenlenen sigorta poliçesinin dahili su hasarı klozunda, yağmur sularının, kar veya buzların erimesi sonucu meydana gelen suların, çatı veya saçaktan sızması; su olukları veya yağmur derelerinin tıkanması veya taşması sonucunda bina içine giren suların doğrudan sebep olacağı zararların teminat kapsamına alındığı düzenlenmiştir. Davaya konu olayda çatının çökmesine neden olan olay da aşırı yağışlar olup zarar yağmur suyu neticesinde meydana gelmiştir. Bu nedenle talep teminat kapsamı içinde kalmaktadır… Diğer taraftan bilirkişi raporunda, yağan şiddetli yağmur nedeni ile binanın çatısında biriken suların, yağmur oluklarına sığmaması ve göllenmesi sonucu oluşan ağırlığı, çatı aşık ve profilinin taşıyamaması ve burkulması sonucu çatının içe doğru çökmesinden kaynaklandığı belirtildiğine göre bina maliki olarak davacının da sorumluluklarını yerine getirip getirmediği (çatının sağlamlığı, olukların yeterliliği) yönünden müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının da değerlendirilerek müterafik kusurunun bulunduğunun tespit edilmesi hâlinde tazminattan uygun oranda indirim yapılması gerekecektir."* (KBİBB. E. T. 17.12.2023).

kullanan davacının basiretli bir tacir gibi davranmadığını ve doğan zarara kendi kusuruyla neden olduğunu tespit ederek TBK m. 52/I hükmü uyarınca maddi tazminatta indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Karar taraflarca temyiz edilmiş olup Yargıtay, borçlu sıfatı taşıyan davalının tacir olması sebebiyle birlikte kusur indiriminin daha az bir oranda olması gerektiği yönünde karar vermiştir.

2. Zarar Gören Alacaklının Zararın Artmasına Neden Olması (Alacaklının Zararı Azaltma Külfeti)

a. Genel Olarak

Haksız fiil sorumluluğunda taraflar arasındaki hukukî ilişki, zararın meydana gelmesi ile kurulurken, sözleşme sorumluluğunda taraflar arasında ihlâl fiilinden önce kurulan bir hukukî ilişki bulunmaktadır. Bu nedenle, zararı azaltma külfeti, haksız fiil sorumluluğu bakımından zararın gerçekleşmesi anında doğarken, sözleşme sorumluluğunda durum bundan farklıdır. Zira, zararın gerçekleşmesinden önce taraflar arasında kurulmuş olan sözleşme dolayısıyla tarafların birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda doktrinde, alacaklı için, makul önlemleri alabilecek imkâna sahip olduğu anda zararı azaltma külfetinin başladığı kabul edilmektedir[613]. Bu nedenle alacaklının zararı azaltma külfeti, sözleşmenin ihlâlinden önceki ve sonraki süreci kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Alacaklının, şartların gerçekleşmesi hâlinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin borçlu ile müzakere etmesinin, sözleşmenin ihlalinden önce zararı azaltma külfeti kapsamında alabileceği önlemlerin başında geldiği kabul edilmektedir[614]. Aşırı ifa güçlüğü başlığı taşıyan TBK m. 138/I uyarınca, *"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine*

[613] **Baysal**, 307 vd.
[614] **Baysal**, 314 vd.

fesih hakkını kullanır." Sözleşmeye bağlılık ilkesi gereği alacaklı uyarlamayı kabul etmek zorunda olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşulların, edimin yerine getirilmesini aşırı derecede güçleştirmesi, edimin ifasında ısrar edilmesini dürüstlük kuralına aykırı hale getirir[615]. Bu nedenle, uyarlamanın şartları gerçekleştiği anda alacaklının zararı azaltma külfetinin doğacağı kabul edilmektedir[616].

Alacaklının, sözleşmenin ihlâl edilmesinden sonra da, meydana gelen sonucun ağırlaşmaması ve zararın artmaması için kendisinden beklenen makul önlemleri alması gerekmektedir. Aksi hâlde alacaklı, zararı arttırmama külfetinde aykırı davranması sebebiyle kusurlu kabul edilir ve TBK m. 52/I hükmü uyarınca tazminattan indirime gidilir. Haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, sözleşme sorumluluğunda da alacaklının alması gereken makul önlemlerin belirlenmesinde temel ölçüt, dürüstlük kuralıdır. Alacaklının alması gereken makul önlemlerin neler olduğu, her somut olaya göre dürüstlük kuralı çerçevesinde ayrıca değerlendirilmelidir. Sözleşmesel ilişki içinde bulunan tarafların birbirlerine karşı sadakat ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Alacaklının bu yükümlülükleri, sözleşme sorumluluğunda da devam etmektedir. Borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmemesi, alacaklının sadakat ve özen borcunu sona erdirmemektedir. Bu kapsamda, özellikle sözleşmenin ihlâli sonrasında alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları kullanırken, zararı azaltma külfetine uygun bir şekilde davranması gerektiği kabul edilmektedir[617].

b. Zararı Azaltma Külfetinin Alacaklıya Tanınan Seçimlik Haklara Etkisi

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali, çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Türk-İsviçre hukukunda, kusurlu ifa imkansızlığı (borcun hiç ifa edilmemesi), gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlali) ve temerrüt, sözleşmenin ihlaline yol açan başlıca hâller olarak kabul edilmektedir[618]. Kanun koyucu, her ihlal durumu için birbirinden farklı yaptırımlar öngörmüştür. Örneğin, kusurlu sonraki ifa imkansızlığının yaptırımı, tazminat olarak düzenlenmiş iken (TBK m. 112), karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde

[615] **Baysal**, 316.
[616] **Baysal**, 316. Böylelikle, henüz sözleşmenin ihlali gerçekleşmeden, yeni koşullar üzerinde anlaşılarak her iki tarafın da menfaati korunabilir. Sözleşmenin uyarlanması, borçlunun menfaatine olduğu kadar alacaklının da menfaatinedir. Zira, aksi takdirde, sözleşmedeki edim yerine getirilemeyeceğinden, alacaklının da bu sebeple uğrayacağı zarar artacaktır. Bu kapsamda kendisine uyarlama teklifinde bulunulan alacaklıdan, dürüstlük kuralı gereği, borçlunun bu teklifine ılımlı yaklaşması beklenebilir (**Baysal**, 318-319).
[617] **Baysal**, 325 vd.; **Altınok Ormancı**, 134 vd.
[618] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3251 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 799 vd.

borçlu temerrüdü için aynen ifa, tazminat veya sözleşmeden dönme şeklinde farklı yaptırımlar öngörülmüştür (TBK m. 125).

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda alacaklıya tanınmış seçimlik haklar bulunmaktadır. TBK m. 125 hükmü uyarınca temerrüde düşen borçluya karşı alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Ayrıca alacaklı, borcun ifası ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini derhâl bildirerek borcun yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı menfi zararın tazmini talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir.

TBK m. 114/II hükmü uyarınca, haksız fiile ilişkin esaslar uygun düştüğü ölçüde kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır. Bu doğrultuda, TBK m. 52/I'in sözleşmenin ihlaline de kıyasen uygulanması mümkündür. Haksız fiil sorumluluğunun tek yaptırımı tazminat olduğu için, zarar görenin kusuru, kanunun haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen kısmında, tazminatta bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Oysa sözleşmeye aykırılığın, tazminattan başka hukuki sonuçları da bulunmaktadır. TBK m. 114/II'te düzenlenen haksız fiile ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılığa "*kıyasen*" uygulanacağı hükmü, bu hükümlerin sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat dışındaki talepler bakımından da uygulanacağı şeklinde anlaşılmalıdır[619]. Bu nedenle, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynen ifa ve sözleşmeden dönme haklarının kullanılmasında da zarar görenin kusurlu davranışının zarara olan etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, TBK m. 52/I'de zarar görenin kusurlu davranışının tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesinin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. Aynı esastan hareketle, sözleşmenin ihlalinin diğer sonuçları bakımından da dürüstlük kuralı gerektirdiği ölçüde zarar görenin zararı azaltma külfetinin bulunduğu kabul edilmelidir.

Yargı kararlarında, alacaklının seçimlik hakkını kullanmada gecikmesinin ona kusur olarak yüklenemeyeceği kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay[620], *"...somut olaya bakıldığında; davacının zararın nedeni olan dairenin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına ve artmasına neden olduğu iddia ve ispat edilememiştir. Aksine; davacının 106/II. maddesindeki seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanılması onun yasal hakkı olup kınanacak bir davranış olarak*

[619] **Baysal**, 327.
[620] YHGK T. 26.3.1997 E. 1997/13-11 K. 1997/240 (KBİBB. E. T. 26.05.2023).

kabul edilemez. Dahası davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve dairenin teslîminde davalıyı duraksamaya düşürerek işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu da bunu doğrulamaktadır. Bu nedenlerle davacının BK'nun 44. maddesindeki özel hallere ilişkin bir eylemi bulunmadığı gibi yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur." ifadelerini kullanarak hüküm vermiştir. Kanaatimizce de seçimlik haklarını kullanmada geciken alacaklı her durumda kusurlu olarak nitelendirilemez. Zira, kanun koyucu, alacaklının aynen ifa talebini zamanaşımı süresi içinde her zaman ileri sürebileceğini belirtmiş, herhangi bir seçimlik hakkın kullanılmaması durumunda alacaklının aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep ettiğini kabul etmiştir[621]. Dolayısıyla, alacaklının herhangi bir seçimlik hak kullanma ve bunu bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay, seçimlik hakkını kullanmakta geciken alacaklının, borçluya zarar verme kastı ile hareket ettiği istisnai hâllerde, kusurlu olarak kabul edilebileceği görüşündedir[622]. Biz de bu görüşün yerinde olduğu kanısındayız. Borçluya tanınan seçimlik hakları kullanma yönündeki serbestlik kural olarak kabul edilmeli, her somut olay özelinde borçluya zarar verme kastı bulunup bulunmadığı ayrıca araştırılmalıdır. Örneğin, alacaklının uzun bir süre ifayı talep etmeyip borçluda sözleşmenin ortadan kalktığı kanısını uyandırdıktan sonra şartlar değişince talepte bulunması, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilebilir[623]. Alacaklının, borcun yerine getirilmemesinin üzerinden uzun bir zaman geçtikten sonra tazminat talep etmesinin hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilmesi için, borçluya zarar verme kastının bulunması gerekmektedir.

---

[621] YHGK T. 9.10.1991 E. 1991/15-340 K. 1991/467: *"Hukuk öğretisindeki yerleşmiş görüşe göre: Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi hâlinde, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme hâlinde (gecikmiş ifa) alacaklı, BK. 106/II'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımına (kural olarak 10 sene) içerisinde isteyebilir. Davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği (birinci seçimlik) yolunda bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karine yasa koyucunun alacaklının borcun ifasının ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyanını "her zaman" isteyeceğini kabul etmekle oluşmuştur."* (KBİBB. E. T. 26.05.2024).

[622] Yarg. 13. HD. T. 15.6.1995 E. 1995/5604 K. 1995/5908: *"Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır, bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek asla mümkün değildir. Bu bağlamda, sözleşme ilişkilerinde, alacaklının, borcun uzun süre yerine getirmemesine göz yumması hâlinde sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi düşünülebilir. Ancak bu yolla seyrek ve olağanüstü hallerin varlığı hâlinde başvurulması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Özellikle bu durumlarda, uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır."* (KBİBB. E. T. 28.11.2023).

[623] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 501-502.

Alacaklının sahip olduğu tazminat dışındaki seçimlik hakların zararı azaltma külfeti kapsamında sınırlandırılması, alacaklının daha makul olan diğer seçimlik hakka yönlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır[624]. Bu noktada, alacaklının zararı azaltma külfetinin her bir seçimlik hak üzerindeki etkisinin ayrıca incelenmesinde yarar vardır.

İlk olarak, zararı azaltma külfeti, alacaklının aynen ifa talebine etki edebilir. Doktrinde, aynen ifa talebinde bulunmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu hâllerde, bu talebin reddedileceği kabul edilmektedir[625]. Örneğin, aynen ifada bulunmak, borçlu bakımından, alacaklının bundan sağlayacağı menfaate kıyasla aşırı bir zarar doğuracaksa, aynen ifa yerine tazminata hükmedilebilir[626]. Aynen ifa talebinde ısrarcı olunması, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, alacaklıya tanınan bu hakkın sınırlandırılması gerekir[627]. Eğer alacaklının aynen ifa talebinde bulunmakta hukuki bir yararı bulunmuyorsa ya da alacaklının aynen ifadan sağlayacağı yarar ile borçlunun durumu arasında aşırı bir oransızlık bulunuyorsa, aynen ifa talep etme hakkının kötüye kullanıldığı söylenebilir[628].

İkinci olarak, alacaklının zararı azaltma külfeti, sözleşmeden dönme hakkının da sınırlanmasına yol açabilir[629]. Dönme hakkı, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede, henüz yerine getirilmemiş olan borçları ortadan kaldıran, önceden yerine getirilen edimlerin ise iadesini sağlayan yenilik doğuran bir haktır[630]. Gerek yenilik doğuran bir hak olması, gerekse ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması dolayısıyla dönme hakkının sınırlarının doğru tespit edilmesi önem taşımaktadır. Doktrinde, sözleşmeden dönmenin son çare olarak

---

[624] **Baysal**, 330.
[625] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 407; **Başoğlu**, 149; **Baysal**, 335; **Altınok Ormancı,** 139 vd.
[626] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 407-408; **Başoğlu**, 149; **Altınok Ormancı**, 142.
[627] **Baysal**, 334 vd.; **Altınok Ormancı**, 142; **Başoğlu**, 151.
[628] Hangi hâllerde aynen ifa talebinde bulunmanın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun tespitinde Unidroit ilkelerinden yararlanılabilir. Unidroit ilkelerinin 7.2.2. maddesinde para borcu dışındaki borçların ifasında alacaklının aynen ifa talebinde bulunabilmesinin sınırları çizilmiştir. Buna göre, *"Para borcu dışındaki bir borcu yerine getirmekle yükümlü olan taraf, ifada bulunmazsa, karşı taraf ifayı talep edebilir; meğerki, (a) ifa, hukuken veya fiilen olanaksız olsun; (b) ifa ya da ilgiliyse, cebri icrası makul olmayacak derecede külfetli veya masraflı bulunsun; (c) ifayı talep etme hakkı olan taraf, edimi makul olarak başka bir kaynaktan elde edebilsin; (d) ifa münhasıran kişisel bir nitelikte olsun veya (e) ifayı talep etme hakkı olan taraf, ifada bulunulmadığını öğrenmesinden ya da öğrenmiş olmasının gerekmesinden sonra makul bir süre içinde ifa isteminde bulunmasın."* Benzer bir düzenlemenin yer aldığı PECL m. 9.102 hükmünde de zarar görenin, para borcu dışındaki bir borcun ihlali hâlinde aynen ifa talep edebileceği düzenlenmiş, ancak belirli hâllerde aynen ifa talebinde bulunmanın mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Buna göre*, "(a) ifanın hukuka aykırı veya imkânsız olması, (b) ifanın borçlunun makul olmayan çaba ve harcama yapmasına neden olması, (c) ifa kişisel nitelikteki hizmetlerin veya işin sağlanmasından ibaretse veya kişisel bir ilişkiye bağlıysa, (d) ifayı talep etme hakkı olan tarafın, edimi makul olarak başka bir kaynaktan elde edebilecek olması"* hallerinde ve "*sözleşmeye aykırılığı öğrenen veya öğrenilebilecek durumda olan alacaklının makul bir süre içinde talepte bulunmaması*" hâlinde aynen ifa hakkının kullanılamayacağı belirtilerek bu hakkın sınırı çizilmiştir.
[629] **Baysal**, 345 vd.; **Altınok Ormancı,** 147.
[630] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3501; **Serozan**, 209; **Buz**, 65.

başvurulması gereken bir yol olduğu kabul edilmektedir[631]. Türk hukukunda, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu yola son çare olarak başvurulması gerektiği bazı hükümlerde açıkça görülmektedir. Örneğin, satış sözleşmesinde alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarının düzenlendiği TBK m. 227/IV uyarınca, "*Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir."* Eser sözleşmesinde eserdeki ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumlu tutulduğu durumlarda işsahibinin seçimlik hakları arasında dönme, kanun koyucu tarafından yine son çare başvurulacak bir yol olarak düzenlenmiştir. Zira, TBK m. 475/I hükmünde *"Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa"* işsahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür. Aşırı ifa güçlüğü hâlinde sözleşmenin değişsen şartlara uygulanmasına ilişkin olarak kanun koyucu, TBK m. 138'de *"...borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir."* demek suretiyle önceliğin, sözleşmenin ayakta tutularak uyarlanması olduğunu, bunun mümkün olmadığı hâllerde sözleşmeden dönmenin söz konusu olabileceğini hükme bağlamıştır. Bütün bu düzenlemeler, kanun koyucunun sözleşmeden dönmeye ilişkin yaklaşımını ortaya koymaktadır. Her ne kadar hukukumuzda dönme hakkının sınırını çizen genel bir düzenleme bulunmamakta ise de, doğurduğu sonuçların ağırlığı nedeniyle dönme hakkı Türk Borçlar Kanunu'nda son çare başvurulacak bir yol olarak düzenlenmiştir.

Dönme hakkının sınırlarının tespitinde tarafların menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, sözleşmeden dönmenin amacı, sözleşmenin kurulmasından önceki durumun mümkün olabildiğince yeniden sağlanmasıdır[632]. Alacaklının sözleşmeden dönmesi, somut olayda doğan zararın artmasına neden olacak ise, alacaklının aynen ifa talebine yönlendirilmesi mümkün olabilir[633]. Örneğin, sözleşmedeki ihlalin kolayca telafi edilebilir nitelikte olduğu hâllerde alacaklının, sözleşmenin sona erdirilmesi yönündeki ısrarında, korunması gereken herhangi bir menfaat bulunmamaktadır[634].

TBK m. 125/II hükmünde, *"Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın*

[631] **Serozan**, 208.
[632] **Buz**, 78.
[633] **Baysal**, 330.
[634] **Baysal**, 346; **Altınok Ormancı**, 149.

giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir." denilmek suretiyle dönme hakkını kullanmak isteyen alacaklının, bu iradesini, borçluya derhal bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, dönme hakkının sınırlarından birini de süre oluşturmaktadır. Dönme hakkı, makul süre içinde kullanılmazsa, bu gecikme satıcıda artık bu hakkın kullanılmayacağı yönünde haklı bir güven yaratabilir ve dönme hakkının bundan sonra kullanılması borçluyu eskisine kıyasla daha ağır bir yük altına sokabilir. Böyle hâllerde, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde dönme hakkının etkisizleşeceği kabul edilmektedir[635]. Yargıtay, dönme hakkının makul sürede kullanılmaması durumunda bu gecikmeyi tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurmaktadır. Buna göre, dönme hakkını kullanmakta geciken alacaklının menfi zararının hesaplanmasında, dönme beyanında bulunduğu tarihteki değer değil, aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerektiği tarihteki rayiç değer esas alınmaktadır[636].

Hangi ağırlıktaki ifa engelinin sözleşmeden dönmeyi haklı göstereceği konusuna ilişkin CISG hükümlerinden de yararlanılabilir. İlk olarak, CISG m. 49'da sözleşmeden dönülebilmesi için sözleşmenin ihlalinin esaslı nitelikte olması gerektiği kabul edilmiştir. Esaslı ihlal ise CISG m. 25'te, "*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun"* şeklinde tanımlanmıştır. CISG'de sözleşmeden dönülebilmesi için ihlalin esaslı olması şartının düzenlendiği bu hüküm, TBK m. 227 hükmü ile benzer niteliktedir[637].

Türk hukukunda dönme hakkının kullanılmasının diğer bir sınırı olarak kabul edilen süreye ilişkin genel bir hüküm CISG'de yer almamaktadır. Ancak CISG'de dönme hakkının

---

[635] **Serozan**, 215.

[636] Yarg. 15. HD. T. 15.11.1993 E. 1993/854 K. 1993/4589: "*Taraflar arasındaki 26.4.1989 tarihli sözleşmeye göre, imalat ve montaj işinin 15.4.1990 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Bu tarihte sözleşmeye uygun olarak iş yapılıp teslim edilmediği hâlde davacı, 25.10.1990 tarihine kadar gereksiz yere bekleyerek bu tarihte davalıya ihtar çekmiş ve ondan sonra gene gereksiz yere bekleyerek 11.12.1990 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Bundan sonra, kalan işi başkasına yaptırmıştır. Sözleşme feshedildiğine göre, davacı sadece bu yüzden uğradığı menfi zararlarını isteyebilir. Bu durumda, iki ihale arasındaki fark, yani feshedilen sözleşmedeki fiyat ile sonradan yaptırılan iş dolayısı ile ödenen fiyat arasındaki fark talep edilemez, ancak feshedilen sözleşme tarihinde, yani 26.4.1989 tarihinde serbest piyasa fiyatına göre bu imalat ve montaj işinin kaça yapılabileceği saptanıp, teslim tarihi olan 15.4.1990 tarihinden itibaren makul bir bekleme süresi eklenerek bulunacak tarihte aynı işin serbest piyasa fiyatlarına göre kaça yaptırılabileceği tespit edilip, bu iki fiyat arasındaki farka menfi zarar olarak hükmedilmesi gerekirken, mahkemece sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile tespit tarihindeki fiyat arasındaki farka hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır."* (KBİBB. E. T. 05.12.2023).

[637] **Serozan**, 211; **Altınok Ormancı,** 148-149.

kullanılacağı süre bakımından, malın teslim edilmemesi ve geç de olsa alıcıya teslim edilmesi halleri için farklı esaslar öngörülmüştür. İlk olarak, teslimden önce sözleşmeyi ortadan kaldırmaya ilişkin bildirimin yapılması için herhangi bir süre sınırı öngörülmemiştir. CISG m. 49/1 hükmüne göre, vade dolmasına rağmen satıcının malı teslim etmemesi durumunda alıcı, dönme hakkını dilediği zaman kullanabilir. Satıcının malları teslim etmemesine alıcı uzun süre tepki göstermezse, dürüstlük kuralı uyarınca tazminat hakkını kaybetse bile sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kaybetmez[638]. Ayrıca alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kullanmakta gecikmesi satıcının ödemesi gereken tazminat miktarını artırsa bile, alıcının ikame sözleşme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır[639]. Satıcı, alıcının ifayı kabul edip etmeyeceğini öğrenmek için alıcıdan talepte bulunursa ve alıcı makul bir süre içinde kendisine yanıt vermezse, satıcı, talebinde belirttiği süre içinde edimini ifa edebilir; bu süre zarfında alıcının başka bir hukuki imkana başvurması mümkün değildir (CISG m. 48/2). Bu hüküm ile alıcı, makul süre içerisinde sözleşmeyi ortadan kaldırmaya yöneltilmektedir[640]. Zira aksi takdirde alıcı, belirtilen süre içinde gerçekleşen ifayı kabul etmek zorunda kalır. Ancak ifa imkansızlığına rağmen alıcının, fiyatların yükseldiği bir dönemde zararı arttırmak amacıyla sözleşmeyle bağlı kalmakta ısrarcı olursa, zararı azaltma külfetine aykırı davranmış kabul edilir[641]. İkinci olarak, satılan malın geç de olsa alıcıya teslim edilmesi hâlinde dönme hakkının, teslimin öğrenilmesinden sonra makul bir süre içerisinde kullanılması gerektiği CISG m. 49/2'de hükme bağlanmıştır. Aynı hükümde, ihlalin geç teslimden başka bir duruma dayanması hâlinde (örneğin sözleşmeye uygun olmayan malların gönderilmesi) de dönme hakkının bu durumun öğrenilmesinden sonra makul bir süre içinde kullanılması gerektiği öngörülmüştür. Makul süre, somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilir[642].

CISG'de yer alan, ihlalin esaslı olması ve dönme hakkının makul sürede kullanılmasından başka, satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesi (m. 48/I), alıcının satıcıya edimini ifa etmesi için makul nitelikte ek bir süre tanıması (m. 47/I), alıcının teslim aldığı

[638] **Schlechtriem/Schwenzer**, Müller-Chen, m. 49, N. 27.
[639] **Schlechtriem/Schwenzer**, Müller-Chen, m. 49, N. 27.
[640] **Schlechtriem/Schwenzer**, Müller-Chen, m. 49, N. 27.
[641] **Schlechtriem/Schwenzer**, Müller-Chen, m. 49, N. 27.
[642] Sürenin makul olup olmadığının tespiti hakkında ayrılı açıklama için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Müller-Chen, m. 49, N. 28 vd.; **Serozan**, 215.

malı teslim aldığı zamandaki durumuna yakın bir şekilde iade etmesinin imkansızlaşması (m. 82/I) gibi hükümler de alıcının dönme hakkını sınırlar niteliktedir[643].

C. SÖZLEŞMENİN İHLÂLİNDE ZARARI AZALTMA KÜLFETİNİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

1. Genel Olarak

Zarar görenin kusuruna ilişkin olarak getirilen genel nitelikteki düzenlemenin (TBK m. 52/I) yanı sıra, zararı azaltma külfeti bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda bazı özel düzenlemeler de bulunmaktadır. İfa imkansızlığının düzenlendiği TBK m. 136 hükmünde, borçlunun zararı azaltma külfetine yer verilmiştir. Ayrıca kanun koyucu, satış, kira, eser ve hizmet sözleşmelerinde alacaklının zararı azaltma külfetini açıkça hükme bağlamıştır. Her ne kadar bu düzenlemeler bulunmasaydı dahi dürüstlük kuralı çerçevesinde ve TBK m. 114 hükmünün göndermesiyle, TBK m. 52 sözleşmelere de uygulanabilecek idiyse de, konunun taşıdığı önem nedeniyle kanun koyucu, ilgili sözleşme türlerinde açık bir düzenleme getirme ihtiyacı duymuştur.

2. İfa İmkânsızlığı Hâlinde Bildirme ve Önlem Alma Yükümlülüğü

Zararı azaltmaya yönelik özel bir düzenleme, borçlunun sorumlu olmadığı nedenlerle ifanın imkansızlaşmasını öngören TBK m. 136/III'te yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, *"Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür."* Böylelikle, kanun koyucu borçluyu, kusursuz ifa imkânsızlığını alacaklıya bildirmekle ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlü kılmıştır.

Her ne kadar TBK m. 136/III ve TBK m. 52/I hükümleri zararı azaltmaya ilişkin davranışlara yönelik olarak getirilmişse de, iki hükmün getiriliş amacı ve niteliği birbirinden farklıdır. TBK m. 136/III'te özellik taşıyan ilk durum, zararın artmaması için önlem alınmasının zarar görenden değil zarar verenden beklenmesidir. Ayrıca zararı azaltmaya ilişkin davranışlar, borçlu bakımından bir külfet değil yükümlülük niteliği taşımaktadır. Zira bu hâlde zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlu, tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır. TBK m. 52/I'de düzenlenen zararı azaltma külfetinin, TBK m. 136/III

[643] **Serozan**, 209 vd.

hükmü ile borçlunun sorumluluğuna sebep olan bir yükümlülük hâline getirildiği söylenebilir[644].

İfa imkansızlığı hâlinde bildirme ve önlem alma yükümlülüğü, sadece borçlu için değil alacaklı için de bulunmaktadır[645]. Borçlunun uyarma külfeti Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına karşılık, alacaklının borçluyu uyarma külfetine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır[646]. Ancak dürüstlük kuralı gereği TBK m. 136/III'te düzenlenen uyarma külfetinin sadece borçlu için değil, aynı zamanda alacaklı için de bulunduğunu kabul etmek gerekir. Buna göre alacaklı, borca aykırılığın meydana gelmesinden sonra zararın artmaması ve sonuçların ağırlaşmaması için sahip olduğu bilgileri borçlu ile paylaşmalıdır.

3. Satış Sözleşmesinde Alıcının Zararı Azaltma Külfeti

Satış sözleşmesinde hem alıcının hem de satıcının zararı azaltma külfeti bulunmaktadır. Taraflardan birinin edimini ifada temerrüde düşmesi hâlinde karşı tarafın ikame sözleşme yapması, zararı azaltma külfetinin özel olarak düzenlendiği hâllerden biridir. TBK m. 213/ II hükmü ile, satıcının temerrüdü hâlinde alıcıya; TBK m. 236/II hükmü ile ise, alıcının temerrüdü hâlinde satıcıya ikame sözleşme yapma imkânı getirilmiştir.

Satıcının satılanın zilyetliğini devretme borcunu yerine getirmemesi ya da alıcının satış bedelini ödemede temerrüde düşmesi hâllerinde uğranılan zararın hesaplanmasına ilişkin iki farklı yöntem öngörülmüştür. İlki, ikame bir sözleşmenin yapılmasına dayanan somut yöntem (TBK m. 213/II, m. 236/II), ikincisi ise bu sözleşme yapılmaksızın malın piyasa fiyatı üzerinden zararın hesaplanması esasına dayanan soyut yöntemdir (TBK m. 213/III, m. 236/III).

Türk Borçlar Kanunu m. 213/II'de düzenlenen somut yöntem ile alıcının ikame alım yaparken dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiği düzenlenmiştir. İlgili hüküm

644 **Altınok Ormancı**, 241-242.
645 **Baysal**, 308 vd.; **Altınok Ormancı**, 241.
646 Bildirim ve uyarma külfeti, sigorta sözleşmeleri bakımından da önem taşımaktadır. TTK m. 1446'da sigorta ettirene, riskin gerçekleştiğini öğrendiği anda gecikmeksizin durumu sigortacıya bildirme yükümlülüğü getirilmiştir ve bildirimin hiç veya zamanında yapılmaması nedeniyle tazminat bedelinde bir artış olması hâlinde kusur oranına göre tazminatta ya da bedelde indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde, TTK m. 1475'te de sigortalının sorumluluğunu gerektiren olayları 10 gün içinde ve kendisine yöneltilen istemi ise derhâl sigortacıya bildirmekle yükümlü olduğu, bildirim yükümlülüğünün ihlâli hâlinde tazminatta veya bedelde indirime gidileceği hükme bağlanmıştır.

uyarınca, *"Satıcı borcunu ifa etmezse alıcı, satış bedeli ile kendisine devredilmeyen satılanın yerine, bir başkasını satın almak için dürüstlük kurallarına uygun olarak ödediği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir."* Benzer bir düzenlemenin yer aldığı CISG m. 75 uyarınca ise, *"Sözleşmenin ortadan kaldırılması hâlinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir."* Anılan hükümlerden de anlaşıldığı üzere, ikame mal alımının, satıcının da menfaatleri gözetilerek yapılması ve makul nitelikte olması gerekmektedir[647].

Satıcının temerrüdü hâlinde zararın somut yönteme göre hesaplanmasında alıcı, bir başkasını satın almak için dürüstlük kuralına uygun olacak şekilde yapmak zorunda kaldığı ikinci satışta ödediği bedel ile gerçekleştirilmeyen ilk satış arasındaki farkı talep edebilir. İkinci satışta ödediği bedel ile ilk satış sözleşmesinde satıcı borcunu yerine getirseydi ödeyeceği bedel arasındaki fark, somut yönteme göre alıcının zararını oluşturmaktadır[648]. Burada dikkat çeken husus, kanun koyucunun, alıcının ikame satış sözleşmesi yaparken dürüst davranması gerektiğini öngörmesidir. İkame alımın makul nitelikte ve iyiniyetle yapılmış kabul edilebilmesi için alıcının, ifa yeri ve ifa zamanındaki koşullara göre satıcıya en az zarar verecek şekilde bu alımı yapmış olması gerekir. Alıcıdan beklenen, özenli davranarak zararı azaltmaya elverişli koşullarda alım yapmasıdır[649]. Kural olarak, ikame malın, borcunu ifada temerrüde düşen satıcının edimi ile aynı türde ve nitelikte olması gerekir[650]. Böylelikle alıcının, uğradığı zararı, daha yüksek bedelli ikinci bir sözleşme yaparak arttırması, kanun koyucu tarafından engellenmiştir. Zira hâkim, ikame sözleşmede kararlaştırılan bedelin fazla olduğu kanaatine varırsa, bu bedeli indirme yetkisine sahiptir[651].

TBK m. 213'teki şartlar gerçekleşmiş olsa dahi alıcı, genel hükümler kapsamında zararını talep edebilir[652]. Sözleşme sorumluluğunun doğurduğu birincil talep hakkı, aynen ifadır. Bu sebeple, kural olarak satıcının temerrüde düşmesi üzerinde alıcı, ikame sözleşme yapmak zorunda değildir. Ancak bazı durumlarda aynen ifada ısrarcı olunarak ikame

[647] **Altınok Ormancı**, 202 vd.
[648] **Eren**, Borçlar Özel, N. 222; **Aral/ Ayrancı**, 138; **Yavuz/Acar/Özen**, 61-62.
[649] **Eren**, Borçlar Özel, N. 222; **Aral/Ayrancı**, 138; **Yavuz/Acar/Özen**, 62.; **Baysal**, 354.
[650] **Aral/Ayrancı**, 139; **Yavuz/Acar/Özen**, 62; **Altınok Ormancı**, 203.
[651] **Eren**, Borçlar Özel, N. 223; **Aral/Ayrancı**, 139.
[652] **Aral/Ayrancı**, 137; **Yavuz/Acar/Özen**, 62.

sözleşme yapmaktan kaçınılması, uğranılan zararın artması sonucunu doğurabilir. Bu noktada, tarafların menfaatlerine uygun bir çözüm bulunabilmesi için zararı azaltma külfetinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir[653]. Satıcının temerrüde düşmesi üzerine alıcı, malı başka bir yerden satın alarak zararının artmasını önleyebilecekse, bu ikame alımı yapmaması alıcıya kusur olarak yüklenir[654]. Tazminatın hesaplanması sırasında ikame alımın yapılmaması sebebiyle uğranılan zararın arttığı tespit edilirse, bu durum, tazminattan bir indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir.

4. Kira Sözleşmesinde Kiracının Bildirme Yükümlülüğü ve Kiraya Verenin Zararı Azaltma Külfeti

Kira sözleşmesinde zararı azaltma külfeti iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Öncelikle, alacaklının, zararın artmasını engellemek için alması gereken önlemlerin başında, borçluyu uyarma ve ona bildirimde bulunma fiillerinin geldiğinden bahsetmiştik. Bu kapsamda kanun koyucu kiracıya, ayıpları gecikmeksizin kiraya verene bildirme yükümlülüğü getirmiştir. TBK m. 318 uyarınca, *"Kiracı, kendisinin gidermekle yükümlü olmadığı ayıpları kiraya verene gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür; aksi takdirde bundan doğan zarardan sorumludur."* Bu hüküm kapsamında kiracının bildirmekle yükümlü olduğu ayıplar, kiraya verenin sorumlu olduğu ayıplardır. Kiracının kendisi tarafından giderilmesi gereken ayıpların kiraya verene bildirilmesine gerek yoktur; zira bu tür ayıplardan kiracı bizzat sorumludur[655]. Kanunda öngörülen bildirim yükümlülüğün gerçekleştirilmesi ile kiraya veren, kiralanan şeydeki ayıpları kısa sürede gidererek zararının artmasını önleyebilir[656]. Kiracı, ayıpları zamanında kiraya verene bildirmemesi nedeniyle doğan zararlardan kendisi sorumlu tutulduğu için, bu hükümde zararı azaltmaya yönelik tedbir alınması bir külfet değil yükümlülük niteliğindedir[657].

İkinci olarak, kiralananın sözleşmenin süresinden önce geri verilmesini düzenleyen TBK m. 325 hükmü de zararı azaltma külfetinin kira sözleşmesinde somutlaştığı hâllerden

[653] **Baysal**, 355.
[654] **Yavuz/Acar/Özen**, 61; **Baysal**, 356.
[655] **Tandoğan**, 1985, 117.
[656] **Aral/Ayrancı**, 363; **Eren**, Borçlar Özel, N. 1209; **Altınok Ormancı**, 242.
[657] **Özdemir/Küçükçapraz**, 100.

biridir[658]. Bu husus, hem madde gerekçesinden[659] hem de yargı kararlarından[660] açıkça anlaşılmaktadır. TBK m. 325/I uyarınca *"Kiracı, sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın kiralananı geri verdiği takdirde, kira sözleşmesinden doğan borçları, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder. Kiracının bu sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer."* Bu düzenleme ile kanun koyucu, kiralanan şeyin, sözleşme süresi dolmadan önce geri verilmesi durumunda kiracının sözleşmeden doğan borçlarının devam edeceğini hükme bağlamış olmakla birlikte, bu süreye bir sınır getirmiştir. Buna göre kiracının borcu, kiralananın benzer şartlarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam etmektedir. Makul sürenin dolmasıyla birlikte sözleşme kendiliğinden sona erer[661]. Bu makul süre içerisinde kiraya verenin, kiralanan şeyin yeniden kiralanması için çaba göstermesi ve böylelikle zararın artmasını engellemek için kendisine düşeni yapması gerekmektedir. Ayrıca, kiraya verenden, kendisine getirilen yeni kiracı teklifini de makul olduğu sürece geri çevirmemesi beklenmelidir[662].

TBK m. 325/II uyarınca, "*Kiraya veren, yapmaktan kurtulduğu giderler ile kiralananı başka biçimde kullanmakla elde ettiği veya elde etmekten kasten kaçındığı yararları kira bedelinden indirmekle yükümlüdür."* Böylelikle kanun koyucu kiraya vereni, kasıtlı olarak

---

[658] **Altınok Ormancı**, 244.

[659] Gerekçeye göre, *"Bir yandan, kendisine teslim edilmiş kiralananı kullanmayan ve ondan yararlanmayan kiracının sorumluluğunun devam edeceği öngörülmüş; diğer yandan, kiracıya, kiralananı geri vermek suretiyle, sözleşmeden doğan sorumluluğunu makul bir süre ile sınırlama olanağı sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle, kiracının korunması gereği ilkesi terk edilmemekle birlikte, kiraya verenin menfaatleri de korunmuştur. Nitekim, Tasarının 114. Maddesinin ikinci fıkrasına yapılan yollama uyarınca uygulanması gereken Tasarının 52. Maddesinin birinci fıkrasında, zarar görenin zararın artmasında birlikte kusurunun bulunması hâlinde, hâkime tazminatı indirme yetkisi verdiği gibi, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadında da, kiraya verenin, bu durumda, bilirkişi mütalaası göz önünde tutularak belirlenecek olan, kiralananın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için, kiracıdan tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir."*

[660] Yarg. 13. HD. T. 15.7.2010 E. 2010/6479 K. 2010/10631: *"Davacı kiracının, kira süresi dolmadan mecuru tahliye etmesi hâlinde kural olarak sözleşme süresi sonuna kadar ki kira bedellerinden sorumluluğu söz konusu ise de, kiralayanın da kiralananı yeniden kiraya vermek için gayret göstermesi, kiracının zararının artmasına sebep olmaması gereklidir. Bu itibarla erken tahliye hâlinde kiracının B.K.nun 98. maddesi dalaletiyle aynı kanunun 44. maddesi gereğince taşınmazın yeniden aynı şartlarla kiraya verilebileceği tarihe kadar olan kira bedellerinden sorumlu olduğu Dairemizin kökleşmiş içtihatlarıyla kabul edilmektedir."* Benzer yönde bkz. Yarg. 6. HD. T. 5.6.2012 E. 2012/5055 K. 2012/8391; Yarg. 6. HD. T. 12.4.2012 E. 2012/1715 K. 2012/5804; Yarg. 6. HD. T. 1.12.2014 E. 2014/4056 K. 2014/13268 (KBİBB. E. T. 28.12.2023).

[661] **Yavuz/Acar/Özen**, 290; **Gümüş**, Borçlar Özel, 353.

[662] Yeni kiracı, ödeme gücüne sahipse ve mevcut kira sözleşmesini kiracı ile aynı şartlarda yüklenmeye istekli ise, kiraya verenden yeni kiracıyı kabul etmesi beklenir. Buna karşılık, yeni kiracı ile kiraya veren arasında husumet varsa, yeni kiracının evcil hayvanı ya da çok sayıda çocuğu varsa, kiraya veren yeni kiracıyı kabul etmeyebilir. Dolayısıyla, objektif ölçütlerin yanında sübjektif ölçütler de önem taşımaktadır. Ancak ırk, din, cinsiyet, medeni hal gibi sebepler, ikame kiracıyı kabul etmemek için haklı sebep oluşturmaz (**Gümüş**, Borçlar Özel, 353-354).

kiralananı yeniden kiraya vermekten kaçınması durumunda, kira bedelinden indirim yapmakla yükümlü tutmuştur. Örneğin kiraya veren, kira bedelinin makul bir süre boyunca kiracı tarafından ödeneceğine güvenerek, evi başkasına kiralamakta haklı bir sebebi olmaksızın kasten gecikirse, zararı azaltma külfetine aykırı davranmış kabul edilir[663].

5. Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Zararı Azaltma Külfeti

Türk Borçlar Kanunu m. 471/I hükmü uyarınca yüklenici, üstlendiği edimleri yerine getirirken işsahibinin menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle hareket etme yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda yüklenici, işsahibini aydınlatmakla, ona bilgi vermekle, işsahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerini korumakla ve sadakat borcunun gerektirdiği gibi davranmakla yükümlüdür[664]. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması durumunda işsahibi, TBK m. 112 vd. hükümlerine göre zararının giderilmesini isteyebileceği gibi, TBK m. 473'te kendisine tanınan haklardan da faydalanabilir[665].

Türk Borçlar Kanunu m. 473'te, eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcuna aykırı davranmasının sonuçları düzenlemektedir. Buna göre, *"Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da işsahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, işsahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir."*

Söz konusu hüküm ile işsahibine birtakım haklar tanınmıştır. Buna göre yüklenici, özen borcuna aykırı davranarak sözleşmenin kurulmasından sonra işe geç başlar ya da işi geciktirirse iş sahibi, sözleşmeden dönebilir. Ayrıca işsahibi, eserin yüklenicinin kusuru nedeniyle sözleşmeye aykırı olarak ya da ayıplı bir şekilde meydana getireceğini fark ederse,

---

663 **Altınok Ormancı,** 249.
664 **Eren**, Borçlar Genel, N. 2128 vd.; **Tunçomağ**, 987 vd.
665 Zararın doğumunda ya da artmasında işsahibinin de kusurlu olduğu hâllerde, zararın bir kısmına işsahibinin kendisi katlanır. İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda, bir inşaatın genişliği ve zorluğu sebebiyle bağımsız bir inşaat idarecisi ihtiyacının bulunmasına rağmen işsahibinin bu işi bizzat üstlenmesi durumunda eserdeki bozuklukta işsahibinin de kusuru olduğuna hükmetmiştir (**Tunçomağ**, 991).

söz konusu aykırılığın veya ayıbın giderilmesini isteyebilir, aksi hâlde işin devamını üçüncü bir kişiye verebilir. Görüldüğü üzere TBK m. 473/II'de nama ifanın özel bir görünümü bulunmaktadır. Eğer eserin yüklenicinin kusuru nedeniyle ayıplı ya da sözleşmeye aykırı bir şekilde meydana getirileceği açıkça görülüyorsa ve iş sahibinin ayıbın ve aykırılığın giderilmesini istemesine rağmen yüklenici bunları gidermeye yanaşmıyorsa, işsahibi işin devamını üçüncü bir kişiye verebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 113'te düzenlenen nama ifa, hâkimden izin alınarak kullanılabilen bir haktır. Buna karşılık, TBK m. 473/II özel hüküm niteliğinde olduğundan, TBK m. 113'ten farklı olarak işin üçüncü kişiye verilmesi için hâkimin izni aranmamaktadır[666].

Yargıtay bir kararında[667], yüklenicinin inşaatın durdurulmasına neden olacak derecede ayıplı iş yaptığı için ağır kusurlu olduğuna, buna karşılık iş sahibinin de teslim tarihinin üzerinden makul bir süre geçtikten sonra işi başkasına yaptırmayarak zararın artmasına kendi davranışıyla sebep olduğuna hükmetmiştir. İlgili karara göre; "*Taraflar arasında 31.12.1979 ve 15.2.1985 tarihlerinde yapılan sözleşmelerle, davalının davacıya ait inşaat işini üstlendiği bir kısım işlerin yapılmasına rağmen belirtilen sürede davalının yükümünü tamamen yerine getirmediği ve yapılan 4.500.000 TL. ödemeye karşılık davalının davacı iş sahibine bir dükkan ile arsa verdiğinde bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak davacı, davalının yapmış olduğu inşaatın da kusurlu yapıldığını ve yıkılması gerektiğini, belediyece de inşaatın durdurulduğuna belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Niksar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1990/119 Değ. İşi. sayılı tesbit dosyasındaki 28.9.1990 tarihli bilirkişi raporunda, beton tabancası ve blok numuneler üzerinde yapılan laboratuvar incelemesine göre mevcut yapının inşaatına devam edilmesinin mümkün olmadığı ve böylece yıkılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, davalı yüklenicinin ayıplı iş meydana getirdiği ve ağır kusurlu olduğunun kabulü gerektiğinden davacı tazminat istemine haklıdır. Ne var ki davacı 30.10.1985 tarihinde inşaatın bitmesi gerektiği hâlde, bitirilmeyince makul bir süre içerisinde işin yapımını başka birisine vermesi gerekirken dava tarihi olan 5.12.1990 tarihine kadar beklemiş ve zararın artmasına kendi davranışı ile sebep olmuştur.*"

[666] **Yavuz/Acar/Özen,** 554; **Aral/Ayrancı**, 472; **Eren,** Borçlar Özel, N. 2154. Yapma ve yapmama borçlarının düzenlendiği TBK m. 113'te, borçlunun yapma borcunu yerine getirmemesi hâlinde alacaklının işi başkasına yaptırması, izne bağlanmıştır.
[667] Yarg. 15. HD. T. 21.12.1993 E. 1993/1 K. 1993/5450 (KBİBB. E. T. 28.12.2023).

Doktrindeki hâkim görüşe göre[668], işin devamının üçüncü bir kişiye yaptırılması için aranan şartlarının gerçekleşmesi hâlinde, işsahibinin ayrıca TBK m. 473/I hükmü ile tanınan sözleşmeden dönme hakkı da bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla işsahibi, TBK m. 473/II'deki şartlar gerçekleşmiş olsa dahi, TBK m. 125'te tanınan seçimlik haklara da sahiptir. Bu kapsamda işsahibi, eserdeki ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteyerek ve bu gerçekleşmediği takdirde işi üçüncü bir kişiye yaptırarak aynen ifa yolunu seçebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini isteyebilir ya da sözleşmeden dönebilir. Yargıtay da verdiği kararlarda işsahibinin, ayıbın ya da aykırılığın giderilmesi veya işin üçüncü bir kişiye yaptırılmasını talep etme hakkının yanı sıra sözleşmeden dönme hakkının da bulunduğunu ifade etmektedir[669].

İşin üçüncü bir kişiye yaptırılması seçeneğinde, iş sahibinin dürüstlük kuralı kapsamında iki noktada zararı azaltma külfeti bulunmaktadır. İlk olarak, işsahibinin nama ifa dışında, diğer seçimlik haklarını kullanması, uğradığı zararın artmaması bakımından daha elverişliyse, bu yolu tercih etmesi kendisinden beklenmelidir[670]. İkinci olarak, işsahibinin üçüncü kişinin seçiminde özenli davranması gerekmektedir[671]. Her ne kadar işsahibinin, işin devamında en ucuz yöntemi seçmesi kendisinden beklenemez ise de, dürüstlük kuralı gereği bu seçimde işsahibi makul davranmalıdır. Örneğin iş sahibi, eserin yapımında üçüncü kişi ile piyasa fiyatının çok üzerinde bir fiyata anlaşmış olursa, bu masrafa kusurlu önceki

---

668 **Aral/Ayrancı**, 475; **Eren**, Borçlar Özel, N. 2155; **Yavuz/Acar/Özen,** 554.

669 Yarg. 15. HD. T. 30.5.1996 E. 1996/1303 K. 1996/3035: *"Taraflar arasındaki uyuşmazlık inşaat sözleşmesinden kaynaklanmış olup davalı işsahibi, davacı yüklenicinin kusurlu inşaat yaptığını ileri sürerek, akdi feshetmiş; bu yüzden davacının açtığı dava, fesihte davalının kusurlu bulunduğu kabul edilerek, sözleşmenin 33. maddesindeki tazminat ile manevi tazminata hükmedilmek suretiyle sonuçlandırılmıştır. Yanlar arasındaki ihtilaf, inşaatın kötü yapımı, özellikle 20/60 yerine 20/50 ebadında kiriş yapımından doğmuş, davalının yaptırdığı tesbitte bu durumun, projeye aykırı olup, düzeltilmesi gerektiği, aksi takdirde binanın statiği açısından tehlike arzettiği anlaşılmış ve davacıya çekilen ihtarların da sonuçsuz kalması üzerine akit feshedilmiştir…O hâlde; davalı, BK.'nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/II. maddesi uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de, davacıya verilecek bir mehilden de sonuç alınamayacağının (BK. 107. md.) anlaşılmış bulunmasına göre davalı Kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir."* Yarg. 15. HD. T. 17.9.2007 E. 2006/4320 K. 2007/5351: *"Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme) istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 12.06.1998 tarihli sözleşme uyarınca, 3 ay içinde inşaat ruhsatı alınmak suretiyle inşaat 30 ay içerisinde bitirilecektir. Davacı arsa sahibi, 30.06.1998 tarihinde ruhsat alındığı hâlde, henüz inşaata başlanılmadığını ileri sürerek, 26.05.2003 tarihinde açtığı dava ile sözleşmenin feshini talep etmiştir. Dosya içerisinde bulunan Oba Belediyesince verilen 30.06.1998 tarihli inşaat ruhsatına rağmen 2 yıl içerisinde inşaata başlanılmaması nedeniyle ruhsatın hükümsüz hale geldiği, daha sonra Tasmur Belediye Başkanlığı'nca 27.08.2001 tarihinde ruhsatın yenilendiği, aradan geçen bunca zamana karşın haklı bir sebep olmaksızın inşaata halen başlanılmadığı anlaşılmıştır. İnşaata başlanılmamasında davalı yüklenici kusurlu görüldüğünden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, somut olaya uygun düşmeyen gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir."* (KBİBB. E. T. 12.02.2024).

670 **Baysal**, 360.

671 **Baysal**, 360-361.

yüklenicinin katlanması hakkaniyete uygun düşmez. Özetle, işsahibinin nama ifa seçeneğini kullanırken zararı azaltma külfetine uygun davranması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde, zararı azaltma külfeti kapsamında işsahibinden alması beklenen bir diğer önlem, eseri teslim aldıktan sonra onu gözden geçirerek tespit ettiği ayıpları makul bir süre içinde yükleniciye bildirmesidir. TBK m. 474/I hükmü uyarınca, "*İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır*". Yargıtay, işsahibinin, eserin tesliminden sonra makul bir süre içinde eksiklerin ya da ayıpların giderilmesi için talepte bulunması gerektiğini, bu konuda gecikir ve zararın artmasına sebep olursa, bu artan zarardan yüklenicinin sorumlu tutulamayacağını kabul etmektedir[672].

6. Hizmet Sözleşmesinde İşçinin Zararı Azaltma Külfeti

Türk Borçlar Kanunu'nda, hizmet sözleşmesi bakımından zararı azaltma külfetinin özel olarak düzenlendiği hükümler bulunmaktadır. İlk olarak, işverenin temerrüdü hâlinde ücretin düzenlendiği TBK m. 408 uyarınca, *"İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."*

Zarar azaltma külfetine ilişkin ikinci olarak, haklı sebebe dayanmayan feshin sonuçlarının düzenlendiği TBK m. 438 uyarınca, *"İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe*

[672] Yarg. 6. HD. T. 20.4.2022 E. 2021/4013 K. 2022/2265: "*…teslim tarihinden itibaren makul süre içinde iş sahibinin eksik ve ayıpların giderilmesi için talepte bulunması ve dava açması gerektiğinden bu konuda gecikerek talepte bulunması ve dava açması hâlinde zararın artmasına neden olabileceğinden teslim ile davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan TBK'nın 114. maddesi yollaması ile TBK'nın 52. maddesi uyarınca bu hâlde yüklenicinin artan zarardan sorumlu tutulamayacağı…"* (KBİBB. E. T. 18.02.2024).

belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz."

Her iki düzenlemede de işveren ücret ya da tazminat ödemekle yükümlü tutulmuş olmakla birlikte, işçinin başka bir işten elde ettiği ya da kasıtlı olarak elde etmekten kaçındığı yararların ya da gelirin bu ücret ya da tazminattan indirileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, ilgili düzenlemelerin işçinin uğradığı zararı azaltma külfetine ilişkin olarak getirildiği kabul edilmektedir[673]. İşçinin, işverenin temerrüdü ya da haksız fesih nedeniyle uğradığı zararı azaltmak adına kendisinden beklenebilir nitelikteki makul tüm önlemleri alması ve bu kapsamda yeni bir iş bularak ya da kendisine gelen yeni iş teklifini değerlendirerek uğradığı kazanç kaybını telafi etmesi beklenmektedir. İşçinin yeni işi kabul etmesinin kendisinden beklenebilmesi için söz konusu işin kendi eğitim durumuna, yeteneklerine ve sosyal durumuna uygun olması gerekmektedir. Buna rağmen işçi, kasıtlı olarak iş aramaktan kaçınarak üzerine düşeni yapmaz ise, işçi lehine hükmedilen ücret alacağında ya da tazminat miktarında indirime gidilir.

II. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUKTA ZARAR GÖRENİN KUSURU

Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada görüşen taraflardan birinin ya da yardımcılarının, karşı taraftaki görüşmeciye veya onun koruma alanında bulunan kişilere, aralarında kurulan güven ilişkisine aykırı davranarak verdiği zarardan sorumluluk, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo sorumluluğu*) olarak nitelendirilmektedir[674]. Sözleşmenin kurulmasından önce taraflar, sözleşmenin şartlarını, içeriğini, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemek için bir araya gelmektedirler. Görüşmelerin başlaması ile birlikte, görüşenler arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Sözleşme benzeri güven ilişkisinin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır[675]. Görüşmelerin yapılması, görüşenlere sözleşmeyi yapma zorunluluğu getirmemekle birlikte, görüşmeler sırasında tarafların birbirlerine karşı özen göstermeleri ve koruma yükümlülüklerine uygun davranmaları gerekmektedir. Buna göre, sözleşme yapmak üzere görüşen kimseler birbirlerine yanlış bilgi vermemekle, gerekli uyarıları yapmakla,

[673] **Altınok Ormancı**, 249 vd.
[674] **Demircioğlu**, 44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 975 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3528.
[675] **Demircioğlu**, 134 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 976; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3528; **Gümüş**, Borçlar Genel, 641-642; **Yalman**, 37.

karşı tarafın bilmesi gereken konuları bildirmekle, birbirlerinin şahıs ve malvarlığını koruyucu önlemleri almakla yükümlüdür[676]. Görüşenlerden biri, kusurlu davranışıyla bu yükümlülüklere aykırı davranarak aralarında kurulan güven ilişkisini ihlal ederse, bu sebeple doğan zararlardan sorumlu olur.

Doktrinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.[677] Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre[678], sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşme sorumluluğu ya da sözleşme sorumluluğu benzeri bir sorumluluktur. Buna göre görüşmelerin başlamasıyla birlikte taraflar arasında sözleşmeye benzer nitelikte bir güven ilişkisi doğar. Sözleşmenin kurulup kurulmadığı ya da geçerli olup olmadığı bir önem taşımaksızın, sözleşmeyi yapmak üzere bir araya gelen görüşenler, birbirlerine karşı özen gösterme ve birbirlerini koruma, birbirlerine karşı dürüst davranma yükümlülüğü altına girerler[679]. Bu yükümlerden birinin ihlâli ise sözleşme sorumluluğuna neden olur. Başka bir anlatımla, sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlâline ilişkin TBK hükümleri, kıyas yoluyla sözleşme görüşmelerinden doğan güven ilişkisinin ihlâline de uygulanır.

Hukukî niteliğine ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında hükmedilen tazminat miktarında TBK m. 52'de düzenlenen indirim sebepleri uygulama alanı bulur[680]. Görüşenler arasındaki ilişkinin hukukî niteliği, taraflardan beklenen özenin derecesi bakımından önem arz etmektedir.

Bizim de kabul ettiğimiz doktrindeki hâkim görüş uyarınca görüşenler arasında sözleşmeden doğan bir sorumluluk meydana gelmektedir. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmamış olmakla birlikte, tarafların hukukî işlemin kurulmasına yönelik bir araya gelmeleri, taraflar arasında rastlantısal bir temastan daha yoğun bir ilişkinin doğmasına neden olur[681]. Diğer bir deyişle, taraflar bir araya gelmekle, haksız fiil sorumluluğunun aksine, birbirlerine karşı özen gösterme ve birbirlerini koruma borcu altına girerler. Bu yükümlülükler hem zarar veren hem de zarar gören bakımından söz konusudur. Zarar gören de zarar veren kadar özen göstermekle yükümlüdür.

---

[676] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 976; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3528 vd.
[677] Görüşlere ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Demircioğlu**, 77 vd.; **Yalman**, 69 vd.
[678] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 979; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3534; **Yalman**, 83.
[679] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 976; **Eren**, Borçlar Genel, N. 3534.
[680] **Baysal**, 186.
[681] **Demircioğlu**, 85-86.

Bu nedenle, sözleşme görüşmeleri sırasında zarara uğrayan taraf, kendi özensizliği ve ihmali nedeniyle zararın doğmasına katkıda bulunursa ya da zararının artmasına sebep olursa, bundan sorumlu tutulur ve TBK m. 52 uyarınca hükmedilecek tazminat miktarından indirim yapılır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda[682], bir alışveriş merkezinde alışveriş yapmak üzere girdiği mağazada cüzdanı çalınan kadın, cüzdanının içindeki karttan önemli bir miktar para çekilmesi nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi istemiyle işyerine ve alışveriş merkezine tazminat davası açmıştır. Olayda, davalı işyeri ve alışveriş merkezine yüklenmek istenen sorumluluk, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanmaktadır. Zira, taraflar arasında henüz bir sözleşme kurulmamış olmakla birlikte, alışveriş yapmak üzere müşterinin mağazaya girmesiyle birlikte taraflar arasında sözleşme öncesi bir hukuki ilişki kurulmuştur. Bu kapsamda işyeri sahibinin, müşterisinin zarar görmemesi için gereken özeni göstermesi, onun mal güvenliğini ve özellikle de kendi korumasına bırakılmış olan eşyayı koruyup kollaması gerekmektedir. Ancak olayda, davacı kadının cüzdanını saklaması için oğluna verdiği, oğlunun ise çantayı yandaki tezgâha bıraktığı, cüzdanın içinde de kredi kartı şifrelerinin yazılı olduğu tespit edilmiş olup davacı kadının olayda ağır kusurlu olduğuna karar verilerek tazminattan indirim yapılması gerektiğine hükmedilmiştir.

Doktrinde kabul edilen görüşme sorumluluğu hallerinden biri, görüşmeler sırasında taraflardan birinin kusurlu olarak yanlış bilgi vermesidir[683]. Uygulamada bu durum daha çok, bankaların, görüşmeler sırasında karşı tarafa yanlış bilgi vererek onun zarar görmesine sebep olması şeklinde görülmektedir. Bilgi veren ile bilgi alan arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki mevcutsa, sorun TBK m. 112'ye göre çözümlenir. Ancak taraflar arasında henüz bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı hâllerde, yanlış bilgi verenin sorumluluğu sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk niteliği taşır. Buna karşılık, bazı hâllerde yanlış bilgi verilmesi, doğan zararın tek sebebi olmayabilir. Özellikle bilgi alanın söz konusu bilginin güvenilir olup olmadığını, doğruyu yansıtıp yansıtmadığını araştırması gerektiği kabul edilmektedir. Bilgi alan, edindiği bilginin doğruluğu başka kaynaklardan araştırma fırsatına

[682] Yarg. 13. HD. T. 31.3.2006 E. 2005/15654 K. 2006/4848 (KBİBB. E. T. 10.08.2023).
[683] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3546.

sahipken bunu yapmamışsa, kendisi de kusurlu kabul edilerek TBK m. 52/I hükmü kapsamında tazminattan indirim yapılabilir[684].

III. VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. GENEL OLARAK VEKALETSİZ İŞGÖRME

Vekaletsiz işgörme, TBK m. 526-531 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Yasal bir tanımı bulunmayan vekaletsiz işgörme, doktrinde, bir kimsenin, herhangi bir yetkiye ve yükümlülüğe sahip olmamasına rağmen bir başkası ya da kendi yararına üçüncü bir kimsenin işini görmesi nedeniyle doğan ilişki olarak ifade edilmektedir[685]. Her ne kadar vekaletsiz işgörme nedeniyle taraflar arasında bir sözleşme kurulmamakta ise de, işgörenle işsahibi arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi kurulmaktadır[686]. Bu kapsamda vekaletsiz işgörme, borcun kaynaklarından biri olarak ortaya çıkmaktadır[687]. Vekaletsiz işgörmenin iki türü bulunmaktadır. Başkası yararına başkasının işininin görülmesi, *"gerçek vekaletsiz işgörme*" olarak; bir başkasının işinin kötüniyetli ve haksız olarak kendi menfaatine görülmesi ise*"gerçek olmayan vekaletsiz işgörme"* olarak nitelendirilmektedir[688].

Gerçek vekaletsiz işgörmenin söz konusu olabilmesi için işgörenin herhangi bir yetkiye sahip olmamasına rağmen başkasının menfaatine olacak şekilde onun işini görme iradesiyle hareket etmesi gerekir[689]. TBK m. 526'ya göre, *"Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına işgören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekle yükümlüdür."* Bu kapsamda işgören, işsahibinin menfaaatine ve onun gerçek ya da varsayılan iradesine uygun olarak, işi özenle görme yükümlülüğü altındadır. Bu doğrultuda işgören, dürüstlük kuralı çerçevesinde işi gördüğü sırada işsahibine işle ilgili bilgi ve hesap verme, işi yarım bırakmama, işi bir bütün olarak görme ve işten elde ettiği faydaları işsahibine devretme yükümlülüğü altındadır[690]. İşgörenin göstermesi gerekli olan özenin belirlenmesinde, vekalet sözleşmesinde öngörülen özen ölçüsü esas alınır. TBK m. 527/I uyarınca işgören, bu yükümlülüklerden birini ihlal ettiği takdirde, işsahibine verdiği

[684] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3546.
[685] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3067.
[686] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3068.
[687] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 28 vd.; **Eren**, Borçlar Özel, N. 322; **Aydın**, 49 vd.
[688] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3072 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç, 676; **Yavuz/Acar/Özen**, 758 vd.
[689] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3078 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, 758-759.
[690] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3096-3097.

zararlardan sorumludur. İlgili hükmü göre, *"Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalinden sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir."* Bu hükümle vekaletsiz işgörenin her türlü ihmalinden, TBK m. 112-116 hükümleri ile genel sözleşmesel sorumluluk kapsamında sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. İşgörenin sorumluluğunun hafifletilmesi, ancak işsahibinin kişisel ya da malvarlığı değerlerine yönelmiş bir tehlikenin giderilmesi amacı ile işin yapılması durumunda söz konusu olabilir. Doktrinde, gerçek vekaletsiz işgörme, hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirilmektedir[691].

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmede ise işgören, işsahibinin menfaatine ve onun gerçek ya da varsayılan iradesine uygun hareket etmemektedir. İşgörenin, kendi sübjektif değerlendirmesiyle işsahibinin menfaatine hareket etmek amacıyla giriştiği ancak gerçekte bu menfaatin gerektirmediği; işsahibinin geçerli bir yasaklamasına aykırı olarak işin görülmesi; işgörenin işin başkasına ait olduğunu bilse de bilmese de işi kendi menfaatine yapması hallerinde gerçek olmayan vekaletsiz işgörme söz konusu olur[692]. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmede hukuka aykırı eylem, haksız fiil niteliği taşımaktadır[693]. İşsahibi, bu sebeple uğradığı zararların tazminini TBK m. 49 vd. hükümleri uyarınca vekaletsiz işgörenden talep edebilir. Ancak vekaletsiz işgörme hükümlerine başvurulması, işsahibine, uğradığı zararın tazmininden başka elde edilen menfaatlerin devrini talep etme hakkını daha sunmaktadır. Zira, TBK m. 530 uyarınca, *"İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür."* Örneğin, (B)'nin (A)'ya ait bulunan bir kitabı onun izni olmadan çoğaltması ve bundan kâr sağlaması durumunda işsahibi (A), bu fiil nedeniyle uğradığı zararlardan başka, işgören (B)'nin bu yolla elde ettiği menfaatleri kendisine devretmesini de talep edebilir. Oysa haksız fiil sebebiyle açılan tazminat davasında davacının talep hakkı, malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen eksilme (zarar) ile sınırlıdır.

[691] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3076; **Yavuz/Acar/Özen**, 759.
[692] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3121 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, 763 vd.
[693] **Eren**, Borçlar Özel, N. 3130; **Yavuz/Acar/Özen**, 764; **Akıncı**, 1949.

B. VEKALETSİZ İŞGÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNAT BORCUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

Vekaletsiz işgörenin, işi gördüğü sırada işsahibine verdiği zararlar nedeniyle doğan tazminat borcu, TBK m. 112 vd. hükümlerine tâbidir. Haksız fiile ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulandığı için, TBK m. 52 hükmü vekaletsiz işgörmede de uygulama alanı bulur.

Gerçek vekaletsiz işgörmede işgören yetkisi bulunmamakla birlikte, işsahibinin menfaatine olacak şekilde onun işini gördüğü için, işsahibinin zarara uğraması, ancak özen borcuna aykırı davranılması durumunda söz konusu olabilir. Eğer işgören, işi gördüğü sırada iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğüne aykırı davranırsa ya da işten elde ettiği faydaları işsahibine vermekten kaçınırsa, işsahibinin bu sebeple uğradığı zararlardan sorumlu olur. Vekaletsiz işgörenin bu kapsamdaki sorumluluğu, TBK m. 112-116 hükümlerine tabidir[694].

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmede işgören, yetkisi olmadığı hâlde, işsahibinin yararına değil kendi menfaatine olacak şekilde hareket etmektedir. Bu tür vekaletsiz işgörmeye ilişkin olarak iki farklı yaptırım öngörülmüştür. Bunlardan biri tazminat, diğeri ise menfaat devridir. Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye özgü bir yaptırım türü olarak öngörülen menfaat devrinin düzenlendiği TBK m. 530'da, hukuka aykırı bir fiille başkasına ait bir işi görerek menfaat elde eden kimse, işsahibinin malvarlığından bir azalma meydana gelmese dahi elde ettiği bu menfaatleri işsahibine devretmekle yükümlü kılınmıştır. Bunun için, haksız fiilde olduğu gibi herhangi bir zararın doğması ya da sebepsiz zenginleşmede olduğu gibi bir fakirleşmenin meydana gelmesi gerekmemektedir[695]. Tazminat borcu, bir kimsenin uğradığı zararın giderilmesini ifade ederken, menfaat devri herhangi bir zarar meydana gelmese de kişinin haksız olarak elde ettiği yararların hak sahibine devrini ifade etmektedir. Bu kapsamda işsahibi, uğradığı maddi veya manevi zararları tazminat davasıyla talep edebilmenin yanı sıra işgörenin haksız olarak elde ettiği menfaatlerin devrini isteme hakkına da sahiptir.

---

[694] **Yavuz/Acar/Özen**, 761.

[695] İşgörenin haksız bir kazanç elde etmesi, söz konusu yaptırımın uygulanması için yeterlidir (**Özen/Yıldız**, 1829-1830).

Tazminat talebi bakımından değerlendirildiğinde, zarar gören işsahibinin, uğradığı zararın doğmasına ya da artmasına kendi kusurlu davranışlarıyla sebep olması, TBK m. 52/I anlamında bir indirim sebebi oluşturur. Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda[696], aracı yediemin otoparkına çekilen ve otopark ücretinin tahsili amacıyla aleyhine icra takibi başlatılan davacı, aracın otoparka kendisinin çekilmesine neden olmadığı, davalı ile aralarında otopark ücretinin ödenmesini gerektiren bir ilişkinin bulunmadığı, davalının kendisinden talep ettiği ücretin aracın değerinden fazla olduğu gerekçeleriyle icra takibinin durdurulması ve borçlu olmadığının tespiti için dava açmıştır. Davalı yediemin, aracın araç sahibinin kusurlu davranışları nedeniyle otoparka çekildiğini ve araç teslim alınmadığı gibi birikmiş yediemin ücretinin de ödenmediğini belirterek davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, davayı reddetmiştir. Davacının kararı temyiz etmesi üzerine Yargıtay, öncelikle, taraflar arasındaki ilişkinin TBK m. 526 vd. hükümlerinde düzenlenen vekaletsiz iş görme kapsamında çözülmesi gerektiğini, davalının talep hakkını ancak vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırabileceğini, yapılan iş işgörenin menfaatine yapıldığı için davalının TBK m. 530 hükmü uyarınca talepte bulunacağını tespit etmiştir. Yedieminlik işini meslek olarak yürüten davalının ise yürürlükte bulunan mevzuat kapsamında kendisine teslim edilen araçların satışının yapılmasını sağlayarak otopark ücretinin ödenmesi için çaba harcaması gerekirken, gerekli girişimlerde bulunmamasının, otopark ücretinin aracın değerini aşacak boyuta ulaşmasına sebep olduğunu tespit ederek davalı yedieminin de kusuru bulunduğu sonucuna varmış ve hükmü davacı lehine bozmuştur.

Gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye ilişkin genel düzenleme TBK m. 530 hükmünde yer almakla birlikte, bu kurumun özel görünüm biçimleri de bulunmaktadır. Örneğin, fikri ve sınai haklara ilişkin bazı hükümlerde ve kişiliğin korunmasında gerçek olmayan vekaletsiz işgörme, özel olarak düzenlenmiştir. Bu hâller özelinde, zarar gören işsahibinin kendisine kusur olarak yüklenerek tazminatta indirim sebebi oluşturacak davranışının ne şekilde ortaya çıkabileceği üzerinde durmak gerekir.

[696] Yarg. 13. HD. T. 16.4.2018 E. 2015/40109 K. 2018/4551 (KBİBB. E. T. 16.03.2024).

Fikri ve sınai haklar bakımından gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye ilişkin düzenlemeler, FSEK m. 70/3[697] ve SMK m. 151/2[698] hükümlerinde yer almaktadır. FSEK m. 70'te mali ve manevi hakları ihlal edilen eser sahiplerinin talep hakları "*tazminat davası*" başlığı altında düzenlenmiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında maddi ve manevi tazminat davasına ilişkin hükümlere yer verildikten sonra, üçüncü fıkrasında eser sahibine, elde edilen kazancın iadesine ilişkin özel bir talep hakkı getirilmiştir. Bu kapsamda FSEK m. 70/3, vekaletsiz işgörmenin fikir ve sanat eserleri bakımından özel bir görünümünü oluşturmaktadır[699]. Bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle eser sahibinin maddi ya da manevi bir hakkının hukuka aykırı bir fiille ihlal edilerek bundan bir kâr elde edilmiş olması gerekir. Her ne kadar ihlal, haksız fiil niteliği taşımakta ise de, kârın iadesinin talep edilebilmesi için ihlal sonucunda bir zararın oluşması gerekmez[700]. Böylelikle hak sahibi, malvarlığında bir eksilme olmamasına rağmen mütecavizin haksız olarak elde ettiği menfaatlerin kendisine devredilmesini talep edebilir. Menfaat devri, kanunda "tazminat davası" başlığı altında düzenlenmiş ise de, zararın giderilmesi amacını değil, mütecavizin elde ettiği gelirin iadesi amacını taşımaktadır[701]. İlgili hükümde yer alan "tazminattan başka" ifadesi de bu talebin tazminat niteliğinde olmadığını destekler niteliktedir.

TBK m. 52/I hükmünde, makul bir kimsenin kendi yararına kaçınması gereken dikkatsiz ve düşüncesiz hareket tarzı, bu kimsenin ortak kusuru kabul edilerek tazminatta bir indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bazı hâllerde, fikri ve sınai haklar bakımından hakkına tecavüz edilen kimsenin de kusuru söz konusu olabilir. Bu duruma genellikle, zararı azaltma külfeti bakımından rastlanmaktadır. Örneğin, yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka

---

[697] FSEK m. 70 hükmü uyarınca, *"Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebilir. Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir. Birinci ve ikinci fıkralardaki hâllerde, tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de istiyebilir. Bu hâlde 68 inci madde uyarınca talep edilen bedel indirilir."*

[698] Sınai mülkiyet haklarına ilişkin getirilen ortak düzenlemelerden biri olan SMK m. 151/1 uyarınca, *"Hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsar."* Maddenin ikinci fıkrasında göre ise yoksun kalınan kazanç, *"zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır: a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir. b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç. c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli."* Bu şekilde SMK m. 151/2, b hükmü, gerçek olmayan vekaletsiz işgörmenin özel görünümlerinden bir olarak düzenlenmiştir. FSEK m. 70/3'ten farklı olarak SMK m. 151/2 hükmünde menfaat devri talebi maddi ve manevi tazminattan bağımsız bir yaptırım olarak düzenlenmemiş, yoksun kalınan kazancın hesaplanması bakımından bir seçenek olarak getirilmiştir (**Akıncı**, 1986).

[699] **Küçükali**, 57-58; **Akıncı**, 1974.

[700] **Küçükali**, 61.

[701] **Akıncı**, 1975.

üzerinde tasarrufta bulunarak bundan menfaat elde eden kimse, vekaletsiz işgören konumundadır. Zira işgörende, başkasının işini yapma iradesi değil, gasp etme iradesi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu hâlde tecavüz fiili, gerçek olmayan vekaletsiz işgörme sonucu meydana gelmiştir. Marka hakkı tecavüze uğrayan bir kimse, dürüstlük kuralı uyarınca kendisini savunmaya ilişkin önlem alma konusunda çekimser kalmışsa, bu pasif davranışı ona kusur olarak yüklenebilir[702]. Hakkı tecavüze uğrayan orta zekalı, dürüst ve makul bir kimseden beklenen, verilen zararın ortadan kaldırılmasını sağlamasıdır. Hukuka aykırı davranışa maruz kalmasına rağmen sessiz kalan kimse, kusurlu olarak nitelendirilebilir. Nitekim, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin, bu fiili öğrendikten sonra tecavüzü önlemek için ihtarname göndermesi ya da geçici koruma önlemlerine başvurması kendisinden beklenebilir[703]. Böylelikle, zarar gören, uğradığı zararın artmasının önüne geçilebilir.

Kişiliğin korunmasında gerçek olmayan vekaletsiz işgörmeye ilişkin olarak getirilen TMK m. 25/III uyarınca, *"Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."* Örneğin bir kimse, iş başvurusunda kullanmak üzere vesikalık fotoğraf çektirmek istemektedir. Bu kişi, fotoğraf stüdyosunda değil de reklam şirketinde fotoğrafını çektirirse, bu şirketin kendi fotoğraflarını kullanması ihtimalini göze almış demektir. Bu kimse, fotoğrafını vesikalık fotoğraf çeken bir stüdyoda çektirseydi, fotoğrafın başkalarıyla paylaşılma riski olmayacaktı. Ancak çeşitli nedenlerle (örneğin daha uygun fiyatlı olması ya da dalgınlık sonucu fotoğraf çektirilen yerin niteliğine dikkat edilmemesi) bir reklam şirketinde fotoğraflarını çektiren kişinin, daha sonra fotoğraflarının kullanılması sonucu kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminat talebinde bulunması durumunda, kendi dikkatsiz davranışları da tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

[702] **Uzunallı**, 430-431.
[703] **Uzunallı**, 431. *Özen/Yıldız*, iş sahibinini kusurlu davranışının kazancın belirlenmesinde bir indirim sebebi olarak belirlenmesinin zor olduğunu, bu hâlde iş sahibinin kusurunun, TMK m. 2/II hükmü gereği, kazanç devri talebini ileri sürmesine engel olabileceğini savunmaktadır (**Özen/Yıldız**, 1848).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER, KUSURSUZ SORUMLULUK HÂLLERİNDE VE HUKUK UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

§ 10. ZARAR GÖRENİN KUSURUNA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

I. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE GÖNDERENİN KUSURU

Taşıma sözleşmesinin amacı, taşınması kararlaştırılan eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği şekliyle gönderilene ulaştırılmasının sağlanmasıdır[704]. Türk Ticaret Kanunu m. 875/I hükmü uyarınca, eşya taşıma sözleşmesinde, eşyayı taşımak üzere teslim alan taşıyıcı, teslim aldığı andan eşyanın teslim edilmesine kadarki süreçte, eşyanın zıyaı, hasarı ya da teslimdeki gecikme nedeniyle doğan zarardan sorumludur. Ancak kanunda sayılan bazı hâllerde, taşıyıcının bu sorumluluktan kurtulması mümkündür. Bu niteliği itibariyle taşıyıcının sorumluluğunun, yumuşatılmış kusursuz sorumluluk niteliğinde olduğu ifade edilmektedir[705]. Buna göre, kanunda sınırlı olarak sayılan hâllerde taşıyıcı, kanunda belirtilen durumları ve zararın bunlardan doğduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir[706]. Taşıyıcının sorumluluktan kurtaran bir hal olarak zarar görenin kusuruna ilişkin düzenlemeler, TTK m. 875/II, 878 hükümlerinde yer almaktadır.

TTK m. 875/II uyarınca, *"Zararın oluşmasına, gönderenin veya gönderilenin bir davranışı ya da eşyanın özel bir ayıbı sebep olmuşsa, tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde, bu olguların ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınır."* Bu hükümle taşıyıcının, zararın doğmasında zarar gören konumundaki gönderenin davranışının

[704] **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, 147. 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda eşya taşımaya ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde CMR hükümleri esas alınmıştır (**Adıgüzel**, Yenilikler, 772; **Uyaroğlu**, 535).
[705] **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, 162; **Uyaroğlu**, 546.
[706] **Atabek**, 192; **Adıgüzel**, Taşıma Hukuku, 162; **Uyaroğlu**, 546.

da etkili olduğunu ispatlaması durumunda, sorumluluktan kısmen ya da tamamen kurtulması mümkün hale getirilmiştir. Kanun koyucu, tazminat borcunun doğmasında ya da belirlenmesinde gönderenin davranışını, taşıma sözleşmesine özgü bir indirim veya sorumluluktan kurtulma sebebi haline getirmiştir[707].

Türk Ticaret Kanunu m. 878 hükmünde taşıyıcının sorumluluktan kurtulmasını sağlayan özel sebepler düzenlenmiştir. Maddede çeşitli durumlar sayılmış olmakla birlikte, hepsinin ortak özelliği, taşıyıcının müdahalesinin mümkün olmaması ve gerçekleşmelerinin önlenemez olmasıdır. Taşıyıcının sorumluluktan kurtulması için, zıya ve hasarın bu nedenlerden birine dayandığını ispatlaması yeterlidir. Yargıtay bir kararında[708], TTK m. 878/I, b hükmünde taşıyıcının sorumluluktan kurtulması hali olarak düzenlenen "*gönderenin yetersiz ambalajlama yapması*" halini, meydana gelen zararda birlikte kusur olarak değerlendirmiştir. Karara göre, "*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 862. maddesi gereğince; ambalaj ve işaretleme yükümü gönderene yüklenmiştir. Bu hükme göre eşyanın niteliği kararlaştırılan taşıma dikkate alındığında, ambalaj yapılmasını gerektiriyorsa, gönderen eşyayı zıya ve hasardan koruyacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlamak zorundadır. Bununla birlikte ambalajlama gönderene ait olsa bile taşıyıcının malın sağlam ve tam olarak teslimi sorumluluğu çerçevesinde gerek istifleme gerekse ambalaj itibarıyla taşımaya uygunluğu noktasında denetleme görevi mevcuttur. Bir başka deyişle yetersiz ambalaja rağmen ihtirazi kayıt koymaksızın taşımayı kabul eden taşıyıcının meydana gelen zararda müterafik kusurunun (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi) bulunduğunun kabulü gerekir.*"

B. DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMA SÖZLEŞMESİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

Türk Ticaret Kanunu'nda deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin olarak zarar görenin kusuru özel olarak hükme bağlanmıştır. TTK m. 1261 uyarınca, *"Taşıyan, ölümüne, yaralanmasına, bagajının zayi olmasına veya hasara uğramasına yolcunun kastının veya ihmalinin sebebiyet verdiğini ya da bunda etkisinin bulunduğunu ispat ederse, mahkeme, taşıyanın kısmen veya tamamen sorumlu olmadığına karar verebilir."*

[707] 6762 sayılı TTK'da böyle bir düzenleme bulunmadığı için TBK m. 52 (eBK m. 44) uygulanarak tazminatta indirim yapılabiliyordu. Bkz. **Adıgüzel**, Yenilikler, 773.
[708] Yarg. 11. HD. T. 29.9.2022 E. 2022/3467 K. 2022/6446 (KBİBB. E. T. 18.04.2024).

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi kapsamında doğan sorumluluk, sözleşmesel sorumluluğa dayanmaktadır. Bu durumda her ne kadar yolcunun ölümü ya da yaralanması hâlleri haksız fiil niteliği taşımakta ise de, söz konusu hâller taraflar arasında bulunan bir sözleşme ilişkisi içinde gerçekleştiği için, sözleşmeye dayanan bir sorumluluk söz konusudur.

Yolcunun kusurlu davranışı, onun yapma tarzındaki fiilinden ileri gelebileceği gibi yapmama tarzındaki ihmalinden de ileri gelebilir. Yolcuların güvenli seyahat etmeleri için gemide yapılan uyarılara uymaları gerekmektedir. Örneğin, yolcuların yerlerinde oturmalarına ilişkin yapılan bir uyarıya rağmen yolcunun güverteye çıkması ve bunun sonucunda yaralanması veya batma durumunda kullanması için kendisine verilen can yeleğini gerektiğinde kullanmaması, ona kusur olarak yüklenebilir[709]. Aynı şekilde, yolcunun bagajını güvenli bir şekilde paketlememiş olması veya bagajında ya da hassas eşyalar bulunmasına rağmen bu hususta taşıyanı bilgilendirmemiş olması, ona kusur olarak yüklenebilir[710]. Bu durumda mahkeme, yolcunun kusurlu davranışına dayanarak taşıyanın sorumluluğunu hafifletebilir ya da tamamen ortadan kaldırabilir.

TTK m. 1256'da, *"...kazanın savaş, terör, iç savaş, isyan veya istisnai nitelikte, kaçınılamaz ve engellenmesi mümkün olmayan nitelikteki bir doğa olayından veya tamamıyla bir üçüncü kişinin onu meydana getirmek kastıyla gerçekleştirdiği bir fiil veya ihmalinden kaynaklandığını ispatlayan taşıyan, sorumluluktan kurtulur."* Bu hükümde kaza ile taşıyanın sorumluluğu arasında nedensellik bağının kesildiği haller düzenlenmiştir. Maddede mücbir sebep ve üçüncü kişinin kusuru nedensellik bağını kesen sebepler arasında sayılmış, ancak zarar görenin kusuruna yer verilmemiştir. Kanaatimizce, zarar gören yolcunun kusurlu davranışının zararın tek sebebi olduğu hâllerde, zarar görenin kusurunun da nedensellik bağını ortadan kaldıracağının kabulü gerekir.

[709] **Taşkın**, 154.
[710] **Taşkın**, 154.

C. SİGORTA HUKUKU KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

1. Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü

a. Sözleşmenin Yapılmasında Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü

Sigorta ettirenin, sözleşmenin yapılması sırasında sigortacıya doğru bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. TTK m. 1435 uyarınca, "*Sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise, önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır."* Sigorta sözleşmesinin iki tarafı da, birbirlerinin hak ve menfaatlerini gözetmek için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Sigorta ettiren, sözleşmenin yapılması sırasında[711] bildiği veya bilmesi gereken önemli bir hususu sigortacıya bildirmemişse, riziko gerçekleştiğinde sigorta ettirenin bu davranışı ona kusur olarak yüklenebilir. Kanun koyucu sigorta ettirene beyan yükümlülüğü yükleyerek, sigortacının sözleşmeyi düzenlemek isteyip istemediğini değerlendirmesine ve prim miktarını doğru bir şekilde tespit edebilmesine imkân tanımıştır[712]. Yargıtay da sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü yerine getirmemesini, TBK m. 52/I hükmü kapsamında zararı azaltma külfetinin ihlâli olarak değerlendirmektedir[713].

---

[711] Sözleşmenin yapılması sırasındaki beyan yükümlülüğü, sigorta ettirenin teklifi ile sigortacının kabulü arasındaki süreyi ifade etmektedir (**Köroğlu Ölmez,** 272-273).

[712] **Hacıömeroğlu**, 56; **Kayıhan/Yıldız**, 12-13; **Er**, 389; **Köroğlu Ölmez,** 273-274.

[713] Yarg. 4. HD. T. 18.10.2022 E. 2021/22160 K. 2022/12499: *"6102 Sayılı TTK'nun 1435. maddesi (6762 Sayılı TTK'nun 1290. maddesi) ile sigorta sözleşmesinin kurulması sırasındaki sigortalının doğru bilgi verme (beyan) yükümlülüğü, "sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Sigortacıya bildirilmeyen, eksik veya yanlış bildirilen hususlar, sözleşmenin yapılmamasını veya değişik şartlarda yapılmasını gerektirecek nitelikte ise önemli kabul edilir. Sigortacı tarafından yazılı veya sözlü olarak sorulan hususlar, aksi ispat edilinceye kadar önemli sayılır" denilmek suretiyle düzenlenmiş ve bu yükümlülüğün kapsamı belirlenmiştir. Sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmenin diğer yanının hak ve menfaatlerini gözetip korumak ve bu konuda her türlü önleyici tedbiri almak zorundadır. Sigortacı, sigorta teminatında yer alan zararı iyiniyetli biçimde tam olarak karşılamakla yükümlü olduğu gibi, sigortalı da rizikonun gerçekleşmemesi ve gerçekleştiğinde ise sigortacının zarar giderim yükünü hafifletecek her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Bu anlamda; sigortacının, sigorta teminatı verilen rizikolar yönünden gerekli incelemeleri yapıp poliçe tanzim etme konusunda basiretli davranması gerekmektedir. Dosya kapsamında; davacı sigortalı ile davalı ... arasında sigorta sözleşmesi yapılırken sigorta ettiren davacının beyan yükümlülüğüne aykırı davranmadığı, çatının sigorta şirketince mevcut haliyle sigortalandığı, sonradan rizikoyu arttırır şekilde çatı üzerinde değişiklikler yapılmadığı, salt çatının yeterli eğimde olmaması ve çatının kar yükünü taşıyabilecek çapraz bağlantı elemanlarının bulunmaması çatıyı mevcut haliyle sigortalayan sigorta şirketini sorumluluktan kurtarmayacaktır. Zararın meydana gelmesinde veya artmasında mağdurun da kusurunun bulunması hâlinde sözkonusu olan müterafik kusur, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 44.*

Beyan yükümlülüğüne aykırı davranışın rizikonun gerçekleşmeden önce öğrenilmesi hâlinde sigortacı, sözleşmeden cayabilir ya da sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla prim farkı isteyebilir (TTK m. 1439/1). Buna karşılık, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğüne aykırı davranışı rizikonun gerçekleşmesinden sonra öğrenilmişse, tazminat borcu tamamen ortadan kalkabileceği gibi tazminatta indirim de yapılabilir (TTK m. 1439/2). Şöyle ki, eğer beyan yükümlülüğünün ihlali sigorta ettirenin ihmalinden kaynaklanıyorsa, ihmalin derecesine göre tazminat indirilir[714]. Ancak sigorta ettiren kasten beyan yükümlülüğünü yerine getirmemişse ve bu ihlal ile gerçekleşen riziko arasında nedensellik bağı bulunuyorsa, sigortacının tazminat borcu ortadan kalkar[715].

b. Riziko Gerçekleştiğinde Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü

Sigorta ettirenin, sözleşmenin yapılmasında olduğu gibi riziko gerçekleştikten sonra da beyan yükümlülüğü bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu m. 1446 uyarınca, *"Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini öğrenince durumu gecikmeksizin sigortacıya bildirir. Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirimin yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fıkra hükmünden yararlanamaz."* Rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesi, sigortacının zararı tespit etmesi ve zararın artmasının engellemek için önlem almasının sağlanması bakımından önemlidir[716]. Bu hüküm ile kanun koyucu, sigorta ettirene rizikonun gerçekleştiğini öğrenince gecikmeksizin[717] durumu sigortacıya bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Bildirimin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için herhangi bir şekilde yapılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır[718]. Sigortacı, bildirim yapılmadan kendi imkanlarıyla da rizikonun gerçekleştiğini öğrenebilir.

---

maddesinde (TBK. madde 52) düzenlenmiştir. Mağdurun kusurunun zararın meydana gelmesinde başlıca etken olması hâlinde zarar verenin sorumluluğunun kalkması sözkonusu olabileceği gibi, belirlenen kusura göre zarar ve ziyandan indirim yapılmasını da gerektirebilir. Somut olayda, dosya kapsamında düzenlenen raporlarda yağan kar sonucu çöken çatının mimari projesinin olmadığı ve çelik yapıya ait statik hesabın bulunmadığı belirtildiğinden ve çatının çökme nedeninin çatının eğiminin yeterli olmaması ve çatının kar yükünü taşıyabilecek çapraz bağlantı elemanlarının bulunmaması olduğu anlaşıldığından sigortalının zararın artmasına neden olduğu anlaşılmaktadır." (KBİBB. E. T. 15.04.2024).

[714] **Kayıhan/Yıldız**, 16; **Er**, 390.

[715] **Kayıhan/Yıldız**, 16; **Köroğlu Ölmez**, 287.

[716] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 198; **Kayıhan/Yıldız**, 19; **Köroğlu Ölmez,** 279.

[717] Bu ifade, mümkün olan en kısa zamanda bildirimin yapılması gerektiğini ifade etmektedir (**Kayıhan/Yıldız**, 21; **Köroğlu Ölmez**, 279).

[718] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 198.

Bu durumda bildirim yükümlülüğünün ihlaline dayalı olarak tazminatta veya bedelde indirim yapılması söz konusu olmaz.

Rizikonun gerçekleştiğini gecikmeksizin sigortacıya bildirmeyen sigorta ettiren, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlara kendisi katlanır. Nitekim, eğer zamanında bildirimde bulunsaydı, sigortacı, gerekli önlemleri alarak zararın artmasının önüne geçebilirdi. Bu nedenle, zarar gören konumundaki sigorta ettirene, bildirimde bulunmaması, kusur olarak yüklenebilir.

2. Sigorta Ettirenin Bilgi Verme ve Araştırma Yapılmasına İzin Verme Yükümlülüğü

Türk Ticaret Kanunu m. 1447/1 hükmünde, *"Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca veya sigortacının istemi üzerine, rizikonun veya tazminatın kapsamının belirlenmesinde gerekli ve sigorta ettirenden beklenebilecek olan her türlü bilgi ile belgeyi sigortacıya makul bir süre içinde sağlamak zorundadır. Ayrıca, sigorta ettiren, aldığı bilgi ve belgenin niteliğine göre, rizikonun gerçekleştiği veya diğer ilgili yerlerde sigortacının inceleme yapmasına izin vermekle ve kendisinden beklenen uygun önlemleri almakla yükümlüdür"* denilmektedir. Bu suretle sigorta ettirene, rizikonun gerçekleşmesinden sonra makul bir süre içerisinde her türlü bilgi ve belgeyi sağlama, inceleme yapılmasına izin verme ve kendisinden beklenen uygun önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu hüküm, zararı azaltma külfetinin sigorta hukukundaki özel görünüm biçimlerinden biridir. Zira, rizikonun ve buna bağlı zararın gerçekleşmesinin ardından sigorta ettirenden beklenen, sigortacıya durum hakkında bilgi vererek ve ona inceleme imkânı sağlayarak zararın artmamasına ilişkin kendisinden beklenen makul önlemleri almasıdır.

Sigorta ettiren, bilgi verme ve araştırma yapılmasına izin verme yönündeki yükümlülüklerini ihlâl ederek kendisinden beklenebilecek nitelikteki önlemleri almaz ve bunun sonucunda sigortacının ödeyeceği tutar artarsa, tazminatta indirime gidilir. TTK m. 1447/2'de *"Bu yükümlülüğün ihlal edilmesi sebebiyle ödenecek tutar artarsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır"* denilerek sigorta ettirenin kusuru oranında hükmedilecek tazminat miktarının indirileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm, zarar görenin zararı azaltma külfetine aykırı davranması hâlinde tazminatta indirim yapılacağı yönündeki TBK m. 52/I hükmü ile paralellik göstermektedir.

3. Sigorta Ettirenin Zararı Önleme, Azaltma ve Sigortacının Rücu Haklarını Koruma Yükümlülüğü

Sigorta hukukunda zarar görenin zararı azaltma külfeti, sigorta ettiren bakımından bir yükümlülük olarak TTK m. 1448'de özel olarak düzenlenmiştir. TTK m. 1448/1 uyarınca, *"Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu durumlarda, zararın önlenmesi, azaltılması, artmasına engel olunması veya sigortacının üçüncü kişilere olan rücu haklarının korunabilmesi için, imkânlar ölçüsünde önlemler almakla yükümlüdür."* Zarar sigortalarına ilişkin getirilen bu hüküm ile, sigorta ettirenin zararın artmasına kayıtsız kalması engellenmek istenmiştir[719]. Buna göre sigorta ettiren, zararı önlemek, azaltmak ve artmasına engel olmak için kendisinden beklenebilir nitelikteki makul önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur[720]. Kanun koyucu, sadece rizikonun gerçekleşmesinden sonra değil, rizikonun gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu hâllerde de sigorta ettireni makul önlemleri almakla yükümlü tutmuştur.

Sigorta ettirenin, zararı önlemek veya azaltmak için önlem almak amacıyla yaptığı giderler, sigortacı tarafından karşılanır. Hatta TTK m. 1448/3'te sigortacının, *"sigorta ettirenin birinci fıkra gereğince yaptığı makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, sigorta tazminatından veya bedelinden ayrı olarak tazmin etmekle"* yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Sigorta ettiren talep ederse sigortacı, önlemlere ilişkin masrafları önceden avans olarak sigorta ettirene ödemek zorundadır (TTK m. 1448/4).

Sigorta ettirenin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi hâlinde kanun koyucu, kusur oranına göre tazminatta indirim yapılacağını düzenlemiştir. TTK m. 1448/2'ye göre, *"Bu yükümlülüğe aykırılık sigortacı aleyhine bir durum yaratmışsa, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılır."* Sigorta ettiren, bu yükümlülükleri kasten ihlal ederse, sigortadan doğan haklarını tamamen kaybeder[721].

---

[719] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 200; **Emiralioğlu**, 597. Rizikonun gerçekleşmesi üzerine doğan sigortacının tazmin yükümlülüğü, TBK m. 49 vd. kapsamında bir tazminat yükümlülüğü değildir. Sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü, kanundan ya da sözleşmeden doğan edimlerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinin tâli sonucu değildir; onun ifasına yönelik olan sigorta sözleşmesinin asli konusudur. Sigortacının bu edimi, sözleşmenin ifasına yönelik bir edim niteliği taşıyıp, edimin ifa edilmemesinden doğan ikame bir edim değildir. Bu sebeple, TBK m. 52 hükmü, sigorta ilişkilerinde doğrudan doğruya uygulanamayacağı için zararı önleme ve azaltma yükümlülüğü TTK'da özel olarak hükme bağlanmıştır (**Şenocak**, 374-375).

[720] **Şenocak**, 371; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 200; **Emiralioğlu**, 598.

[721] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 202.

Haksız fiil sorumluluğunda, zarar görenin zararı azaltma külfeti kapsamında aldığı makul önlemlere ilişkin masraflara ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Zarar görenin makul önlem almaya yönelik yaptığı masrafların, faydasız kalsalar bile, zarar veren tarafından tazmin edileceği ve bu masrafların zarar verenden avans olarak istenebileceği yönünde doktrindeki hâkim görüşün temelini, TTK m. 1448 hükmünün oluşturduğu söylenebilir.

4. Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zarar Gören Malda ve Zararın Gerçekleştiği Yerde Değişiklik Yapmama Yükümlülüğü

Türk Ticaret Kanunu m. 1471 uyarınca, *"Sigorta ettiren, hasarın saptanmasından önce, hasar konusu yerde ve malda, hasar sebebinin veya zarar miktarının belirlenmesini güçleştirecek veya engelleyecek bir değişiklik yapamaz; meğerki, bu değişiklik sigortacının onayı veya zararı azaltma amacı ile yapılmış olsun. Bu yükümlülüğün kusurlu ihlalinde, ihlal ile zarar arasında illiyet bulunması şartıyla, kusurun ağırlığına göre tazminattan indirime gidilir."* Bu hüküm, sigorta ettirenin kendi imkânları doğrultusunda zararın azaltılmasını sağlamak ya da artmasına engel olmak için önlem alma yükümlülüğünün düzenlendiği TTK m. 1448/1 hükmünün bir uzantısı niteliğindedir[722]. Sigorta ettirenin bu yükümlülüğe aykırı davranarak zararın artmasına sebep olması, TTK m. 1448/2 hükmünde olduğu gibi tazminatta bir indirim sebebi olarak sayılmıştır.

5. Sorumluluk Sigortalarında Riziko Sonrası Sigortalının Bildirim Yükümlülüğü

Türk Ticaret Kanunu m. 1475 uyarınca, *"Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir. Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde 1427'nci madde uygulanır. Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446'ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanır."*

Sorumluluk sigortalarında, rizikonun gerçekleştiğinin ve sigortalıya yöneltilen istemlerin tazminat ödemekle yükümlü olan sigortacı açısından oldukça önemlidir.

[722] **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, 272.

Böylelikle sigortacı, ileride karşılaşması muhtemel olan tazminat taleplerine karşı bilgilendirilerek gerekli önlemleri alma fırsatını bulmuş olur.

Kanunda öngörülen bildirim sürelerine uyulmaması, sigorta tazminatının artmasına sebep olursa, maddenin yaptığı yollama ile TTK m. 1446/2 uygulama alanı bularak sigorta ettiren ve sigortalının kusurunun ağırlığına göre tazminatta indirime gidilir. Ancak sigortacının rizikonun gerçekleştiğini daha önceden fiilen öğrenmesi durumunda tazminatta indirim yapılması söz konusu olmaz (TTK m. 1446/3).

II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. KAYNAĞIN KESİLMESİ YA DA KİRLETİLMESİ SEBEBİYLE ORTAYA ÇIKAN ZARARIN TAZMİNİ

Zarar görenin kusuruna ilişkin diğer bir özel düzenleme, Türk Medeni Kanunu'nda, kaynaklara zarar verilmesinden doğan tazminat borcu bakımından düzenlenmiştir. Kanuni bir tanımı bulunmayan "*kaynak*" kavramı doktrinde, doğal olarak ya da insan emeği sonucu toprak yüzeyine çıkan su olarak tanımlanmaktadır[723]. Ayrıca kaynak kavramı, sadece suyu değil, suyun bulunduğu kaynak yatağını da içermektedir[724].

Kural olarak kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası sayılır ve bunların mülkiyeti kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir (TMK m. 756/I)[725]. Arazi malikinin, kaynak üzerinde istediği şekilde tasarruf etme yetkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda arazi maliki, kaynağın suyunu tamamen kullanabileceği gibi, mecrasını değiştirebilir ya da suyu istediği yöne doğru akıtabilir[726]. Ancak bu özgürlük, başka bir kimsenin mülkiyet alanına tecavüz etmediği sürece korunmaktadır. Komşuluk ilişkisinden doğan kaçınma yükümlülüklerinden biri de TMK m. 757 hükmünde düzenlenen komşu malikin kaynağını kesmekten ve kirletmekten kaçınma yükümlülüğüdür. TMK m. 757/I uyarınca, *"Önemli ölçüde yararlanılan veya yararlanmak amacıyla suyu biriktirilen kaynakları veya kuyuları kazı, yapı veya benzeri faaliyetler yüzünden kısmen olsun keserek ya da kirleterek malikine veya onda hak sahibi olana zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*

[723] **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, N. 1884; **Belgesay**, 136; **Abik**, Kaynak Hakkı, 80; **Atlan Kazan**, 121.
[724] **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, N. 1884; **Yazman**, 22; **Atlan Kazan**, 121.
[725] *Başpınar*'a göre, kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olmayıp madde itibariyle muhtevasına dahildir. Bütünleyici parçanın söz konusu olması için bir asıl şeyin bulunması gerekir. Oysa kaynak, arzın madde itibariyle muhtevasını oluşturan unsurlardandır (**Başpınar**, 2733).
[726] **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, N. 1888.

Böylelikle kanun koyucu, kaynak sahibine, tasarrufta bulunurken, önceden yararlanılan veya yararlanılmak üzere biriktirilen kaynakları, bunların malikleri ya da üzerinde hak sahibi olan kişilerin zararına olacak şekilde kesmekten ya da kirletmekten kaçınma yükümlülüğü getirmiştir.

Bir kaynaktan önemli ölçüde yararlanıldığı ya da gelecekte yararlanılmak üzere suyun biriktirildiği sırada, komşu arazi maliki veya üzerinde nispî hakka sahip kimse, bazı davranışlarıyla (örneğin yeni bir kaynak açması, kaynağın yakınına gübre yığılması vb.) mevcut kaynağın kesilmesine veya kirlenmesine sebep olursa, bundan doğan zarara katlanır[727]. Bu hâlde komşu arazide faaliyette bulunan kimse, komşuluk ilişkisinden doğan kaçınma borcuna aykırı davranarak komşu kaynak hakkına zarar vermektedir. TMK m. 757 hükmü, komşuluk ilişkisinden doğan sınırların düzenlendiği TMK m. 737 hükmünün bir uzantısı niteliği taşımaktadır. Zira, TMK m. 737/I uyarınca, *"Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür."* Komşular arasında düzenin sağlanması ve menfaatlerin dengelenmesi bakımından kanun koyucu, birtakım kaçınma ve katlanma ödevleri yüklemiştir. TMK m. 737 hükmü, sadece malikler bakımından değil sınırlı aynî hakka ya da nispî bir hakka dayanarak taşınmazı kullananlar bakımından da geçerlidir.

TMK m. 757/I'de düzenlenen korumanın gerçekleşmesi için öncelikle, kaynaktan önemli ölçüde yararlanılması ya da yararlanmak amacıyla suyun biriktirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu, kaynaktan yararlanan ya da yararlanmak amacıyla biriktiren kıdemli hak sahibine öncelik tanıyarak onu üstün tutmuştur. Yararlanmanın önemli olup olmadığı, sübjektif nitelik taşıdığı için, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir[728]. Bu noktada, yararlanmanın amacı önem taşımamaktadır. Kaynaktan yararlanma, tarımsal bir ihtiyaç için olabileceği gibi olağan bir ihtiyaç için de olabilir[729]. Ayrıca kullanmanın, kaynağın kesilmesine ya da kirlenmesine yol açan müdahalenin gerçekleştiği zaman devam ediyor olması gerekmektedir[730]. Kanun koyucu, yararlanmak amacıyla suyun biriktirilmesi durumunda da kesilme ya da kirlenmeye karşı bir koruma sağlamıştır. Suyun biriktirilmesi, suyu doğrudan kullanmaya uygun bir şekilde hâkimiyet

[727] **Esener/Güven**, 420.
[728] **Abik**, Kaynak Hakkı, 86.
[729] **Çörtoğlu**, 124; **Abik**, Kaynak Hakkı, 86.
[730] **Çörtoğlu**, 124.

alanında tutmayı sağlayan yapay tesisler kurmayı ifade etmektedir[731]. Amacın gerçekleşmiş olup olmaması önemli değildir; ilerideki bir ihtiyaca yönelmiş olması, korumanın sağlanması için yeterlidir[732].

Korumanın ikinci şartı, komşunun, arazisi üzerinde işlemler yapmasıdır. Maddede kaynaklara ve sulara zarar veren faaliyetler olarak kazı, yapı ve benzeri faaliyetler sayılmıştır. Hükümde "*benzeri faaliyetler*" ifadesinin yer alması, zarar verici faaliyetlerin geniş yorumlanmasını mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla, kaynağın kesilmesi ya da kirlenmesi sonucunu doğuran bütün eylemler bu kapsama dahil edilebilir[733].

Son olarak, komşunun yaptığı bu işlemlerin kaynağın kesilmesi ya da kirletilmesi sonucunu doğurması gerekmektedir. Bu duruma, kazı işlemleri sonucu kaynağın verim elde edilemeyecek ölçüde suyunun azalması ya da suya yabancı maddeler karışması olayları örnek olarak verilebilir. Gerek kaynağın kullanılmasında gerekse gelecekte kullanılmak üzere biriktirilmesinde, kesilmenin ya da kirlenmenin sürekli olması şart değildir; geçici bir durum olsa bile TMK m. 757 kapsamında koruma talep edilebilir[734].

Bütün bu koşullar gerçekleştiği takdirde kaynak hakkı sahibi, TMK m. 757/I hükmü çerçevesinde uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir. Bu hâlde davacı, zarar gören kaynağın maliki ve kaynak üzerinde bağımsız hakka ya da sınırlı aynî hakka sahip olan kimse iken; davalı, zarar veren komşu arazi maliki ya da komşu arazi üzerinde nispî hak sahibi kimsedir[735].

Türk Medeni Kanunu'nun TMK m. 757'nin yaptırımı, kaynağın kesilmesi ya da kirlenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmin edilmesidir. Burada taşınmaz malikinin kusuru aranmadığı için bir kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu) hali mevcuttur[736]. Zarar veren komşu arazi malikinin sorumlu tutulması için, zarar verici davranış ile kaynağın kesilmesi ya da kirletilmesi arasında nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Bununla birlikte, zarar verenin kusursuz olması ya da zarar görenin kusurunun bulunması hâllerinde hâkimin, tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda geniş takdir yetkisi

[731] **Çörtoğlu**, 125.
[732] **Çörtoğlu**, 125.
[733] **Çörtoğlu**, 125.
[734] **Çörtoğlu**, 125.
[735] **Esener/Güven**, 421; **Abik**, Kaynak Hakkı, 87.
[736] **Eren**, Mülkiyet, 395; **Esener/Güven**, 421; **Çörtoğlu**, 125; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, N. 1891.

bulunmaktadır[737]. Zira, TMK m. 757/II uyarınca, *"Zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü takdir eder.* Tazminata hükmederken hâkimin, failin ya da zarar görenin kusurunun bulunup bulunmadığını, her somut olayın özelliğini göz önünde bulundurarak tespit etmesi gerekmektedir[738].

Önemli ölçüde yararlanılan ya da yararlanılmak üzere biriktirilen kaynağın kesilmesinde ya da kirlenmesinde zarar görenin kusurunun bulunması durumunda hâkim, tazminatı indirebileceği gibi tamamen de ortadan kaldırabilir. Örneğin, kaynaktaki suyu biriktirmek isteyen kimsenin kaynağının komşu arazide yapılan kazı çalışması sonucu kesilmesinde, bu kimsenin suyun birikmesi için kurduğu tesisin gerekli nitelikleri taşımamasının da payı bulunuyorsa, bu durum zarar gören kaynak sahibine kusur olarak yüklenerek tazminatta indirime gidilebilir. Benzer şekilde, kaynaktaki suyun, içme suyu olarak kullanılması nedeniyle periyodik olarak değerlerinin kontrol edilmesi gerekmesine rağmen bu kontrolün yapılmaması durumunda, yan arazide yapılan kazı çalışması sonucu kaynağa kanalizasyon suyu karışırsa ve gerekli kontrolleri yapmayan kaynak sahibi kirlenen suyu tüketerek zehirlenirse, uğradığı zararda kendi ihmalinin de payı bulunmaktadır. Aynı esastan hareketle, henüz zarar gerçekleşmeden önce komşu arazide yapılan kazı çalışmasının kendi kaynağına zarar vereceğini öngören malikin bu duruma sessiz kalarak herhangi bir uyarıda bulunmaması ve müdahale etmemesi de zarar görene kusur olarak yüklenebilir. Zira zarar gören kişi, zarar tehlikesini göze almıştır. Bütün bu hâllerde sorumluluğun tamamen komşu arazi malikine ya da nispî hak sahibine yükletilmesi doğru olmaz. Bu sebeple kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunması amacıyla zarar gören kaynak malikinin ya da kaynak üzerinde sınırlı ayni hakka sahip olan kimselerin kusurunu tazminatta bir indirim sebebi olarak düzenlemiştir. Zarar görenin bu gibi kusurlu davranışları zararın doğmasına sebep olmuş ya da artmasına etki etmişse, TMK m. 757/II hükmü uyarınca hâkim, kusur oranında tazminatta indirim yapabilir. Dolayısıyla bu hüküm, kaynakların kesilmesi ve kirletilmesi kapsamında doğan tazminat bakımından zarar görenin kusurunun özel bir görünüm şeklini oluşturmaktadır[739].

[737] **Eren**, Mülkiyet, 396.
[738] **Çörtoğlu**, 125-126.
[739] **Karan**, 101 vd.

B. BOŞANMA DAVASI KAPSAMINDA TAZMİNAT TALEBİ

Boşanmanın mali sonuçlarından olan tazminat talebi bakımından da zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulduğu görülmektedir.

TMK m. 174/I hükmü uyarınca, mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma nedeniyle zedelenen taraf, kusursuz ya da daha az kusurlu olmak şartıyla, kusurlu taraftan maddi tazminat talep edebilir. Görüldüğü üzere, boşanma sonucunda maddi tazminat talebi için kusursuz olma şartı aranmamış, istemde bulunan tarafın daha az kusurlu olması yeterli kabul edilmiştir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, boşanma davasında tarafların hiçbir kusurunun bulunmaması ender rastlanan bir durum olduğundan, "*kusursuz olma*" deyimi mutlak kusursuzluk olarak anlaşılmamalıdır[740]. Zira, tazminat talebinde bulunacak tarafın mutlak kusursuz olmasını beklemek, maddi tazminatın sınırlarını önemli ölçüde daraltarak tazminatın pratik değerini zedeler. Bu noktada, tazminat talebinde bulunan tarafın kusuru ile evlilik birliğinin ortadan kalkması arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Uygun nedensellik bağının bulunduğu hâkim tarafından tespit edildiği takdirde, istemde bulunan taraf kusurlu kabul edilmelidir. Buna karşılık, tazminat isteyen taraf kusurlu olmakla birlikte, evlilik birliğinin sona ermesine neden olmak bakımından bu kusur ikincil bir nitelik taşıyorsa, bu tarafın kusursuz olduğu kabul edilmelidir. Bu hâlde hâkim, TBK m. 52/I bağlamında tazminatta indirim yapabilir[741]. "*Daha az kusurlu*" olma hâlinde ise, tazminat isteminde bulunan tarafın kusuru ile boşanmaya neden olan olay arasında nedensellik bağı bulunmakla birlikte bu kusur, karşı tarafın kusuruna oranla daha hafif niteliktedir.

Boşanmanın mâli sonuçlarından bir diğeri olan manevi tazminata ilişkin TMK m. 174/II hükmüne göre, boşanmaya neden olan olaylar sonucunda kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat talebinde bulunabilir. İlgili maddenin birinci fıkrasında düzenlenen maddi tazminat talebinden farklı olarak bu hükümde kanun koyucu, "*daha az kusurlu"* ifadesine yer vermemiştir. Dolayısıyla, manevi tazminat

---

[740] **Feyzioğlu,** Aile Hukuku, 404; **Tekinay,** Aile Hukuku, 268; **Dural/ Öğüz/Gümüş**, 152; **Yılmaz**, 239.

[741] **Feyzioğlu**, Aile Hukuku, 404; **Akıntürk/Ateş Karaman**, 296-297; **Dural/Öğüz/Gümüş**, 152; YHGK. T. 25.3.2021 E. 2017/2-2713 K. 2021/348: *"Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade ve eşit kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O hâlde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (TMK m. 4, TBK m. 50 ve 52) dikkate alınarak davacı erkek yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir."* (KBİBB. E. T. 06.12.2022).

talebinde bulunan tarafın kusursuz olması gerektiği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Maddenin gerekçesine bakıldığı zaman ise, manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için davacının tamamen kusursuz olması gerekmediği, davalıya kıyasla daha az kusurlu olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim gerekçeye göre, *"...davacının kusursuz olması şartı yasadan çıkarılmış, davalının kusurlu olması yeterli görülmüştür. Davalının kusurlu olması şartının arandığı her olayda, davacının kusursuz olması gerekeceğinden böyle bir koşulun maddede yer almasına gerek görülmemiştir. Davacının boşanmada kusurunun bulunması genel hükümler gereğince Türk Borçlar Kanunun 50. madde ve devamı hükümlerinin uygulanması sonucu tazminattan indirim ya da tazminata hiç hükmetmeme sebebi sayılacaktır."* Tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi manevi tazminatta da davacının kusurlu bulunmasının TBK m. 52/I hükmü kapsamında bir indirim sebebi sayılacağı anlaşılmaktadır[742]. Yargı kararlarında da boşanma davası sonucu manevi tazminata hükmedilebilmesi için davacı tarafın kusursuz ya da daha az kusurlu olması gerektiği kabul edilmektedir[743]. Buna karşılık davacının kusurunun davalının kusurundan fazla olduğu hâllerde ya da her ikisinin de eşit oranda kusurlu olduğu hâllerde manevi tazminat talebi reddedilir[744].

III. SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEME

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 22'de, zarar gören sigortalının kendisinden kaynaklanan nedenlerle tedavi süresini uzatması ya da iş göremezliğini artırması, hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğinde ya da sürekli iş göremezlik gelirinde indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Bu hükümde öngörülen haller, TBK m. 52/I'de düzenlenen zarar görenin kusurunun, sosyal güvenlik hukukundaki özel görünüm biçimi olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık, TBK m. 52/I'den farklı olarak, SSGSSK m. 22

[742] **Dural/Öğüz/Gümüş**, 154.
[743] Yarg. 2. HD. E. 2022/4417 K. 2022/6669 T. 4.7.2022: "*Boşanma sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talep eden tarafın, kusursuz veya diğer tarafa göre az kusurlu olması ve boşanmaya sebep olan olayların kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunması gerekir (TMK m. 174/2). Bölge adliye mahkemesince kabul edilen ve gerçekleşen davalı-karşı davacı erkeğin kusurlu davranışlarının, davacı-karşı davalı kadının kişilik değerlerine saldırı niteliğinde ve manevi tazminatı gerektirir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Davalı-karşı davacı erkek boşanmaya sebep olan olaylarda ağır kusurlu olduğuna göre, davacı-karşı davalı kadın yararına uygun miktarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, bölge adliye mahkemesince davacı-karşı davalı kadının manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir."* (KBİBB. E.T.5.12.2022).
[744] **Dural/Öğüz/Gümüş**, 154. Yarg. 2. HD. E. 2022/3581 K. 2022/6782 T. 5.7.2022: "*Boşanmaya sebebiyet veren vakıalarda taraflar eşit kusurludur. Boşanmaya sebep olan olaylarda eşit kusurlu eş yararına maddi ve manevi tazminata karar verilemez."* (KBİBB. E. T. 5.12.2022).

uyarınca sigortalının kusuru, ödeneğin/gelirin kaldırılması sonucunu doğurmayıp sadece bunların indirilmesine sebep olur. Zarar gören sigortalının kusurunun ağırlığına göre üç farklı indirim oranı öngörülmüştür.

İlk olarak, SSGSSK m. 22/1,a hükmünde, geçici iş göremezlik ödeneğinin veya sürekli iş göremezlik gelirinin *"...sigortalının iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık nedeniyle hekimin bildirdiği tedbir ve tavsiyelere uymaması sonucu tedavi süresinin uzamasına veya iş göremezlik oranının artmasına, malûl kalmasına neden olması hâlinde, uzayan tedavi süresi veya artan iş göremezlik oranı esas alınarak dörtte birine kadarı"* nın indirileceği düzenlenmiştir. TBK m. 52/I uyarınca zarar görenin zararı azaltma külfeti kapsamında alması gereken birtakım önlemler olduğundan bahsetmiştik. İşte zarara uğrayan sigortalıdan bu kapsamda alması beklenen önlemlerden biri, hekimin tavsiyelerine uymasıdır. Eğer sigortalı, bu tavsiyelere uymayarak tedavi süresinin uzamasına ya da iş göremezlik oranının artmasına sebep olursa, bu davranışları ona kusur olarak yüklenir ve SSGSSK m. 22/I, a hükmü uyarınca hak ettiği geçici iş göremezlik ödeneğinden ya da sürekli iş göremezlik gelirinden indirim yapılır. Örneğin, iş kazası geçiren sigortalı, hekim tarafından verilen ilacı kullanmayarak tedavi süresinin uzamasına neden olursa, bu süre esas alınarak ödenek/gelir indirilir.

İkinci olarak, zarar gören sigortalının ağır kusuru nedeniyle[745] iş kazasına uğraması ya da meslek hastalığına yakalanması durumunda, geçici iş göremezlik ödeneğinde veya sürekli iş göremezlik gelirinde yapılacak indirim oranı, SSGSSK m. 22/I, b'de, "*ağır kusuru yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek hastalığına tutulan veya hastalanan sigortalının kusur derecesi esas alınarak üçte birine kadarı Kurumca eksiltilir*." denilerek belirtilmiştir. Bu hüküm, TBK m. 52/I hükmü kapsamında zarar görenin zararın doğmasına etki etmesi (birlikte kusuru) hali olarak nitelendirilebilir. Örneğin, gerekli koruyucu ekipmanları kullanmadan ya da kendisine verilen talimatlara uymadan işini yapan ve bu sebeple iş kazası geçiren sigortalının bu davranışları, kendisine ağır kusur olarak yüklenebilir.

Son olarak, SSGSSK m. 21/I, c hükmünde, geçici iş göremezlik ödeneğinin ya da sürekli iş göremezlik gelirinin "*Kasdî bir hareketi yüzünden iş kazasına uğrayan, meslek*

[745] Ağır kusur, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde, *"...sigortalının, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili kurallara uymaması, tehlikeli olduğu veya hastalığa sebep olacağı bilinen bir hareketi yapması, yetkili kimseler tarafından verilen emirlere aykırı hareket etmesi, açıkça izne dayanmadığı gibi, hiçbir gereği veya yararı bulunmayan bir işi bilerek yapması ve yapılması gerekli bir hareketi savsaması*" şeklinde tanımlanmıştır.

hastalığına tutulan, hastalanan veya Kurumun yazılı bildirimine rağmen teklif edilen tedaviyi kabul etmeyen sigortalıya, yarısı tutarında" ödeneceği hükme bağlanmıştır. İlgili hükme göre, zarar gören sigortalı, iş kazasının ya da meslek hastalığının ortaya çıkmasına kasten neden olmuşsa ya da kendisine sunulan tedavi imkanını reddetmişse[746], hak kazandığı ödenekte/gelirde yarısı oranında indirim yapılır. İlk hal, zarar görenin birlikte kusurunu, ikinci hal ise zararı azaltma külfetinin ihlalini ifade etmektedir. Bu düzenlemede, SSGSSK m. 21/I hükmünün a ve b bentlerinden farklı olarak, sabit indirim oranı öngörülmüştür.

IV. KARAYOLU TAŞIMA KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEME

Karayolu Taşıma Kanunu'nda, taşımacının zarar görenin kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulabileceği, bunun mümkün olmadığı hâllerde ise, zarar görenin kusuruna dayanarak tazminattan indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. İlgili kanunun m. 18/2 hükmü uyarınca, "*Zorunlu karayolu taşımacılık malî sorumluluk sigortasını yaptırmakla yükümlü olan taşımacı; kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya hak sahibinin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur."* Böylelikle, sorumluluktan kurtulmak isteyen taşımacının hem nedensellik bağını kesen sebebin varlığını hem de kusursuzluğu ve araçta kazayı etkileyen bir bozukluğun olmadığını ispat etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Karayolu Taşıma Kanunu m. 18/3 uyarınca ise, *"Sorumluluktan kurtulamayan taşımacı, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, durum ve şartlara göre tazminattan indirim yapılabilir."* Buna göre, taşımacının sorumluluktan kurtulması için gerekli koşullar sağlanmamış olmakla birlikte, zarar görenin kusuru, tazminat miktarının tespitinde bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

§ 11. KUSURSUZ SORUMLULUK HÂLLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

I. GENEL OLARAK

Hukuki sorumluluk, zarardan sorumlu olan ile zarar gören arasında önceden kurulmuş bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmamasına göre, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı

[746] Tedaviyi ret hakkının sınırlarına ilişkin bkz. § 8. III. B. 1. b.

sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Taraflar arasında önceden kurulan bir hukuki ilişki bulunmamakla birlikte bir zarar doğması durumunda bu zararın tazmin edilmesi, sözleşme dışı sorumluluğu; bir hukuki ilişkiden, özellikle de sözleşmeden doğan borcun ihlali nedeniyle doğan zararın tazmini ise sözleşme sorumluluğunu oluşturmaktadır. Sözleşme dışı sorumluluk, geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu olarak da nitelendirilmekte olup hem kusur hem de kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu) hallerini kapsayan bir kavramdır. Haksız fiil sorumluluğunun bir türü olan kusursuz sorumluluk, haksız fiilin kusur dışındaki diğer unsurlarını (fiil, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağını) barındırmaktadır[747].

Kusur ilkesine göre, bir zararın başkası tarafından tazmin edilmesi, ancak zarar onun kusurlu davranışından doğmuşsa mümkündür; aksi takdirde zarar gören söz konusu zarar kendisi katlanır[748]. Her ne kadar tazminat yükümlülüğünün kusura dayandırılması hakkaniyete uygun ise de, sanayinin ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte teknik ilerlemelere bağlı tehlikelerin artması, kusuru ispat zorluğu ve ekonomik bakımdan zayıf kimselerin korunmasında kusur ilkesinin yetersizliği, kusursuz sorumluluğun doğmasına neden olmuştur[749]. Sorumluluk hukukunda kural, kusura dayanan sorumluluktur; kusursuz sorumluluk istisnai bir sorumluluk çeşididir[750]. Bu sebeple, kusursuz sorumluluğun söz konusu olması için açık bir kanun hükmünün bulunması gerekmektedir.

Kusursuz sorumluluk hallerinin ortak noktası, kusur şartının aranmaması ve kanunun öngördüğü objektif olay ile zarar arasında nedensellik bağının bulunmasının, sorumluluğun kurulması için yeterli olmasıdır[751]. Sorumluluğun bu türünde bir kimse, kusurlu olmasa dahi, hâkimiyet alanında bulunan kişilerin eylemlerinden ya da sahip olduğu birtakım malvarlıkları sebebiyle sorumlu tutulmaktadır.

Kusursuz sorumluluk, sorumlu tutulan kişinin kusurlu olmasa dahi tazminatla yükümlü kılındığı halleri ifade etmektedir. Bu nedenle kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu olarak da anılmaktadır[752]. Objektif sorumluluk olarak nitelendirilmesinin sebebi, sorumluluğun doğması için, zararın hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanmasının yeterli olması; sorumlu kişinin kişiliğine ya da irade zayıflığına yönelik

[747] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 414.
[748] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 89; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 34.
[749] **Guhl/Koller**, § 23, N. 6; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 1 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 91 vd.; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 35-36; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 414; **Gümüş**, Borçlar Genel, 464 vd.
[750] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 497; **Gümüş**, Borçlar Genel, 464.
[751] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 38; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 11; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1304-1305.
[752] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 613; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 497; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 7-8.

sübjektif nitelikteki bir kınamanın ve unsurun gerekmemesidir[753]. Sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmesinin sebebi ise, söz konusu zarara bir kimsenin davranışının zarara sebep olmasının, diğer bir anlatımla, zarar ile söz konusu olay arasında nedensellik bağının bulunmasının gerekli ve yeterli olmasıdır[754].

Doktrinde kusursuz sorumluluk halleri, hakkaniyet sorumluluğu (TBK m. 65), özen sorumluluğu (TBK m. 66-70) ve tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir[755]. Ayrıca, özel kanunlarla hüküm altına alınmış kusursuz sorumluluk halleri de bulunmaktadır.

Hakkaniyet sorumluluğunun Türk hukukundaki görünüm şekli, ayırt etme gücüne sahip olmayan kimselerin de verdikleri zarardan sorumlu tutulmalarını mümkün kılan TBK m. 65 hükmüdür[756]. Buna göre, her ne kadar kural olarak ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kimseler, haksız fiil ehliyetleri bulunmadığı için, verdikleri zarardan sorumlu değil iseler de, hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde hâkimin bu kimselerin verdiği zararın tamamen ya da kısmen giderilmesine karar vermesi mümkündür. Hakkaniyet, somut olayın koşullarına göre ve hukukun genel ilkeleri kapsamında en adaletli sonucu sunan çözüm yolu olarak ifade edilebilir[757]. Bu kapsamda, ayırt etme gücü bulunmayan zarar veren kişinin ekonomik durumunun zarar görene kıyasla çok daha iyi olması, hakkaniyet sorumluluğunun temel ölçütlerinden birini oluşturmaktadır[758].

Olağan sebep sorumluluğu olarak da adlandırılan özen sorumluluğu, hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu dışında kalan kusursuz sorumluluk hallerini içermekte olup objektif nitelikteki özen gösterme yükümlülüğünün, denetim ve gözetim ödevinin ihlaline dayanmaktadır[759]. Olağan sebep sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, sorumluluğa neden olan olay ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Bu hâllerde sorumluluk, kusura değil, sorumluluğa neden olan olgunun gerçekleşmesine bağlanmıştır[760]. Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen, adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66), hayvan

[753] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 497; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 7.
[754] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 497; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 8; **Bolat Türkdoğan**, 30.
[755] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1902; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 498 vd.; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 40.
[756] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1903 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 499; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 40-41; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 421 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1327 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 525.
[757] **Gümüş**, Borçlar Genel, 527.
[758] **Gümüş**, Borçlar Genel, 527.
[759] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1910; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 23; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 41-42; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 416; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1364; **Gümüş**, Borçlar Genel, 466.
[760] **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1365.

bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67) ve yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) ile Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369) ve taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK m. 730) özen sorumluluğu halleridir. Sorumlu kişiye yüklenen özen eksikliği, genellikle aynı zamanda bir kusur oluşturduğundan, objektif özen ödevine dayanan sebep sorumluluklarının kusur sorumluluğuna yakın olduğu söylenebilir[761].

Sorumluluk hallerinin en ağırı olan bir diğer kusursuz sorumluluk türü ise, tehlike sorumluluğudur. Söz konusu niteliğinden dolayı sorumluluğun bu türü, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olarak da nitelendirilmektedir[762]. Teknolojik gelişmelerle birlikte tehlikeli işletme ve faaliyetlerin artması, tehlike sorumluluğunun ortaya çıkmasına neden olmuştur[763]. Tehlikenin özel ağırlığı, bu işletme veya faaliyetlerin zarara yol açmaya aşırı eğiliminden ya da neden oldukları kazaların ağır sonuçlar doğurmasından kaynaklanmaktadır[764]. Bu sorumluluk, bir şeyden ya da faaliyetten sağlanan faydanın, aynı zamanda onun yarattığı riske de katlanmayı gerektirmesini ifade eden "*her nimetin bir külfeti vardır*" düşüncesinin bir sonucudur[765]. Böylelikle, tehlikeli işlerle uğraşanlar, bazı durumlarda kusursuz dahi olsalar, ortaya çıkan zararlı sonuçlardan sorumlu tutulmuşlardır. Tehlike sorumluluğu, özel kanunlarda düzenlenen tehlike sorumluluğu hallerinin yetersizliği ve önceden hepsinin öngörülmesinin mümkün olmaması sebebiyle, TBK m. 71'de genel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bunun dışında, özel kanunlarla düzenlenen bazı tehlike sorumluluğunu halleri de bulunmaktadır.

Bir kimsenin kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumlu tutulduğu durumlarda da zarar görenin kusurlu davranışının tazminatta indirime yol açacağı kabul edilmektedir[766].

---

[761] Ancak bu tür sorumlulukların sebep sorumluluğu olarak nitelendirilmesi, birtakım sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda sorumlu kişi, objektif özen yükümlülüğünün ihlali kusur derecesine ulaşmamış olsa, ayırt etme gücüne sahip bulunmasa ya da işlerin yönetimini ehliyetli bir yardımcıya bırakса ve kendisinin bir kusuru bulunmamakla birlikte yardımcı kişi objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa dahi sorumlu tutulur. Ayrıca sorumlu kişi, beklenmeyen hal nedeniyle objektif özen yükümlülüğünü yerine getiremese dahi doğan zarardan sorumlu olur (**Tiftik**, Maddi Tazminat, 43).

[762] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 26.

[763] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2112.

[764] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 26; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 43; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1906.

[765] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 498; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 44; **Gümüş**, Borçlar Genel, 515.

[766] **Oftinger**, 266; **Huguenin**, Obligationenrechts, N. 1898; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 27; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 383; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 596; **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 28; **Baysal**, 139. Yarg. 17. HD. E. 2015/1624 K. 2017/8004 T. 20.9.2017: "*Kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat tayin edilirken aksi belirtilmedikçe Borçlar Kanunu'nun kusura dayanan sorumluluk (TBK 49-76. md.) hükümleri uygulanır. Bu sebeple tazminatta indirime sebep olabilen TBK 51-52.maddeleri kusursuz sorumluluk hallerinde takdir edilecek tazminatlarda da indirim sebebi olabilecektir*" (KBİBB. E.T. 15.06.2024).

Zarar görenin kusuruna ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 52/I, sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğuna da uygulanabilir. Bu kapsamda kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu bir olayda, zarar gören kusurlu bir davranışıyla zararın doğmasına ya da artmasına etki etmiş olabilir. Ayrıca, zarar verenin davranışları karşısında zarar görenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olması da, tazminattan indirim yapılmasına neden olabilir. Zira, TBK m. 52/I hükmü, zararın doğmasında ya da artmasında zarar görenin etkili olması halini düzenlemektedir. Bu nedenle zarar gören, sadece kusurlu değil kusursuz davranışıyla da zararın ortak sebebi olabilir[767].

Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluk, kusurdan bağımsız olarak doğduğundan, sorumluluğun tarafların kusur oranları karşılaştırılarak taraflar arasında paylaştırılması mümkün değildir[768]. Nitekim, bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için, karşılaştırılacak unsurlar arasında ortak bir paydanın bulunması gerekir. Zarara sebep olan bir olayda sebep sorumluluğunu doğuran olay ile zarar görenin kusuru bir arada bulunuyorsa, bir durum ile kusurun karşılaştırılması söz konusudur[769]. Bu durumda, zarar görenin kusuru ile kusursuz sorumluluğa yol açan olayın zararı doğurmaya elverişliliği arasında bir karşılaştırma yapılarak, zarar görenin zararın doğmasına ya da artmasına etki ettiği oranda tazminatta indirim yapılır[770].

Kusursuz sorumluluk hallerinde tarafların kusurlarının karşılaştırılması, ancak sorumlu kişinin ek (munzam) kusurunun bulunması durumunda mümkün olur[771]. Bir kimsenin, objektif olarak sorumluluğunu doğuran olayın yanında ayrıca zararın meydana gelmesinde etkili olan bir kusurunun bulunmasına, ek kusur denir[772]. Diğer bir anlatımla, kusursuz sorumluluğa tâbi olan kimsenin sorumluluğa sebep olan olay dışında ayrıca zararın doğmasında ya da artmasında bir kusurunun bulunması hâli, ek kusur olarak ifade edilmektedir. Zarardan sorumlu olan kişinin kusuru varsa bu durum tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Bu hâlde de tazminattan bir indirim söz konusu olmakla birlikte, bu indirim, zarar görenin kusurlu olmasından değil kusursuz sorumluluğa tâbi zarar

[767] **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 27.
[768] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 136.
[769] **Deschenaux/Tercier**, 205-206; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 137.
[770] **Oftinger**, 268-269; **Nomer**, 97; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 136 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Baysal**, 139.
[771] **Oftinger**, 269; **Nomer**, 97.
[772] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 8; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 420; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1307.

verenin kusurlu olmasından kaynaklanmaktadır. Sebep sorumluluğu uyarınca sorumlu olan kişinin ek kusuru, zarar görenin kusurunun zarardaki payını azaltır.

Sebep sorumluluğunda sorumlu kişi, herhangi bir kusuru bulunmasa dahi bütün zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu için, sorumlu kişinin ayrıca kusurlu bulunması, zarardan fazla bir tazminat ödenmesi sonucunu doğurmaz. Ancak ek kusur özellikle, tazminattan indirim sebeplerinin bulunduğu hâllerde önem kazanır. Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumlu tutulan kişinin aynı zamanda kusurlu olması, çeşitli açılardan önem taşımaktadır. Kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğu hâllerde ek kusur, kişinin kurtuluş kanıtı getirmesini engellemektedir[773]. Böyle bir durumda, kusursuz sorumlu olan kişinin gereken dikkat ve özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ek kusur, sorumlunun nedensellik bağını kesen nedenlerden birini (mücbir sebep, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru) ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasını da engellemektedir[774]. Zarar görenin kusurlu olduğu hâllerde ek kusur, sorumluluğun paylaştırılmasına önemli ölçüde etki eder. Zira hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak tarafların kusurları oranında sorumluluğu paylaştıracağı için, zarar görenin payına düşecek kusur oranı da azalır.

Ek kusurun bulunduğu durumlarda, kusurun tazminatın belirlenmesine ne şekilde etki edeceği hususunda iki görüş bulunmaktadır. "*Etkisizleştirme (nötralize) görüşü*" olarak adlandırılan ilk görüşe göre[775], sorumlu kişinin ek kusuru zarar görenin kusurunu etkisizleştirir, yani nötralize eder. Sorumlu kişinin ek kusuru, zarar görenin kusuruna eşit ya da ondan ağırsa, zarar görenin kusurunu etkisiz hale getirerek zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan indirim yapılmasına engel olur[776]. Zira, sebep sorumluluğu hallerinde sorumlu kişi kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulduğundan, onun kusurlu olması, daha çok kınanmasını gerektirir[777]. Etkisizleştirme görüşünün savunucuları, kusursuz sorumlulukta zarar görenin genellikle sosyal ve ekonomik açıdan zarar verene kıyasla daha zayıf durumda olması nedeniyle, bu çözüm yolunun sosyal adalet kurallarına da uygun olduğunu belirtmektedirler[778]. Ek kusurun tazminatın belirlenmesine etkisini açıklayan bir diğer görüş

[773] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 420; **Oğuz**, 283; **Acar**, 343; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1308.
[774] **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1309.
[775] **Schönenberger**-KUKO OR Art. 44, N. 4; **Oftinger**, 269-270; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 8; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 139-140; **Eren/Dönmez**, Md. 51-52, N. 26; **Gümüş**, Borçlar Genel, 572; **Acar**, 343; **Deschenaux/Tercier**, 206.
[776] **Huguenin**, Obligationenrechts, N. 1898.
[777] **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 26.
[778] **Eren/Dönmez**, m. 51-52, N. 26.

ise "*pasta teorisi*" dir[779]. Bu teoriye göre, hâkim, tazminatı belirlerken somut olayın bütün özelliklerini ve tarafların kusurlarını göz önünde bulundurarak onları bir pastaymış gibi dilimlere böler ve bu dilimleri kusurları oranında sorumlu kişilere dağıtır[780]. Kanaatimizce, ikinci görüş daha isabetlidir. Nasıl ki kusur sorumluluğunda hâkim, tazminatı belirlerken zarar görenin kusurun zarara sebep olan kişinin kusuru ile birlikte göz önünde bulundurarak sorumluluğu paylaştırıyorsa, aynı usul ek kusurun bulunduğu kusursuz sorumluluk hallerine de uygulanmalıdır.

II. ÖZEN SORUMLULUĞU HALLERİNDE ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. ADAM ÇALIŞTIRANIN SORUMLULUĞUNDA

Adam çalıştıranın sorumluluğu, kusursuz sorumluluk hallerinden, özen sorumluluğu olarak TBK m. 66'da düzenlenmiştir. TBK m. 66/I hükmü uyarınca, "*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*." Bu düzenlemeyle kanun koyucu adam çalıştırana, objektif bir özen yükümlülüğü yüklemiştir[781]. Buna göre adam çalıştıran, kendisine bağlı olarak çalışanlarının işlerini gördükleri sırada üçüncü kişilere zarar vermemeleri için her türlü dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu sorumluluğun kaynağını, hakkaniyetin sağlanması düşüncesi oluşturmaktadır[782]. Zira, kendi işini tek başına görmekte zorlandığı için başkasının ediminden yararlanan bir kimsenin, söz konusu hizmetin yerine getirilmesi sırasında başkalarının uğradığı zararlardan sorumlu tutulması adalete uygundur. Böyle bir sorumluluk getirilerek adam çalıştıranın, daha dikkatli ve özenli davranması sağlanmaya çalışılmıştır.

Adam çalıştıranın kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. TBK m. 66/II ve m. 66/III hükmünlerinde adam çalıştıranın özel kurtuluş kanıtı getirme imkânı düzenlenmiştir. TBK m. 66/II hükmüne göre adam çalıştıran, "*çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse"* sorumluluktan kurtulabilir. TBK m. 66/III hükmü uyarınca ise, adam çalıştıran, "*işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını*

[779] **Nomer**, 94.
[780] **Nomer**, 94.
[781] **Fisher/Böhme/ Gähwiler**-OFK OR Art. 55, N. 4; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1914; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1417; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 615-616; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 107 vd.; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 436-437; **Kılınç**, 92-93; **Kara Kılıçarslan**, 21.
[782] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1915; **Gümüş**, Borçlar Genel, 468; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 438; **Kara Kılıçarslan**, 16.

önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle" yükümlü kılınmıştır. Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere, zararın önlenmesi bakımından adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğü esas itibariyle, çalışanların seçimine, işle ilgili talimat vermeye, çalışanları denetlemeye ve çalışma düzenini zararı önlemeye elverişli nitelikte kurmaya ilişkindir. Adam çalıştıran, bu hususlarda kendisinden beklenen gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, doğan zarardan sorumlu tutulmaz. Özel kurtuluş kanıtından başka adam çalıştıran, genel kurtuluş kanıtı getirerek, yani çalışanın davranışı ile zarar arasındaki nedensellik bağının kesildiğini ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir[783]. Söz konusu genel kurtuluş kanıtı, nedensellik bağına ilişkin olduğundan nedensellik bağını kesen sebepler (mücbir sebep, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusuru) uygulama alanı bulur.

Adam çalıştıranın sorumluluğunda zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi ya da sorumluluktan kurtuluş nedeni oluşturabilir[784]. Örneğin, işverene bağlı olarak çalışan bir şoför, hizmetinde çalıştığı kişiyi işyerine götürürken intihar etmekte kararlı bir kimsenin kendisini çalışanın kullandığı aracın önüne atması durumunda ölüm olayı, adam çalıştıranın dikkat ve özen gösterme yükümlülüğüyle ilgili değildir; bu nedenle, özen gösterme yükümlülüğü ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığından adam çalıştıran doğan zarardan sorumlu olmaz[785].

Zarar görenin nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmayan kusuru ise, bir indirim sebebi olarak dikkate alınır. Adam çalıştıran, zarar gören konumunda olabileceği gibi kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tarafta da yer alabilir. Her iki durumda da zarar

---

783 **Fisher/Böhme/ Gähwiler**-OFK OR Art. 55, N. 21; **Gümüş**, Borçlar Genel, 474; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop,** 508 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1487; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 625-626; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 431-432; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 465; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 121-122; **Kılınç**, 101-102. 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 55/II hükmünde, "*Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamıyacağını ispat ederse mesul olmaz."* ifadesi yer almaktaydı. 6098 sayılı TBK m. 66/II hükmünde ise adam çalıştıranın sadece gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği hükme bağlanmıştır. Her türlü özeni göstermiş olsaydı dahi zararın doğmasına engel olamayacağına ilişkin düzenlemeye TBK'da yer verilmemesinin sebebi, esasında ayrıca böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olmamasıdır. Zira, bu durum, nedensellik bağının kesilmesine ilişkindir ve adam çalıştıranın, genel hükümler çerçevesinde nedensellik bağının kesildiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Kanaatimizce, sorumluluktan kurtarıcı bu genel nitelikteki sebebin maddede ayrıca tekrar edilmemesi yerinde olmuştur.

784 **Stehle/Reichle**, OR Art. 55, N. 15; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 466; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 621; **Kara Kılıçarslan**, 177; **Okyar**, 171. YHGK. T. 23.11.1968 E. 1966/9-494 K. 1968/769: "…*istihdam edenlerin kusursuz sorumluluğu öngörülmüş ise de, bu kural mağdurun müterafik kusurundan dolayı onun isteyebileceği tazminattan aynı Kanununun 44 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca tenzilat yapılmasına engel olmaz*." (KBİBB. E. T. 26.09.2023).

785 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 510.

görenin kusurlu davranışı, tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim tarafından bir indirim nedeni olarak dikkate alınır.

Zarar gören konumundaki adam çalıştıranın objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranması, zararın doğmasına ya da artmasına etki etmişse, kendi uğradığı zararın tazmininde söz konusu kusurlu davranışı, bir indirim sebebi olarak değerlendirilir[786]. Bu durumu ikili bir ayrım yaparak incelemek mümkündür. Zarar gören kişinin yardımcılarının kusurunun da aynı zarar görenin kendi kusuru gibi tazminattan indirim yapılmasına neden olabileceğinden bahsetmiştik[787]. Dolayısıyla, adam çalıştıranın, zarar gören konumunda bulunduğu hâllerde hem kendi kusuru hem de çalıştırdığı kişilerin kusuru kendi lehine hükmedilecek tazminattan indirime gidilmesine neden olur.

TBK m. 66 hükmü kapsamında zarar gören adam çalıştıranın yardımcısı konumundaki çalışanlar, kusurlu davranışlarıyla, zararın doğmasına etki etmiş ya da artmasına sebep olmuşlarsa, zarar gören adam çalıştıran lehine hükmedilecek tazminat miktarından indirim yapılır. Örneğin, haksız fiil sonucu aracı hasara uğrayan kimsenin işçisi araç tamir olurken kullanılmak üzere hasar gören araca kıyasla lüks bir araç kiralayarak zararın artmasına sebep olursa, işçinin bu kusurlu davranışı zarar gören adam çalıştırana yüklenerek tazminattan indirime gidilmesine yol açabilir[788]. Eğer adam çalıştırana bağlı olarak çalışan işçinin davranışı zararın doğmasına etki etmişse, benzer şekilde bu da bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur. Örneğin (A), adam çalıştıran (B)'ye zarar verici bir davranışta bulunurken, (B)'nin yanında çalışan (C)'nin fiili de zararın doğmasına etki etmiş ise, (A)'nın sorumlu olacağı tazminatın belirlenmesinde TBK m. 66 hükmü kıyas yoluyla uygulanarak (B) lehine hükmedilecek tazminattan indirim yapılabilir. Doktrindeki hâkim görüşe göre[789], zarar gören (adam çalıştıran), TBK m. 66 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla kurtuluş kanıtı

[786] Yarg. 9. HD. T. 23.11.2022 E. 2022/14705 K. 2022/15027: *"İşveren açısından değerlendirme yapıldığında, işverenin müterafik kusur niteliği taşıyan davranışlarının, işçinin işe alınmasında özenli davranmaması, işçiye verilen talimatlar ve eğitimde kusurlu davranılması şeklinde karşımıza çıkabilir. Bu durumlarda da, işverenin müterafik kusur niteliği taşıyan davranışı dikkate alınarak işçinin sorumluluğu hafifletilir."* (KBİBB. E. T. 12.05.2024).

[787] Bkz. § 5. II. B. 2.

[788] **Kurt**, 807.

[789] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 128; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324. Aksi yönde bkz. **Nomer**, 122. *Baysa*l'a göre, TBK m. 66'da öngörülen kusur karinesinin kıyasen uygulanması hakkaniyetli değildir. Bundan dolayı, bu hâlde zarar görenin kurtuluş karinesi getirmesi kendisinden beklenmemelidir. Ancak zarar verenin, zarar görenin kusurlu olduğunu ispat etmesi durumunda, tazminattan indirim yapılması mümkün olmalıdır (**Baysal**, 55-56).

getirerek yardımcı kişinin kusurunu üstlenmekten kurtulabilir ve yardımcı kişinin kusurunun kendisi aleyhine bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulmasını engelleyebilir.

Zarar gören adam çalıştıranın kendisinin de uğradığı zarara etki eden kusurlu davranışı, tazminat miktarının belirlenmesinde değerlendirmeye alınır. Yargıtay bir kararında[790], *"...basiretli bir tacir gibi davranması gereken davacı şirket ayrıca adam çalıştıran sıfatına sahip olduğu için mesleki bilgi ve yeteneğe sahip olan ve güvenilir kişileri çalıştırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uymayarak objektif özen borcunu ihlal eden davacı şirketin bu fiili zararın doğmasına veya artmasına ortak sebep olarak katkıda bulunmuştur. Bu durumda davacı şirketin müterafik (ortak) kusurunun bulunduğu kabul edilip müterafik (ortak) kusur oranı belirlendikten sonra kendi uğramış olduğu zararın tazmininde bu kusur oranında indirim yapılması*" gerektiğine hükmetmiştir. Benzer yöndeki başka bir kararında Yargıtay[791], "*Davacı muhasebe elemanı olarak çalışan davalı şahsın şirket müdürünün imzasını başka evraktan kopyalayarak oluşturduğu talimatları fax ile davalı bankaya göndererek hesaptan paralar çektiğini ileri sürmüş, Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak davacının kendi çalışanının suç oluşturan eylemleri sonucu zararın meydana gelmiş olması nedeniyle adam çalıştıran sıfatında olan davacının da çalıştırdığı kişiyi seçmede ve denetlemede üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmemek suretiyle özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gözetildiğinde davacının müterafik kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca usulsüz işlemlerin yaklaşık bir yıl sürmüş olması nedeniyle de davacının uzun bir süre yapılan işlemleri takip etmemesi de hatalıdır. Bu itibarla Mahkemece, davacının müterafik kusur oranı belirlenerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın davalı banka yararına bozulması gerekmiştir*" ifadelerini kullanmıştır. Ayrıca, zarar görenin çalıştırdığı kişilerin zararın artmasını engellemek için makul önlemleri almaması hâlinde de, zarar verenin tazminat sorumluluğunun hafifletilmesi mümkündür[792].

Adam çalıştıranın, zarar gören tarafta değil, zarardan sorumlu olan tarafta bulunması durumunda da zarara uğrayan üçüncü kişinin zararın doğmasına ya da artmasına neden olan davranışları tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Bu kapsamda, zarar görenin zararın artmasını önlemek amacıyla kendisinden beklenen önlemleri almaması kendisine kusur olarak yüklenerek tazminata etki edebilir. Örneğin, çalışanın üçüncü bir kişinin

[790] YHGK. T. 26.9.2019 E. 2017/11-129 K. 2019/961 (KBİBB. E. T. 15.05.2024).
[791] Yarg. 11. HD. T. 13.7.2023 E. 2022/1433 K. 2023/4483 (KBİBB. E. T. 15.05.2024).
[792] **Tandoğan**, Mes'uliyet, 324; **Kurt**, 807.

bedensel bütünlüğüne zarar vermesi durumunda zarar gören, tedavi olmayarak ya da kendisine doktor tarafından verilen ilaçları kullanmayarak uğradığı zararın artmasına sebep olursa, bu artan zarara adam çalıştıranın katlanması hakkaniyete uygun düşmez[793]. Bu hâlde, kusursuz adam çalıştıranın sorumluluğu ile zarar görenin kusurunun karşılaştırılmasında, sorumluluğa neden olan olay ile zarar görenin kusurlu davranışının zararı meydana getirmeye elverişliliği göz önünde bulundurulur.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, bir özen sorumluluğu olduğu için sorumluluk adam çalıştıranın ya da çalışanın kusurundan bağımsız olarak doğar. Bu nedenle, adam çalıştıranın sorumluluğunda kusur, ancak ek kusur durumunda tazminata etki edebilir. Somut olayda adam çalıştıranın herhangi bir kusuru bulunmuyorsa, sorumluluğa neden olan olay ile zarar görenin kusurlu davranışının zararı meydana getirmeye elverişliliği birbiriyle karşılaştırılır. Zarar görenin ağır kusuru, adam çalıştıran için tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, kusursuz sorumluluğun doğası gereği tazminat yükümlüsüne ağır bir sorumluluk yüklenildiğinden, bu hâllerde zarar görenin hafif kusuru, tazminat miktarına etki etmez[794]. Öte taraftan, adam çalıştıranın kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olduğu bir olayda çalışanın bir kusuru bulunmaktaysa, çalışanın kusuru, adam çalıştıranın ek kusuru gibi değerlendirilir[795].

İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Tırmanma Kemeri* (*Steiggurt-Fall*) kararında[796], bir montaj şirketinde tesisatçı olarak çalışan davacı, tırmanma kemerinin kopması sonucu elektrik hattından düşerek yaralanmıştır. Federal Mahkeme, kemerin onarımında ikinci kalite deri kullanılmasından dolayı koptuğunu tespit etmiş, onarımı yapan işletme sahibini, çalışanlarına uygun malzeme sağlamayarak özen borcunu ihlal etmesi gerekçesiyle adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutmuştur. İş organizasyonu kapsamında işin verildiği yardımcı kişiye uygun araç sağlama konusunda özenli davranmayan işletme, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulmuştur. Buna yanında mahkeme, davacının, uygun bir yük uygulayarak kayışın yük taşıma kapasitesini kontrol etmemesini zarar gören davacıya kusur olarak yüklemiştir. Ayrıca, davacı, davalının talimatlarının aksine, onarımı dükkânda değil atölyede gerçekleştirerek davalının denetimini zorlaştırması ve onarımın gerektiği gibi yapılamamasına yol açması nedenleriyle de kusurlu bulunmuştur. Söz konusu gerekçelerle

[793] **Kara Kılıçarslan**, 179.
[794] **Baysal**, 248.
[795] **Nomer**, 78.
[796] BGE 64 II 254.

İsviçre Federal Mahkemesi, meydana gelen kazada davacı zarar görenin de kusuru bulunduğu yönünde karar vermiştir.

B. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞUNDA

Hayvan bulunduranın sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 67/I uyarınca, "*Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*." Hayvan bulunduranın sorumluluğu, bir hayvanı fiili hâkimiyeti altında bulundurarak ondan yararlanan kişinin, hayvanın üçüncü kişilere zarar vermesini engellemek için kendisinden beklenen gerekli önlemleri almaması nedeniyle özen yükümlülüğünü ihlal etmesine dayanmaktadır[797].

TBK m. 67/I hükmünde sorumlu kişi, başkasına zarar veren hayvanı bulunduran kişi olarak belirlenmiştir. Hayvanı, yararlanmak (ticari, sınai veya zirai ya da sadece güzel vakit geçirmek) amacıyla elinde bulunduranlar, hayvan üzerinde fiili ya da hukuki bir hâkimiyete, bakım ve yönetim gibi tasarruf gücüne sahip olan kimseler, hayvan bulunduran sayılırlar[798]. Hayvan bulunduran kimse her zaman için hayvanın maliki olmayabilir; hayvanın kiracısı, hayvan kendisine rehin verilen ya da ödünç bırakılan kimseler de hayvanın verdiği zararlardan TBK m. 67/I kapsamında sorumludur[799]. Ayrıca, sorumluluğun söz konusu olması için, hayvanın tamamen kendi irade ve arzusuyla, yani kendi içgüdüsüne uygun olarak yaptığı bir hareket sonucunda zarar meydana gelmiş olması gerekir. Hayvanın hareketlerini idare eden bir kimsenin yanlış bir davranışı sonucunda bir başkası zarar görmüşse, bu durumda TBK m. 67 hükmü uygulanmaz[800].

Hayvan bulunduranın, kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. TBK m. 67/II uyarınca, "*Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz."* Hayvan bulunduran, halin gerektirdiği tüm dikkat ve özeni gösterdiği kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabileceği

---

[797] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 513; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1981; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 124-125; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1555; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 476; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 438. Sorumluluğunun temelinin tehlike ve menfaat esasına dayandığı görüşüne ilişkin bkz. **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 643.

[798] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 514; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1988; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 125; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 645; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 439; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 487.

[799] **Eren**, Borçlar Genel, N. 1990; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 125-126; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1564; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 440; **Gümüş**, Borçlar Genel, 493.

[800] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 514; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1994; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 131; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 647; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 440; **Gümüş**, Borçlar Genel, 494; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 485.

gibi, gerekli dikkat ve özeni göstermiş olsaydı dahi zarara engel olamayacağını ispat ederek de sorumluluktan kurtulabilir[801]. Genel kurtuluş kanıtı niteliğindeki bu ikinci durumda, mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru halleriyle nedensellik bağının kesilmesi söz konusu olur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 52/I maddesinde düzenlenen zarar görenin kusuruna, hayvanların verdikleri zararlarda da rastlanır. Bu durumda, hayvan bulunduranın sorumluluk derecesi, zarar görenin kusurunun derecesine göre azaltılır ya da tamamen ortadan kaldırılır[802]. Zarar görenin kusurlu davranışı nedensellik bağını kesebileceği gibi, tazminattan indirime de sebep olabilir. Hayvanı kışkırtmak ya da herhangi bir önlem almadan sebepsiz yere hayvana yaklaşmak, zarar görene kusur olarak yüklenebilir[803]. Örneğin, etrafı çitle çevrili bir evin bahçesine bir çocuğun izinsiz girmesi ve bahçede bulunan köpeğin de zincirini kırarak çocuğa saldırması durumunda çocuk, zarara kendi fiili ile sebep olmuştur. Zira, çocuk bahçeye hiç girmemiş olsaydı, söz konusu zarar hiç doğmayacağından hayvan bulunduranın TBK m. 67 kapsamında sorumluluğu doğmaz[804].

Bazı hâllerde de zarar görenin kusurlu davranışı, nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmamakla birlikte tazminattan indirim yapılması sonucunu doğurabilir. Örneğin, bir kimsenin başıboş dolaşan bir hayvanı başka bir kimsenin tarlasına girerek onun ekinlerine zarar verirse, bundan hayvan bulunduran şahıs özen sorumluluğu kapsamında sorumlu olur. Ancak tarla sahibi, hayvanı kışkırtarak hayvanın daha büyük bir tahribata yol açmasına sebep olmuşsa, o zaman bu kişinin de kusurlu davranışıyla zararın artmasına sebep olduğu kabul edilir[805].

Yargıtay'ın hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında zarar görenin kusurlu davranışını, tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirdiği kararları bulunmaktadır. Yargıtay, bir kararında[806], "*Somut olayda, davalının ilçe merkezinde bulunan evinin bahçesinde büyükbaş hayvanlarını otlattığı ve bu sırada davalıya ait hayvanın (tosunun)*

---

[801] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 516; **Eren**, Borçlar Genel, N. 1997; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 649-650; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 131 vd.; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 441-442.
[802] Yarg. 4. HD. T. 6.2.1996 E. 1995/9668 K. 1996/908: "*Borçlar Kanunu'nun 44. maddesindeki, zarar görenin zararın doğumuna veya çoğalmasına birlikte sebep olması hallerinde hayvan idare edenin sorumluluk derecesi zarar görenin kusurunun şekli ve derecesine göre ya azaltılır, veyahutta tamamen ortadan kalkar.*" (KBİBB. E. T. 17.05.2024).
[803] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 650.
[804] **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 650-651.
[805] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 597-598.
[806] Yarg. 3. HD. T. 1.10.2018 E. 2016/21918 K. 2018/9278 (KBİBB. E. T. 15.05.2024).

saldırması sonucu davacının yaralandığı sabittir. Davalı yukarıda açıklanan yasal düzenleme gereğince kusursuz sorumlu olup, mahkeme gerekçesinde dayanak yapılan davacının hayvana taş atması şeklindeki hareketi, davalının sorumluluğunun niteliği itibariyle başlı başına illiyet bağını kesecek boyutta-nitelikte bir hareket olarak kabul edilemez. Bu husus ancak davacı bakımından müferafik kusur olarak değerlendirilebilir." şeklinde hüküm kurmuştur.

Benzer şekilde, başka bir kararında Yargıtay[807], "*İnceleme konusu olaya gelince: Davacının olay günü saat 24:00 sıralarında davalıya ait bahçe içerisinde bulunan K..... Bar'ın bahçe kapısından bara girmek amacıyla bahçeye ve oradan da bara girmek istediği anda, davalının maliki olduğu kurt köpeğinin saldırısı ve ısırmasına maruz kalarak yaralandığı tartışmasızdır. Köpeğin bakıcısının o civarda kapıcılık yapan Senayi olduğu, köpeği işyerinin içine bıraktığı ve köpeğe su vermek için aşağıya indiği ve işyerinin kapısının da o anda açık olduğu, davacının barın kapısından içeri girdiğinde köpeğin saldırısına maruz kaldığı adı edilenin ifadesi ile anlaşılmaktadır. Gerçi olay sırasında barın kapalı olduğu ve buna rağmen davacının bara girmek istediği anlaşılmakta ise de; bahçe kapısının açık olması ve saldırgan bir köpeğin kapısı açık bara bırakılması bakıcının özensizliğini (kusurunu) gösterir. Bakıcının bu kusurlu davranışından ise köpeğin sahibi olan davalı da hukuken sorumludur (BK. md. 55,56). Öte yandan, davacının çalışır hâlde olmayan bara girmek istemesi ve bu konuda özensiz davranması şeklinde tezahür eden kusurlu hareketi ise (davalının sorumluluğunun niteliği itibariyle) illiyet bağını kesecek boyutta kabul edilemez. Ancak zarardan indirim nedeni olabilir*." ifadelerini kullanarak zarar görenin kusurlu hareketini tazminattan indirim nedeni olarak kabul etmiştir.

Tam tersi bir durumda, yani zarar görenin hayvan bulunduran olması durumunda da bu kimsenin kendi kusuru, hükmedilecek tazminattan indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Zararın doğmasına ya da artmasına zarar görenin (hayvan bulunduranın), hâkimiyeti altında bulunan hayvanı yeteri kadar gözetmemesi sebep olmuşsa, bu kişi lehine hükmedilecek tazminat miktarında indirim yapılabilir[808]. Örneğin, iyi gözetilmeyen bir hayvanın işlek bir yola atlayarak araba çarpması sonucu ölmesi durumunda hayvan bulunduranın objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemesi bir ortak sebep teşkil ettiği için, bu durum tazminattan indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulur[809]. Konuya

[807] Yarg. 4. HD. T. 6.2.1996 E. 1995/9668 K. 1996/908 (KBİBB. E. T. 19.05.2024).
[808] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 29; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 129.
[809] **Eren/Dönmez,** m. 51-52, N. 27; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 129.

ilişkin bir kararında Yargıtay[810], "*Davaya konu olan olay, davalı Ö.`ye ait taşınmazda yeni yetiştirilmek üzere olan antep fıstığı fidanlarının, hayvanlardan zarar görmesini önlemek için, taşınmazın içine oğlu olan davalı K. tarafından zehir atılmasından kaynaklanmıştır; işte davacıların hayvanları bu taşınmaz içinde ve civarında otlaması sırasında zehirlenerek ölmüştür…Davacıların hayvanlarının başkalarının mal ve canına zarar vermeyecek şekilde idare edilmesi gerekir. Başkasının mülküne girme izne ve belirli koşullara bağlıdır. Olayımızda davacılar, hayvanlarını davalıların taşınmazına sokmakla, en azından zararın meydana gelmesine yardımcı olmuşlardır. Bu davranış, BK.nun 44. maddesinde bir indirim sebebi olarak kabul edilen müterafik kusur niteliğindedir*." şeklinde hüküm vererek zarar gören konumundaki hayvan bulunduranın kusurunu tazminatın hesaplanmasında dikkate almıştır. Zarar gören hayvan bulunduran, kurtuluş kanıtı getirerek indirim yapılmasını engelleyebilir[811].

C. EV BAŞKANININ SORUMLULUĞUNDA

Ev başkanının sorumluluğunun[812] düzenlendiği TMK m. 369/I hükmü uyarınca, *"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."* Her ne kadar ev başkanının sorumluluğu, Medeni Kanun'da düzenlenmiş ise de, niteliği itibariyle borçlar hukukunun kapsamına giren bir sorumluluk türüdür[813].

Ev başkanının sorumluluğu, objektif özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan olağan sebep sorumluluğudur[814]. Adam çalıştıranın sorumluluğunda olduğu gibi ev başkanının sorumluluğu da başka bir kimsenin davranışına dayanmaktadır. Zira kanun koyucu, ev başkanına, başkanlığı altındaki kişiler üzerinde denetim ve gözetim ödevi yüklemiştir. Bu kişilerden birinin zararlı bir sonuca yol açması hâlinde, ev başkanının üzerine düşen denetim

---

[810] Yarg. 4. HD. T. 13.3.1985 E. 1984/9973 K. 1985/2112 (KBİBB. E. T. 19.05.2024).
[811] **Nomer**, 129; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 130.
[812] 743 sayılı Medeni Kanun'da "*ev başkanı*" ifadesi yerine "*aile başkanı*" ifadesi kullanılmaktaydı. Sorumluluğun bu türü, soyut bir ev birliğine değil aile hâlinde bir arada yaşama olgusuna dayandığı için kanaatimizce, aile başkanı ifadesi söz konusu sorumluluğu daha iyi nitelemekte idi (**Ünal**, Aile Başkanı, 30-31; **Deschenaux/Tercier**, 82). Ancak çalışmamızda, kanundaki kullanım şekline uygun olarak, ev başkanı ifadesini kullanmayı tercih ettik.
[813] **Ünal**, Aile Başkanı, 33; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2004; **Koçano Rodoslu**, 880.
[814] **Ünal**, Aile Başkanı, 72-73; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2005; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 161 vd.; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 446; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 638; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1852; **Koçano Rodoslu**, 882.

ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilmiştir. Ev başkanının sorumluluğuna tabi kişiler, küçük olmaları ya da sezgin olmamaları nedeniyle kendi davranışlarının sonuçlarını kavrayabilecek nitelikte olmadıkları için kanun koyucu tarafından ev başkanının kusursuz sorumluluğu öngörülmüştür[815]. Ev başkanlığı ilişkisi kanuna[816] ya da sözleşmeye[817] dayanabileceği gibi örf ve adete[818] de dayanabilir[819].

Ev başkanının, somut olayın koşullarının gerektirdiği dikkat ve özeni gösterdiğine ilişkin kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması mümkündür. Ev başkanının göstermesi gereken özenin ölçütü objektif nitelikte ise de, durum ve koşulların göz önünde bulundurulması, onun adam çalıştırana ve hayvan bulundurana kıyasla daha kolay kurtuluş kanıtı getirmesini sağlar[820]. Zira genellikle somut olayın koşulları, ev başkanından, zararı önlemek için makul ölçüden daha fazla önlem almasını beklemeyi zorunlu kılmaz[821]. Bu nedenle, ev başkanının sorumluluğu, kurtuluş kanıtı ile en çok yumuşatılmış, subjektif sorumluluğa en fazla yaklaştırılmış objektif sorumluluk türüdür[822]. Özel kurtuluş kanıtı dışında ev başkanı, nedensellik bağını kesen sebeplerden birini ispatlayarak da sorumluluktan kurtulabilir.

Ev başkanının sorumluluğunun söz konusu olduğu hâllerde de, zarar görenin kusurlu davranışı tazminata etki eder. Eğer zarar görenin kusuru, zararlı fiil ile doğan zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunlukta ise, aile başkanı aleyhine tazminata hükmedilmez. Örneğin, arkadaşıyla evde dart oynayan bir çocuğun atış yaptığı sırada

---

[815] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 446-447.

[816] TMK m. 335 vd. hükümlerinde düzenlenen velayet ilişkisi, kanundan doğan ev başkanlığı ilişkisinin en tipik örneğidir. Kanun koyucu küçüklerin, ergin olana kadar ana ve babanın velayeti altında olduğunu düzenlemiştir.

[817] Bir sözleşme ilişkisine dayanılarak bir kimsenin yönetim ve denetimine tabi olunmasını ifade etmektedir. Sağlık ve eğitim kurumlarının, yurt ve pansiyon işleticilerinin ev başkanı sıfatı bulunduğu kabul edilmektedir (**Ünal**, Aile Başkanı, 118-119; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 447; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 146; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1829; **Koçano Rodoslu**, 885-886).

[818] Özellikle birden çok kan ya da kayın hışmının bir arada yaşadığı kırsal alanlarda, ev başkanının kim olduğunun tespitinde o yörenin örf ve âdet kurallarından yararlanılır (**Ünal**, Aile Başkanı, 118-119; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2019; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 447; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1831; **Koçano Rodoslu**, 886).

[819] **Karahasan**, 618; **Feyzioğlu**, Borçlar Genel, 638. Ev başkanlığı ilişkisi, sosyal unsur ve bağımlılık unsurundan oluşmaktadır. Sosyal unsura göre iki ya da daha çok kişinin aile hâlinde birlikte yaşamaları gerekmektedir. Bağımlılık unsuru ise, aile hâlinde birlikte yaşayan kimseler arasında altlık-üstlük ilişkisini ifade etmektedir. Ayrıca, zaman unsuru da ev başkanlığı ilişkisinin kurulması bakımından önem taşımaktadır. Zira, ev başkanının, kendisinden beklenen özen ve gözetim görevini yerine getirebilmesi ve gerekli önlemleri alabilmesi için kendisine bir süre tanınması gerekir (**Ünal**, Aile Başkanı, 113-114; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2014, 2015).

[820] **Ünal**, Aile Başkanı, 90; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 153.

[821] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 153; **Ünal**, Aile Başkanı, 122.

[822] **Ünal**, Aile Başkanı, 91.

arkadaşının kendine zarar verme niyetiyle kendisini okun önüne atması hâlinde yaralanma ile ev başkanının sorumluluğu arasındaki nedensellik bağı kesilir. Bu durumda TMK m. 369 hükmü uygulanmaz. Benzer şekilde, velayet altındaki küçük sınıf arkadaşına zarar vermiş ancak bunun nedeni arkadaşının ağır tahrik içeren davranışı ise, ev başkanı bu durumu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir[823].

Buna karşılık, nedensellik bağını kesmeyen zarar görenin kusurlu davranışı, tazminat miktarının belirlenmesinde indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur[824]. Ev başkanının sorumlu olduğu bir olayda zarar görenin kusuruna ilişkin bir inceleme yapılmadan verilen kararlar Yargıtay tarafından bozulmaktadır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir olayda[825], davalının velayeti altındaki küçük, arkadaşları ile dağa çıkmış, ısınmak amacıyla ateş yakmış, çıkan yangın rüzgârın etkisiyle hızla yayılarak ormana sirayet etmiş, çocuklar her ne kadar yangını söndürmeye çalışmışlarsa da başarılı olamamışlardır. Tazminat davası, idare tarafından, orman yangını nedeniyle doğan zararın (yanan fidanlar, ağaçlandırma giderleri ve yangın söndürme gideri) giderilmesi istemiyle açılmıştır. İlk derece mahkemesi, davayı kabul etmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, davalı anne ve babanın ev başkanı sıfatıyla kusursuz sorumlu olduklarına hükmetmekle birlikte, ormanları yangınlara karşı koruyarak yangını söndürmek ve büyümesini engellemek amacıyla önlem almakla yükümlü olan idarenin, olay yerine gelmekte geciken davacı kurum görevlilerinden sorumlu olduklarını tespit etmiş, bu durum dikkate alınmayarak müterafik kusur incelemesi yapılmadan verilen kararı bozmuştur. Benzer yöndeki başka bir karara konu olan olayda[826], davalıların velayeti altında bulunan küçük, davacının velayeti altındaki çocuk tarafından darp edilip hastanelik olmuş, bedensel bütünlüğü zarara uğramıştır. Söz konusu olay nedeniyle davacılar maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir. İlk derece mahkemesi, ev başkanının sorumluluğu kapsamında davalının velayeti altında bulunan çocuğun uğradığı zarar nedeniyle tazminata hükmetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, davacıların velayeti altındaki çocuğun kusurlu olup olmadığı hususunda herhangi bir inceleme yapılmadan karar verilmesini bozma sebebi saymıştır.

Ehliyeti bulunmayan küçüğün sebep olduğu trafik kazalarından doğan zarardan ev başkanı sıfatıyla ana baba sorumludur. Bu hâllerde de zarar görenin davranışının zararın

[823] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 451.
[824] **Koçano Rodoslu**, 883.
[825] Yarg. 3. HD. T. 6.10.2021 E. 2021/5624 K. 2021/9596 (KBİBB. E. T. 22.05.2024).
[826] Yarg. 3. HD. T. 11.11.2015 E. 2014/21596 K. 2015/17683 (KBİBB. E. T. 19.05.2024).

doğmasına ya da artmasına etki edip etmediğinin tespit edilmesi, tazminatın buna göre belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay kararına konu olan bir olayda[827], davalıların velayeti alında bulunan 15 yaşındaki küçük, ehliyetsiz araç kullanarak bir motosiklete çarpmış ve motosiklet sürücünün ölümüne sebep olmuştur. Dava, trafik kazası sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle doğan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkin açılmıştır. İlk derece mahkemesi, 15 yaşındaki küçüğün sebep olduğu zarardan TMK m. 369 kapsamında anne babayı sorumlu tutarak tazminata hükmetmiştir. Temyiz edilen kararda Yargıtay, ölen motosiklet sürücünün kask takmamasının dikkate alınmadan karar verilmesini bozma sebebi saymıştır. Yargıtay'ın önüne gelen diğer bir olayda[828], 14 yaşındaki küçük, aşırı hız yaparak elektrik direğine ve başka bir araca çarpmış, aracın yanması sonucundaki yanında bulunan arkadaşı ölmüştür. Yargıtay, doğan zarardan araç sürücüsünün ana babasını ev başkanı sıfatıyla sorumlu tutmuştur. Buna karşılık, ölen kişinin, sürücünün arkadaşı olduğunu, yaşının küçüklüğü nedeniyle ehliyetsiz olduğunu bilebilecek durumda olduğunu belirterek, bilerek ve isteyerek ehliyetsiz bir sürücünün aracına binmesinin kendisine kusur olarak yüklenerek tazminattan indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir.

Ev başkanının zarar gören konumunda olması da mümkündür. Ev başkanının uğradığı zarara, kendi gözetimi altında bulunan kişilerin davranışları da etki etmişse, zararın tamamına zarar verenin katlanması beklenemez[829]. Diğer bir anlatımla, zarar gören ev başkanının açtığı tazminat davasında, gözetimi altındaki kişilerin davranışları da indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir. Nasıl ki ev başkanı, gözetimi altında bulunan kişilerin başkalarına verdiklerini zararlardan sorumlu ise, bu kişilerin, kendi uğradığı zarara etki eden davranışlarından da sorumludur. Örneğin, ana baba, yaramaz olduğunu bildikleri çocuğunu evde tek başına bırakmışlarsa ve çocuk eve davet ettiği arkadaşları ile birlikte evde yangın çıkmasına sebep olmuşsa, ana babanın diğer çocuklar aleyhine açacakları tazminat davasında, kendi özensiz ve tedbirsiz davranışları, bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir[830]. Benzer şekilde, ileride çalışarak kendilerine destek olacak çocuklarına dikkat etmeyen ana babanın, çocuğun bir trafik kazasında ölmesi sonucunda, destekten yoksun kaldıklarını iddia ederek açtıkları tazminat davasında, ana babanın kendilerinden

[827] Yarg. 17. HD. T. 24.1.2019 E. 2016/4223 K. 2019/675 (KBİBB. E. T. 21.05.2024).
[828] Yarg. 17. HD. T. 28.6.2018 E. 2015/12112 K. 2018/6540 (KBİBB. E. T. 21.05.2024).
[829] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 128; **Nomer**, 130.
[830] **Nomer**, 127.

beklenen dikkat ve özeni göstermemiş olması, tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi oluşturabilir[831].

Eğer zarar veren gibi zarar gören de gözetim altında bulunan bir kimse ise, onun ev başkanının özen ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, kendi kusuru sayılmaz; özen ve gözetim görevinin ihlali kusur niteliği taşıyorsa, bu durum, üçüncü kişinin kusuru olarak dikkate alınarak tazminatın indirilmesi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilir[832].

Zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatın indirilmesinin söz konusu olduğu hâllerde, ev başkanının ek kusurunun dikkate alınması gerekir. Ev başkanının ek kusurunun bulunması, onun kurtuluş kanıtı getirme imkanını ortadan kaldıracağı gibi, zarar görenin kusurunun indirim sebebi olarak dikkate alınmasını da engeller[833].

D. YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA

Bir özen sorumluluğu olarak yapı malikinin sorumluluğu, TBK m. 69'da düzenlenmiştir. TBK m. 69/I hükmü uyarınca, "*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür."* Yapı eserleri (bina[834] ve diğer yapı eserleri[835]), insanların barınmaları, çalışmaları, korunmaları, kısaca hayatlarını sürdürebilmeleri için zorunlu varlıklar olmakla birlikte, bu yapıların özensiz yapılması ya da bakımlarının ihmal edilmesi başkalarının can ve malvarlıklarında zarar meydana getirebileceği için kanun koyucu, yapı malikinin sorumluluğunu bir kusursuz sorumluluk türü olarak düzenlemiştir.

Yapı malikinin sorumluluğu, yapım bozukluğu ya da bakım eksikliğine dayanmaktadır. Yapım bozukluğu, kullanılan malzemenin kötülüğünü, proje ya da plandaki

---

[831] **Nomer**, 127.
[832] **Ünal**, Aile Başkanı, 138-139.
[833] **Ünal**, Aile Başkanı, 105; **Koçano Rodoslu**, 883.
[834] Binalar, kişilerin barınma veya korunma amacıyla yaptıkları, toprağa bağlı bulunan, etrafı ya da üstü az çok kapalı sabit yapılardır. Ev, dükkân, sığınak, ağıl, garaj gibi yapılar örnek olarak gösterilebilir (**Eren**, Borçlar Genel, N. 2053; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 186; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 169-170).
[835] Diğer yapı eserleri, bina dışındaki tüm yapıları ifade eder. Bunlar, toprağa doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunan, insan emeği ile yapılan ve tamamlanmış olan her türlü şeydir. Bina, taşınmaz bir yapı olmakla birlikte, diğer yapı eserleri taşınmaz olabileceği gibi taşınır niteliği de taşıyabilirler. Bir yapının diğer yapı eseri olarak nitelendirilebilmesi için taşıması gereken unsurlar; sabitlik, yapaylık ve tamamlanmadır. Asansör, köprü, doğalgaz boruları, telefon hattı, yer altı geçitleri, kömür madenleri, teleferik direği buna örnektir. **Eren**, Borçlar Genel, N. 2051 vd.; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1725; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 453 vd.; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 186 vd.; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 170 vd.; **Gümüş**, Borçlar Genel, 482-483.

eksiklikleri, yapım sırasında yetersiz personelin kullanılmasını ve gerekli güvenlik donatımının sağlanmamasını ifade ederken; bakım eksikliği, yapı eserinde durumun gerektirdiği tamirlerin yapılmamış olmasını, çevredeki kişilerin mal ve şahıs varlıklarını koruyucu gerekli önlemlerin alınmamasını, kısaca yapı eserine özen gösterilmemiş olmasını ifade etmektedir[836]. TBK m. 69/II hükmü ile, intifa ve oturma hakkı sahipleri de bakımdaki eksiklikler nedeniyle doğan zararlardan malik ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır.

Yapım bozukluğu ve bakım eksikliği, özen ya da gözetim ödevinin ihlaline ilişkin[837] olmakla birlikte, yapı malikine kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır[838]. Bu nedenle, yapı malikinin zararın meydana gelmemesi için her türlü dikkat ve özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bu yönüyle yapı malikinin sorumluluğu, ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu niteliği taşımaktadır[839]. Kanun koyucunun sorumluluğu, yapı maliki aleyhine ağırlaştırmasının sebebi, hakkaniyet fikrine dayanmaktadır[840]. Zira yapı maliki, zarar görene kıyasla ekonomik yönden genellikle daha güçlü olduğu için, bir bina ya da yapı eserinden yararlanan kimsenin bundaki bozukluk ya da eksikliklerin neden olduğu zararları gidermek zorunda olması, nimet-külfet ilişkisine uygun düşmektedir[841]. Sorumluluktan kurtulmak isteyen yapı malikinin, genel kurtuluş sebeplerini, yani nedensellik bağını kesen durumların varlığını ispatlaması gerekmektedir[842].

Yapı malikinin sorumluluğunda da zarar görenin kusurlu davranışı, tazminatın belirlenmesinde dikkate alınır. Zarar görenin kusurlu davranışı, nedensellik bağını kesecek nitelikteyse, yapı maliki doğan zarardan sorumluluğu olmaz. Buna karşılık zarar görenin kusurlu davranışının bu yoğunlukta olmadığı hâllerde, söz konusu davranış tazminat miktarının tespitinde hâkim tarafından bir indirim sebebi olarak değerlendirilir. Yargıtay,

---

[836] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 519; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2061-2062; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1761 vd.; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 459-460; **Tandoğan**, Mes'uliyet, 191-192; **Gümüş**, Borçlar Genel, 485.
[837] *Oğuzman/Öz*'e göre, yapı malikinin sorumluluğu özen ya da gözetim ödevinin ihlaline ilişkin değildir. TBK m. 69 ile getirilen kusursuz sorumluluk, esas itibariyle, bir binaya ya da yapıya malik olmaya dayanan bir sorumluluk türüdür. Malikin sorumluluğu, kendisine yükletilen bir özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmamaktadır. Nitekim, bina ya da yapıyı yeni devralan malik de kendisinden önceki yapı bozukluklarının ve bakım eksikliklerinin, kendi mülkiyetinde bulunduğu sürede meydana getirdiği zararlardan sorumludur (**Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 517).
[838] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2036; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1672.
[839] Yapı malikine kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamasının, söz konusu sorumluluğu tehlike sorumluluğuna yaklaştırdığı savunulmaktadır (**Tiftik**, Maddi Tazminat, 42).
[840] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2038.
[841] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 517; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2038.
[842] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 178; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1672.

yapı malikinin sorumluluğundan kaynaklanan tazminatın zarar görenin kusuru dikkate alınmadan belirlenmesini, bozma sebebi saymaktadır[843].

Zarar görenin kusurlu davranışı, nedensellik bağının kesecek yoğunluğa ulaşmış ise, meydana gelen zarardan yapı maliki sorumlu tutulamaz. Örneğin, bir bina ya da yapı eseri patlayıcı konularak havaya uçurulmuş ve bombayı koyan kişi binanın yıkılması nedeniyle zarara uğramışsa, zarar görenin ağır kusuru nedensellik bağını keseceği için yapı malikinin sorumluluğu doğmaz[844]. Zarar görenin kendi kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olup olmadığı tespit edilirken yapı eserindeki bozukluk ya da eksikliğin göz çarpar nitelikte olup olmadığı ve zarar görenin bu sebeple daha fazla dikkat göstermesinin gerekip gerekmediği değerlendirilir[845]. Yargıtay kararında konu olan bir olayda[846], ASKİ'nin sorumluluğunda bulunan rögarın tıkanması sonucunda pis suyun geri teperek banyo giderinden çıkıp zemine yayılması sonucunda zarar meydana gelmiştir. Yapılan incelemede, davalıya ait kanalizasyon şebekesi ve tıkanan rögar yapı eseri olarak değerlendirilmiştir. İlk derece mahkemesi, sigortalının konutunun iskanlı olmayıp pis suların yayılmasının konutun konumundan ileri geldiği, mal sahibi ve apartman yönetimi tarafından atık suyun geri gelmesini engelleyecek önlemler alınmadığı ve bunun sonucunda zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kestiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, zarar görenin kusurlu davranışının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmadığından bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Karşı oyda, meydana gelen zararın sigortalı konutun yer aldığı binanın kötü yapılmasından kaynaklandığı anlaşıldığı için zarar ile davalının sorumluluğu arasındaki nedensellik bağının kesildiği, nitekim, sigortalı konutun yer aldığı binadaki kaçak kanalizasyon bağlantısı

---

[843] Yarg. 3. HD. T. 28.10.2015 E. 2014/21027 K. 2015/16922 T. 28.10.2015: "…*somut olaya bakıldığında; Halfeti Cumhuriyet Başsavcılığının 2011/286 Sayılı soruşturma dosyasındaki olay yeri krokisine göre elektrik telleri ile inşaatın çatısı arasında 60 cm yüksekliğin bulunduğu, kusursuz sorumluluk ilkesi gereği gerekli tedbir ve kontrollerin yapılması gerektiği, davalı şirket tarafından denetim ve özen yükümlülüğünün yerine getirildiğinin tespit edilmediği görülmekle davalı şirketin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunduğu, davalı şirketin zarardan sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, zararın meydana gelmesinde davacı A. C. 'un müterafik kusuru bulunduğunun tespiti hâlinde, davalı idarenin müteselsilen sorumlu olduğu miktardan davacının müterafik kusuru oranında indirim yapılması gerekmektedir. O hâlde; mahkemece önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik uzman bilirkişi kurulu marifeti ile davalı şirketin kusursuz olarak sorumlu olduğu ve olayın meydana gelmesi sonucunda ortaya çıkan zarar ile davalı şirketin faaliyeti arasında illiyet bağı bulunduğu gözetilerek, davacının müterafik kusur oranı belirlendikten sonra, zarar bedelinin tamamından bu oranda indirim yapılmak suretiyle geri kalan miktara TBK'nun 61. ve 62.(BK'nun 50. ve 51.) maddeleri gereğince müteselsil sorumluluk gereği karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."* (KBİBB. E. T. 19.05.2024).

[844] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 461.

[845] **Tandoğan,** Sözleşme Dışı, 178.

[846] Yarg. 11. HD. T. 7.3.2013 E. 2012/4432 K. 2013/4267 (KBİBB. E. T. 19.05.2024).

usulüne uygun olarak yapılmış olsaydı söz konusu zararın doğmayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce de sigortalıya ait konutun zarar görmesinin tek (inhisari) nedeni, binanın kaçak olması ve kanalizasyon bağlantısının usulüne aykırı yapılmış olmasıdır. Bu nedenle biz de Yargıtay'ın bozma kararının yerinde olmadığı kanısındayız.

Yapı malikinin sorumlu olduğu bir olayda, zarar görenin davranışı uğradığı zararın doğmasına ya da artmasına etki etmiş ise, bu durum tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olayda[847], bir binanın çatısında biriken ve temizlenmeyen karlar, davacının yolda bulunan aracının üzerine düşmüş ve zarar meydana getirmiştir. Davacının aracını park edilmesi yasak olan bir yere park etmiş olması nedeniyle davacının bu davranışının nedensellik bağını kesip kesmeyeceği tartışılmış ise de, zarara neden olan olay tek başına yanlış park olmayıp zarar görenin bu davranışının zararın oluşumuna etki edecek nitelikte olduğu tespit edilerek her iki tarafın da kusurlu olduğuna hükmedilmiştir. Buna göre davalı, çatıdaki karların kaldırıma ya da caddeye düşerek taşıtlara ya da yayalara zarar verebileceği belediye tarafından uyarılmasına rağmen çatıyı temizlemediği için, davacı ise park yasağı bulunan caddeye aracını park ettiği için kusurlu bulunmuştur. Somut olayda, her ne kadar yapı malikinin bakım eksikliği nedeniyle doğan zarardan sorumluluğu bulunmakta ise de, park ihlali yapan zarar görenin de bu kusurlu davranışının zararın doğmasına etki ettiği yönündeki tespit yerinde olmuştur. Ayrıca, bina ve yapı eserindeki bozukluğun ya da eksikliğin fark edilmesine rağmen o şekliyle kullanılmaya devam edilmesi de zarar görene kusur olarak yüklenmektedir[848]. Yargıtay, verdiği bir kararda, davacının yapıdaki eksikliği ve bozukluğu fark etmesine rağmen bunun giderilmesine ilişkin herhangi bir girişimde bulunmayarak zararın artmasına sebep olmasını, ona kusur olarak yüklemiştir[849].

Zarar görenin yapı maliki olduğu durumlarda, yapı eserinin zarar görmesinde, bu yapının hatalı yapılması ya da bakımında eksiklik olmasının etkisi varsa, tazminatta indirime

---

[847] YHGK T. 4.6.2008 E. 2008/3-415 K. 2008/415 (KBİBB. E. T. 16.05.2024).
[848] **Tandoğan,** Sözleşme Dışı, 178.
[849] Yarg. 23. HD. T. 2.10.2015 E. 2014/5084 K. 2015/6218: *"Bu durumda mahkemece, davacının, kendisine tahsis edilen konuttaki eksik ve ayıplı imalatları 2002 yılında yaptırdığı delil tespiti ile öğrendiği, birleşen davaya konu ettiği ve konutta oturulmasını engellediğini ileri sürdüğü eksik ve ayıp imalatların bedelini 2002 yılında davalı kooperatiften talep etmesi, talep ettiğinde tahsil etmesi hâlinde dairesini kullanmaya başlaması ya da bir başkasına kiraya vermesi mümkün iken, kooperatiften talepte bulunmadan, dolayısıyla tahsil edip edemeyeceği olasılığını tüketmeden dava tarihine kadar bekleyip zararın artmasına neden olmasının müterafik kusur teşkil ettiği gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu husus değerlendirilip, tartışılmadan eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır."* (KBİBB. E. T. 20.05.2024).

gidilebilir[850]. Zarar gören yapı eseri sahibinin, kurtuluş kanıtı getirerek tazminatta indirim yapılmasının önüne geçmesi mümkün değildir[851].

Yapı malikinin kusurlu olması durumunda ek kusur sorumluluğu ağırlaştıracağı için, nedensellik bağını kesen sebepler uygulama alanı bulmaz[852]. Ayrıca, yapı malikinin ek kusuru, zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmesini engeller[853]. Yargıtay, zarar göreninin kusurlu davranışının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olduğu durumlarda dahi yapı malikinin ek kusurunun, nedensellik bağının kesilmesini önleyeceği görüşündedir[854].

E. TAŞINMAZ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNDA

Bir kusursuz sorumluluk çeşidi olan taşınmaz malikinin sorumluluğu, Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiştir. TMK m. 730 uyarınca, "*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*

---

[850] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 129; **Nomer**, 130.
[851] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 130-131.
[852] **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1671.
[853] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 162; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 453; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1671.
[854] Yarg. 4. HD T. 28.6.2005 E. 2004/13024 K. 2005/7173: "*Dava, davacıya ait katırın yere koparak düşen elektrik tellerine basarak ölümü nedeniyle katır bedelinin tazmini istemine ilişkindir. Mahkemece, elektrik tellerinin üzerine başkasına ait ağacın devrilmesi sonucu olayın meydana geldiği, davalının kusurunun olmadığı, davacının hayvanını başıboş bıraktığı gerekçe gösterilerek dava reddedilmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Enerji nakil hattının sahibi olan davalı, tehlike arz eden bu yapı eserinin fena yapılmasından, bakımı ve işletilmesindeki eksikliklerden BK.nun 58. maddesi uyarınca sorumludur. Bu sorumluluk, hukuki niteliği itibariyle kusura dayanmayan (objektif) bir sorumluluktur. Davalının sorumlu tutulabilmesi için zarar ile elektrik tesisinin kullanımı arasında illiyet bağının bulunması sorumluluk için yeterlidir. Ayrıca kusur aranmamaktadır. Somut olayda davacının zararı, tehlike arz eden yere düşen elektrik tellerinden kaynaklandığına göre davalı kusursuz olarak sorumlu bulunmaktadır. Öte yandan davacı tanıklarının anlatımına göre olay günü sabah saat 7.50 sıralarında çürümüş ağacın elektrik tellerinin üzerine düşerek koparttığı, aynı saatte durumun muhtar tarafından Tedaş' a bildirildiği, yetkili kişilerin gelmemesi üzerine Tedaş' ın tekrar arandığı, saat 11.00 sıralarında davacının katırına odun yükleyip yoldan geçerken katırın tele basarak öldüğü, olaydan yaklaşık 5-6 saat sonra Tedaş görevlilerinin gelerek olaya müdahale ettikleri anlaşılmaktadır. Tedaş yetkililerinin olaya müdahale etme sürelerinin makul olup-olmadığı değerlendirilerek, olaya zamanında müdahale edilmemesi, elektrik nakil hattının kopmasına rağmen kablolardaki elektrik akımının mevcut olması ve sigorta sisteminin devreye girmemesi halleri de davalının BK.nun 41. maddesi gereğince kusur sorumluluğunu gerektirir. Davalı olayda BK'nun 58 maddesine göre kusursuz sorumlu durumunda iken, ek olarak kusurlu bir davranış içinde bulunmuştur. Mahkemece başkasına ait ağacın devrilerek telleri koparması ve davacının hayvanını başıboş bırakması nedenleri ile olay ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği kabul edilerek dava ret edilmiştir. Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin ağır kusuru, 3. kişinin kusuru veya beklenmeyen bir halin varlığı durumunda illiyet bağının kesileceği kabul edilmiştir. Ancak davalının sorumluluktan kurtulabilmek için olay içinde ek bir kusurunun bulunmaması gerekir. Olayımızda beklenilmeyen bir hal olarak ağaç devrilmiş elektrik tellerini koparmış ise de bu olayın devamında davalıya haber verilmesine rağmen yapı sahibi davalının bakım ödevini yapmayarak üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Şu durum karşısında tazminat kapsamı belirlenerek davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken yerel mahkemece davanın reddedilmiş olması bozma nedenidir*." (KBİBB. E. T. 21.05.2024).

zararın giderilmesini dava edebilir. Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir." Bu hüküm ile kanun koyucu, taşınmaz mülkiyetinin taşkın kullanılması nedeniyle doğan zararlara karşı komşuların korunmasını amaçlamıştır[855]. TMK m. 737'de düzenlenen komşuluk ilişkisine ait hükümler, TMK m. 730 ile bir yaptırıma kavuşturulmak istenmiştir[856]. Mülkiyet hakkının taşkın kullanılması, malikin kendisine yüklenen ödevlere aykırı davranmasını, mülkiyet hakkını aşırı derecede kullanmasını ifade etmektedir[857]. Diğer bir anlatımla, komşuluk ilişkisinden doğan ödevlere ve kanuni kısıtlamalara aykırı davranan malikin, mülkiyet hakkını taşkın biçimde kullandığı kabul edilir. Mülkiyet hakkını taşkın kullanarak komşularına zarar veren malik, bu zararı tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır.

Taşınmaz malikinin sorumluluğunu düzenleyen TMK m. 730 hükmü, yapı malikinin sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 69 gibi özen sorumluluğunun ağırlaştırıldığı hâllerden biridir. Zira, taşınmaz malikinin de yapı eseri maliki gibi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır. TMK m. 730 hükmü bulunmasaydı dahi malikin menfi davranışlarından (yapı eserinin yapım ve bakımındaki bozukluk ve eksiklikler) doğan zararların TBK m. 69 hükmüne, olumlu davranışlarının (taşkın kullanım) neden olduğu zararların ise TBK m. 49'a dayanılarak tazmin ettirilmesi mümkündü[858]. Ancak malikin olumlu davranışları nedeniyle doğan zararların tazmini için TBK m. 49 uyarınca kusurun ispat edilmesi gerekliliği, uygulamada zorluklara yol açabileceği için kanun koyucu, bu durumu TMK m. 730'da özel bir hükümle düzenlemiştir.

Taşınmaz malikine, zararın meydana gelmemesi için kendisinden beklenilen her türlü özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmadığı için, sorumluluktan kurtulmak isteyen taşınmaz malikinin, diğer objektif sorumluluk hallerinde olduğu gibi nedensellik bağını kesen sebeplerden birinin varlığını ispat etmesi gerekmektedir.

Zarar görenin kusurlu davranışı, zararla mülkiyet hakkının kullanılması arasındaki nedensellik bağını kesecek ağırlıktaysa, taşınmaz maliki sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, tarlasına su akıtmak amacıyla havuzun vanasını açık bırakan tarla sahibinin bu fiili

[855] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2071; **Eren**, Mülkiyet, 475.
[856] **Eren**, Mülkiyet, 475.
[857] **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 196 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2094 vd.; **Eren**, Mülkiyet, 479.
[858] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2072; **Antalya**, Borçlar Genel, 1657; **Eren**, Mülkiyet, 473.

nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, zarar görenin ağır kusuru nedeniyle taşınmaz malikinin sorumluluğu doğmaz[859]. Aynı şekilde, bir taşınmaz maliki, evinin bahçesinde dinamit bulunduğuna dair taşınmazının çevresine bilgilendirici uyarı levhaları asmasına ve bu hususta komşusunu uyarmış olmasına rağmen komşusu, ilgili taşınmaza girerek patlayıcı maddeler nedeniyle bir zarara uğrarsa, TMK m. 730 hükmü kapsamında taşınmaz maliki sorumlu tutulamaz[860]. Verilen örneklerde olduğu gibi, taşınmaz malikinin zarar görenin kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi için, zarar görenin davranışının nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması gerekmektedir.

Buna karşılık zarar görenin kusuru, nedensellik bağını kesecek yoğunlukta değilse, tazminattan indirim yapılmasına neden olabilir[861]. Yargıtay, zarar gören davacının kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın tazminatın belirlendiği ilk derece mahkemesi kararlarını bozmaktadır. Nitekim, konuya ilişkin bir kararında Yargıtay[862], "*...davacılara ait yapılarda meydana gelen hasar ve değeri ilgili olarak keşifte tanık beyanına göre davaya konu taşınmaz üzerinde bulunan evlerin altından su çıktığı beyan edilmiş olmasına göre ve davacıların yapılarının istinat duvarı dışı etkenlerden kaynaklanan hatalı imalat niteliği olup olmadığı arazinin jeolojik yapısından da kaynaklanan hususların araştırılarak davacıların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 52. maddesi gereğince müterafik kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması hasar bedelinden kusur oranının düşürülmesi, ayrıca zirai bilirkişi raporuna göre davacıların arazisinde bulunan ağaçların bir kısmının ileride zarar görme ihtimali olduğu gözetilmeden tüm ağaçlar yönünden tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir*." şeklinde hüküm vermiştir.

Kural olarak taşınmaz malikinin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk türü olarak öngörülmüş olmakla birlikte, malikin ek kusurunun bulunması, tazminat miktarının

[859] **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 467.
[860] **Eren**, Mülkiyet, 485.
[861] Yarg. 14. HD. T. 6.1.2024 E. 2013/12864 K. 2014/139: "*Komşuluk hukukundan kaynaklanan tazminat davalarında öncelikle davacının uğramış olduğu zararın miktarının bilirkişi aracılığı ile tespit edilmesi, tazminatın bu zarara göre tayin ve takdir edilmesi gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, tazminat miktarı hiçbir zaman zararı aşamaz. Ancak, zararın artmasında davacının kusuru varsa, tazminat miktarı 6098 Sayılı Borçlar Kanununun 52. maddesine göre indirilmeli veya tamamen ortadan kaldırılmalıdır. TMK'nun 737 ve 730. maddelerinden doğan sorumluluk kusura bağlı bir sorumluluk olmadığından, davalının kusursuz olması tazminat miktarının düşürülmesinde etkili olamaz."* (KBİBB. E. T. 23.05.2024).
[862] Yarg. 14. HD. T. 11.9.2018 E. 2016/15582 K. 2018/5451. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Yarg. 14. HD. T. 30.10.2014 E. 2014/6654 K. 2014/12064; Yarg. 14. HD. T. 18.2.2019 E. 2016/11378 K. 2019/1364; Yarg. 14. HD. T. 09.12.2020 E. 2017/1968 K. 2020/8235 (KBİBB. E. T. 25.05.2024).

tespitinde dikkate alınır. Özellikle zarar görenin de kusurlu olduğu hâllerde malikin ek kusuru, zarar görenin kusurunun dikkate alınmasının önüne geçebilir[863].

III. TEHLİKE SORUMLULUĞUNDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. GENEL OLARAK

Bir kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunda sorumluluk şartları sorumlu kişi aleyhine ağırlaştırılmıştır[864]. Bu tür sorumlulukta sorumluluğa sebep olan olayın zararı doğurmaya elverişliliği, olağan sebep sorumluluğuna kıyasla daha fazladır[865]. Zira, bir işletmeye ya da faaliyete özgü bulunan tipik tehlikenin gerçekleşmiş olması, sorumluluğun doğması için yeterlidir. Sorumluluğun bu türünde de zarar görenin zararın doğmasına ya da artmasına etki eden davranışı, tazminattan indirim yapılmasına neden olabilir[866].

Tehlike sorumluluğunda zarar görenin kusuruna dayalı indirim oranı, sorumluluğa yol açan olayın tehlikelilik derecesi ile karşılaştırılmak suretiyle tespit edilir[867]. Tehlike arttıkça, kusurlu davranış karşısında ona düşen pay da o oranda artar[868]. Tehlikenin artması, zarar görenin kusuruna düşen payın azalması sonucunu doğurur. Kusur sorumluluğu ve sebep sorumluluğu hâllerinden farklı olarak tehlike sorumluluğunda zarar görenin hafif kusuru, tazminatta indirim nedeni oluşturmaz[869]. Bu nedenle, tehlike sorumluluğunda zarar görenin kusuru nedeniyle yapılacak indirim miktarı, diğer sorumluluk türlerine göre daha az olur[870]. Tehlike sorumluluğunda, sorumluluğun doğmasına neden olan olayın tehlikelilik derecesi, zararın doğmasına etki eden zarar görenin kusuruna ağır basıyorsa, tazminatta indirim yapılmaz. Ancak tam tersi durumda, yani tehlike sorumluluğuna neden olan olayın tehlikelilik derecesine kıyasla zarar görenin kusurunun daha ağır olduğu bir hâlde, TBK m. 52/I kapsamında tazminatta indirim yapılabilir.

TBK m. 52/I'de hâkime zarar görenin kusurlu davranışı nedeniyle tazminattan indirim yapma ve tazminata hükmetmeme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Durum böyle

[863] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2075; **Eren**, Mülkiyet, 473.
[864] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2112.
[865] **Nomer**, 99.
[866] **Baysal**, 275.
[867] **Tiftik**, Maddi Tazminat, 138; **Nomer**, 133.
[868] **Nomer**, 99; **Baysal**, 277.
[869] **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 34; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 138.
[870] **Müller**-CHK OR Art. 44 N. 4; **Brehm**-BK OR. Art. 44, N. 22, a; **Nomer**, 99; **Tiftik**, Maddi Tazminat, 138.

olmakla birlikte, tehlike sorumluluğunun ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda, zarar görenin kusurunun tipik tehlikenin gerçekleşmesi olgusunun önüne geçerek tazminata hükmedilmemesi sonucunu doğurması pek olası değildir. Ancak zarar görenin ağır kusuru, nedensellik bağını kesebilir. Bu hâlde ise, tazminat yükümlülüğü hiç doğmayacağından TBK m. 52/I anlamında tazminat yükümlülüğünün kaldırılmasından da bahsedilemez.

Tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulan kişinin kusurlu olması hâlinde, ek kusurun ağırlığı tespit edilmelidir. Bu kişinin kusuru ne kadar ağırsa, zarar görenin kusuru o kadar az dikkate alınır[871]. Eğer sorumlu kişinin ek kusuru bütünüyle ağır basıyorsa, bu kişi zararın tamamından sorumlu olmalıdır[872].

Türk hukukunda özel olarak düzenlenen başlıca tehlike sorumluluğu halleri şu şekilde sıralanabilir: i) 6326 sayılı Petrol Kanunu m. 86/II'de düzenlenen petrol hakkı sahibinin petrol arama faaliyetinden doğan sorumluluğu, ii) 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun m. 134 hükmünde düzenlenen sivil hava aracı işletenin sorumluluğu, iii) 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu m. 17'de düzenlenen devletin askeri manevralar ve atışlardan doğan sorumluluğu, iv) 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 85'te hükme bağlanan motorlu araç işleten ya da teşebbüs sahibinin sorumluluğu, v) 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda düzenlenen imalatçının sorumluluğu, vi) Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 21'de düzenlenen ürün sorumluluğu, vii) 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu m. 14'te düzenlenen GDO ve ürünlerine ilişkin faaliyette bulunanların sorumluluğu, viii) 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenen kirletenin sorumluluğu.

Sayılan özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinden bazılarında zarar görenin kusuru, özel olarak hükme bağlanmıştır. Her ne kadar genel hüküm niteliğinde TBK m. 52/I hükmünün tehlike sorumluluğu hallerine uygulanması mümkün ise de, kanun koyucu, taşıdığı önem nedeniyle, Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 137'de, Karayolları Trafik Kanunu m. 86'da ve Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m. 21/4'te, zarar görenin kusurunun tazminata olan etkisini ayrıca ve açıkça düzenleme ihtiyacı duymuştur.

[871] **Müller**-CHK OR Art. 44 N. 4.
[872] **Müller**-CHK OR Art. 44 N. 4.

B. TÜRK SİVİL HAVACILIK KANUNU KAPSAMINDA

Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 134 uyarınca, "*Sivil hava aracının üçüncü kişilere verdiği zarardan, sivil hava aracının işleteni sorumludur."* Sivil hava aracı işleten kimsenin sorumluluğu, tehlike sorumluluğu niteliğindedir[873]. İşleten, davranışı hukuka uygun olsa ve herhangi bir kusuru bulunmasa bile doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Sivil hava aracı işleten kimsenin sorumluluğu, Türk hukukundaki en ağır tehlike sorumluluğu hâlini oluşturmaktadır; bu nedenle sorumluluğun bu türü, mutlak tehlike sorumluluğu olarak nitelendirilebilir[874]. Kanun koyucu, sadece zarar görenin kusurlu olması hâlinde işletenin kısmen ya da tamamen sorumluluktan kurtulacağını kabul etmiştir. Bunun dışında, mücbir sebep, beklenmeyen hal ya da üçüncü kişinin kusurunun sorumluluk üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

TSHK'nın "*müterafik kusur*" başlığı taşıyan 137. maddesi uyarınca, *"İşleten, zararın doğmasına veya artmasına, zarara uğrayanın veya adamlarının kusurlu davranışlarının yol açtığını ispat ettiği takdirde, tazminat borcundan tamamen veya kısmen kurtulur."* Bu hükmün, TBK m. 52/I'in özel bir görünüm biçimi olduğunu söylemek mümkündür[875].

Zarar görenin davranışı, sivil hava aracı işletenin sorumluluğuna iki şekilde etki edebilir. Zarar görenin kusurlu davranışı zararlı sonucu tek nedeni ise, nedensellik bağı ortadan kalkacağı için işleten sorumluluktan kurtulur. Örneğin, iniş pistine izinsiz girerek inmek üzere alçalan uçağın çarpması nedeniyle yaralanan kimsenin uğradığı zararda işletenin sorumluluğu bulunmamaktadır[876]. Zira bu hâlde zarar görenin kusurlu davranışı, nedensellik bağını ortadan kaldıracak yoğunluğa ulaşmıştır. Eğer zarar görenin davranışı nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaşmamışsa, bu hâlde hâkim tazminattan indirime hükmedebilir. Örneğin, alçaktan uçan bir helikopterin bir binanın çatısının çökmesine neden olmasında çatıdaki yapım bozukluğu da etkili ise, bu hâlde yapım bozukluğu tazminattan indirim sebebi oluşturur[877].

Zarar görenin kusurunun tazminata etkisi bakımından özellik arz eden durumlardan biri, sorumlulukların çatışmasıdır. Örneğin, iki uçağın çarpışmasında tehlike

[873] **İşgüzar**, 32.
[874] **İşgüzar**, 32-33.
[875] **Karan**, 104-105.
[876] **İşgüzar**, 109-110.
[877] **İşgüzar**, 111.

sorumluluklarının çatışması söz konusudur. Eğer kazanın meydana gelmesinde iki işletenin de kusuru (ek kusuru) bulunmuyorsa, zarara neden olma dereceleri göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılır. Öte taraftan, herhangi bir kusuru bulunmayan (hava trafik kurallar çerçevesinde uçuş gerçekleştiren) bir hava aracına, kusurlu olarak diğer bir hava aracının çarpması durumunda, kusursuz işletenin hava aracını kullanmakla meydana getirdiği tehlike, sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınmaz[878]. Bir hava aracı ile motorlu bir aracın çarpışması durumunda da tehlike sorumlulukları çatışır. Ancak bu hâlde, hava aracının sebep olduğu tehlike, motorlu aracın işletilmesi tehlikesine kıyasla daha ağır olduğu için zarara büyük oranda sivil hava aracını işleten katlanır[879]. İniş yapmak üzere piste doğru alçalan bir hava aracının piste giren hayvanlara çarpması sonucunda ise, tehlike sorumluluğu, olağan sebep sorumluluğu (hayvan bulunduranın sorumluluğu) ile çatışmaktadır. Kazanın meydana gelmesinde taraflardan birinin kusuru bulunmuyorsa, zarar, tehlike sorumluluğu kapsamında sorumlu olan işleten tarafından tazminat edilir[880]. Ancak hayvan bulunduran kusurlu ise ve bu kusurlu davranışı nedensellik bağını ortadan kaldıracak yoğunlukta ise, işletenin sorumluluğu ortadan kalkar.

C. KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU KAPSAMINDA

1. Genel Olarak

Karayolunda motorlu taşıtların işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan motorlu aracı işletenin[881] ve bu kimsenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin[882] sorumluluğu, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenmiştir. KTK m. 85/I uyarınca, *"Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına*

---

878 **İşgüzar**, 112.
879 **İşgüzar**, 112.
880 **İşgüzar**, 112.
881 İşleten kavramı KTK m. 3'te, *"Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hâllerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır."* şeklinde tanımlanmıştır.
882 İşletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi olma bakımından KTK m. 85/I'de üç farklı durum sayılmıştır. Bunlar, motorlu aracın, (1) *bir teşebbüs unvanı altında*, (2), *bir işletme adı altında* ve (3) *bir teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi* halleridir.
Teşebbüs sahibi de KTK m. 85/I hükmü uyarınca tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk esasına göre işleten ile birlikte müteselsilen sorumludur. Teşebbüs sahibinin kusursuz sorumluluğunun doğması için işleten ile aralarında bir hizmet sözleşmesinin varlığı aranmaz. "*Bağlı olmak*" ifadesi işleten ile ilişki içinde bulunmak anlamında kullanılmış olup tabi olmayı gerektirmemektedir. Ayrıca, aracın bir kere dahi sayılan durumlardan biri hâlinde işletilmesi yeterli olup süreklilik gerekmez. Bkz. **Karacan Çetin**, 99.
Teşebbüs sahibi özellikle karayolu nakliye firmaları ve otobüs firmalarıdır. Bkz. **Antalya**, Borçlar Genel, N. 2023.

sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi hâlinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar." Ayrıca, KTK m. 91/I hükmünde, *"İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur."* denilerek zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya talepte bulunması mümkün kılınmıştır.

İşletenin ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluktur[883]. İşletme tehlikesi gerçekleştiği takdirde, işleten ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibi kusurlu olmasalar dahi söz konusu aracın işletilmesinden doğan zararı tazminat etmekle yükümlüdür[884]. Bu kimselerin, özen yükümlülüğünü yerine getirdiklerini ileri sürerek sorumluluktan kurtulmaları da mümkün değildir.

İşletenin ve bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunu ortadan kaldıran ve azaltan birtakım haller bulunmaktadır. Bunlardan biri de zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusuru, işletenin sorumluluğuna iki şekilde etki edebilir; nedensellik bağını keserek sorumluluğu ortadan kaldırabileceği gibi (KTK m. 86/I), araç işleticisinin ve onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunda bir indirim sebebi de oluşturabilir (KTK m. 86/II). Bu hâllerde "*zarar gören*" kavramı, sorumluluğu KTK hükümlerine tâbi olmayan (motorlu aracın işletilmesinden doğan tehlikeleri üstlenmeyen) yayaları, yolcuları, bisiklet sürücülerini ya da işleten olmayan sürücüleri ifade etmektedir[885].

İşleten ve teşebbüs sahibinin sorumluluğu esas itibariyle kusursuz sorumluluk hallerinden biri olmakla birlikte, bu kimselerin ek kusuru, onların zarar görenin ağır kusuru nedeniyle sorumluluktan kurtulmasına (KTK m. 86/I) engel olabileceği gibi tazminatın tespitinde (KTK m. 86/II) göz önünde bulundurulur[886]. Zira, işletenin kusuru mevcut işletme tehlikesini artıracağı için sorumluluk da aynı oranda ağırlaşır.

---

[883] **Karacan Çetin**, 58; **Havutçu/Gökyayla**, 29; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2116 vd.; **Canbolat/Gönül Koşar**, 169; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 523; **Antalya**, Borçlar Genel, N. 1974; **Altunkaya**, 180; **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 591.
[884] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 523; **Karacan Çetin**, 58; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2117.
[885] **Karacan Çetin**, 295; **Havutçu/Gökyayla**, 138; **Aşçıoğlu**, 62-63.
[886] **Karacan Çetin**, 58.

Zarar gören tarafından motorlu bir araç işletilmesi durumunda ise zarar görene ait işletme tehlikesinin tazminatın belirlenmesine ne şekilde etki edeceği, sorumlu kişinin hangi esasa göre sorumlu olduğuna göre farklılık göstermektedir. Öncelikle, kusur sorumluluğunda zarar görene ait işletme tehlikesi tazminatta önemli oranda bir indirime neden olur[887]. Böyle bir hâlde, sorumluluğa neden olan kusurlu davranış ile zarar görene ait işletme tehlikesinin zararı doğurmaya elverişliliği birbirine eşit kabul edilerek bir karşılaştırma yapılabileceği ileri sürülmektedir[888].

Olağan sebep sorumluluğu hallerinde, zarar görene ait işletme tehlikesinin kusur sorumluluğuna kıyasla daha büyük bir indirime neden olacağı kabul edilmektedir[889]. Bu esastan hareketle, tazminatın belirlenmesinde işletme tehlikesinin, olağan sebep sorumluluğunu doğuran olaya kıyasla zarar doğurmaya daha elverişli olduğu söylenebilir. Örneğin, yola birdenbire çıkan bir hayvana çarpan motorlu araç bu çarpışma sonucu zarara uğramışsa, araç sahibinin hayvan bulunduran aleyhine açtığı tazminat davasında, aracın işletme tehlikesi indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur.

Zarar gören ve zarar veren tarafın tehlike esasına göre sorumlu olduğu hâllerde, tazminatın belirlenmesinde, işletme tehlikeleri birbiriyle karşılaştırılır. İşletenlerin ve bunların bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinin ek kusurunun bulunmaması hâlinde tazminat miktarı, tarafların işletme tehlikeleri birbiriyle karşılaştırılmak suretiyle belirlenir. Buna karşılık, taraflardan birinin ek kusurunun bulunduğu hâllerde durum farklıdır. Tarafların kusuru, işletme tehlikesini artıran bir sebep olarak kabul edilir. Dolayısıyla, taraflardan birinin davranışı, işletme tehlikesini artıracak nitelik taşıyorsa, tazminatın belirlenmesinde işletme tehlikesinin yanında bu husus da göz önünde bulundurulur[890].

2. Sorumluluktan Kurtulma Hali Olarak Zarar Görenin Kusuru (KTK m. 86/I)

Kanun koyucu, araç işleticisinin ve teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulmasını ağır şartlara bağlamıştır. KTK m. 86/I uyarınca, *"İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu*

[887] Örneğin, işletilme hâlinde olmayan bir aracın kapısının sahibi tarafından yola bakan taraftaki kapısı açık bırakılmış, yoldan geçen motosiklet de kapıya çarparak devrilmesi sonucunda ölmüşse, araç sahibinin sorumluluğu kusur esasına dayandığı için (KTK m. 85/III), tazminatın belirlenmesinde motosiklet işletilmesinin yarattığı tehlike ve varsa motosiklet sürücünün kusuru, bir indirim sebebi olarak değerlendirilir (**Nomer**, 131).
[888] **Nomer**, 99, 132.
[889] **Nomer**, 132.
[890] **Nomer**, 135.

teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur." Bu hükümle kanun koyucu, işleten ya da araç işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hem nedensellik bağını kesen sebeplerden biri nedeniyle kazanın meydana geldiğini hem de kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun veya araçtaki bozukluğun kazaya neden olmadığını[891] ispatlaması hâlinde sorumluluktan kurtulabileceğini düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla, nedensellik bağının kesen sebeplerden birinin varlığının ispatı ya da kusursuzluğun ve araçta bozukluk olmadığının ispatı sorumluluktan kurtulmak için tek başına yeterli görülmemiştir[892].

Konumuz bakımından incelendiğinde, zarar görenin ağır kusuru, işletenin sorumluluktan kurtulmasını sağlayan bir neden olarak sayılmıştır. Ağır kusur, taşıtın işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunluktaki ve aracın işletilmesinden doğan tehlikeleri ikinci plana itecek nitelikteki davranışı ifade etmektedir[893]. Buna göre, zarar görenin kusuru, işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıracak ağırlıktaysa, işleten sorumluluktan kurtulur. Zarar görenin kusurunun ağır olup olmadığı, somut olayın objektif koşulları ve zarar görenin sübjektif durumu dikkate alınarak tespit edilmelidir[894]. Örneğin, intihar etmek kastıyla kendisini bir otomobilin önüne atarak ölen kişinin durumunda, her ne kadar aracın işletilmesi ile ölüm arasında nedensellik bağı bulunmakta ise de bu sebep intihar eden kimsenin kusurlu davranışı (ağır kusuru) ile ikinci plana itildiği için, ölen kişinin davranışı ölümün uygun sebebi kabul edilerek nedensellik bağını keser[895]. Benzer şekilde, trafik akışının yoğun olduğu bir otoyoldan koşarak karşı tarafa geçmeye çalışan ya da yayalara yasak olan bir yola aniden çıkan veya hareket hâlinde bulunan araçtan atlayan ve bu davranışları sonucu zarar gören kimsenin söz konusu

[891] Araçtaki bütün parçaların sağlam olduğunun kanıtlanması gerekmez. Kazanın meydana gelmesine sebep olan parçalarda bozukluk olmadığının ispatlanması yeterlidir. Örneğin, kaza aracın kaymasından kaynaklanmamışsa, lastiklerin aşınmamış olduğunun ispatına gerek yoktur (**Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 346).
[892] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 539.
[893] **Havutçu/Gökyayla**, 138; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 540; **Eren**, Uygun İlliyet, 187; **Tandoğan**, Sözleşme Dışı, 249; **Aşçıoğlu**, 63; **Altunkaya**, 186; **Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 355.
[894] **Karacan Çetin**, 274.
[895] **Eren**, Uygun İlliyet, 173; **Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 356.

davranışları kendisine ağır kusur olarak yüklenerek işleten veya teşebbüs sahibinin sorumluluğunun kalkması sonucunu doğurabilir[896].

Sorumluluğun ortadan kalkması, zarar görenin ağır kusuruna bağlandığından, bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir[897]. Ayırt etme gücü bulunmayan zarar görenin davranışı, ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin davranışı gibi nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olsa dahi, sorumluluktan kurtulma için yeterli kabul edilmemektedir[898].

İşletenin ya da onun bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluktan kurtulmasında zarar görenin ağır kusuru tek başına yeterli görülmemiştir. Bunun yanı sıra, kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kazanın gerçekleşmesinde kusurunun bulunmaması ya da araçtaki bir bozukluğun kazaya etki etmemiş olması gerekmektedir. Yani, zarar görenin kusuru zararın tek nedeni olmalıdır[899]. Aksi takdirde zarar görenin ağır kusuru, sorumluluğu ortadan kaldırmaz; tazminatta bir indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulur (KTK m. 86/II).

3. Tazminattan İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Kusuru (KTK m. 86/II)

Zarar görenin kusurunun işleten ya da teşebbüs sahibinin sorumluluğuna ikinci etkisi, tazminattan indirime yol açmasıdır. Karayolları Trafik Kanunu'nda özel olarak düzenlenen tek indirim nedeni, KTK m. 86/II'de hükme bağlanan zarar görenin kusurudur. Zarar görenin kusuru, aracın işletilmesi ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunlukta değilse, işleten ya da bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi sorumluluktan kurtulamamakla birlikte, bu durumda hâkime somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak tazminatta indirim yapma yetkisi tanınmıştır. KTK m. 86/II uyarınca, *"Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hâkim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir."* Bu hükmün, TBK m. 52'nin özel bir görünüm şekli olduğu kabul

[896] **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 540; **Havutçu/Gökyayla**, 138-139; **Aşçıoğlu**, 63; **Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 355-356.
[897] **Karacan Çetin**, 276; **Eren**, Uygun İlliyet, 195; **Havutçu/Gökyayla**, 139; **Aşçıoğlu**, 63; **Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 357.
[898] **Eren**, Uygun İlliyet, 195.
[899] **Havutçu/Gökyayla**, 137; **Ateş**, Sorumluluktan Kurtulma, 355.

edilmektedir[900]. Kazanın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun bulunması, TBK m. 52/I'deki zarar görenin zararın doğumuna etki etmesi (birlikte kusuru) hâlinin karşılığını oluşturmaktadır. Trafik kazalarında ortak kusur, genellikle, trafik kazası içinde ve trafik kurallarının ihlal edilmesi yoluyla gerçekleşir[901]. Zarar görenin kişisel kusurunun tazminatta bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi, onun kendi kusurunun zararın kısmi sebeplerinden birini oluşturmasına dayanmaktadır[902].

Zarar görenin, davranışlarından sorumlu olduğu bir kimsenin kusuru zararın doğmasına etki etmişse, bu durum da zarar gören kimse bakımından birlikte kusur olarak göz önünde bulundurulur[903]. Zira, KTK m. 85/son hükmünde *"İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur*" denildiği için, işleten olmayan sürücünün kusuru da ortak kusur sayılarak tazminatta indirileceği kabul edilir.

Sürücünün alkollü olduğunu bilerek araca binmek[904], emniyet kemeri takmamak[905], ehliyeti olmayan sürücünün aracında yolculuk yapmak[906], motosiklette kask takmadan yolculuk yapmak[907], yolculunun araç durmadan bir yere tutunmaksızın ayağa kalkması[908],

---

[900] **Canbolat/Gönül Koşar**, 184; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2236; **Karacan Çetin**, 295; **Havutçu/Gökyayla**, 145; **Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 302.
[901]**Aşçıoğlu**, 191.
[902] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2236.
[903] **Karacan Çetin**, 295; **Havutçu/Gökyayla**, 146; **Aşçıoğlu**, 191; **Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 302.
[904] Yarg. 17. HD. T. 3.10.2016 E. 2016/3787 K. 2016/8439: *"Davaya konu olan olayda, davacının desteğinin, sürücüsünün (ifadelere göre alkollü sürücü müteveffa ...) alkollü olarak kullandığı araca bindiği ve trafik kazasında vefat ettiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, desteğin alkollü sürücünün aracına binmiş olması hâlinde 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi (818 Sayılı BK 44) gereğince desteğin müterafik kusurunun bulunup bulunmadığı ve tazminattan indirim yapılıp yapılmaması hususu tartışılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu hususun değerlendirilmemiş olması doğru görülmemiş kararın bu hususta bozulması gerekmiştir."* (KBİBB. E. T. 26.05.2024).
[905] Yarg. 17. HD. T. 2.4.2019 E. 2016/9809 K. 2019/3946: *"Davalı taraf, davacı ...'un emniyet kemeri takmaması nedeniyle müterafik kusurlu olduğunu savunmuştur. Mahkemece; müterafik kusurunun kabulü doğru ise de bu nedenle %10 oranında düşük oranda indirim yapılması doğru olmayıp Dairemiz yerleşik uygulamalarına göre %20 müterafik kusur indirimi yapılması için hükmün bozulması gerekmiştir."* Aynı yönde Yarg. 4. HD. T. 23.5.2023 E. 2022/11063 K. 2023/6864; Yarg. 4. HD. T. 18.10.2022 E. 2021/16807 K. 2022/12536 (KBİBB. E. T. 26.05.2024).
[906] Yarg. 4. HD. T. 7.6.2023 E. 2023/4187 K. 2023/7599: *"...müteveffa, ... gözü görmeyen ve sürücüsü belgesi olmayan ve yolcu taşımaya uygun olmayan araca binerek zararın artmasına neden olmuştur. Bu nedenle, birden fazla ortak kusur halinin varlığı da dikkate alınarak tazminattan müterafik kusur indirimi yapılması gerekirken bu husus göz ardı edilerek indirim yapılmaması doğru görülmemiştir."* Aynı yönde Yarg. 17. HD. T. 27.10.2020 E. 2019/3211 K. 2020/6301; Yarg. 17. HD. T. 19.2.2018 E. 2015/7675 K. 2018/1070; Yarg. 17. HD. T. 28.6.2018 E. 2015/12112 K. 2018/6540 (KBİBB. E. T. 26.05.2024).
[907] Yarg. 17. HD. T. 14.2.2019 E. 2016/5186 K. 2019/1526: *"...desteğin motosiklette nizamlara aykırı ve kendi can emniyetini tehlikeye atacak şekilde kask takmayarak yolculuk yapmasının sürüş kusurlarından olmayıp, hâkim tarafından tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilecektir."* Aynı yönde Yarg. 17. HD. T. 2.7.2020 E. 2019/2768 K. 2020/4280; Yarg. 17. HD. T. 23.6.2020 E. 2019/1745 K. 2020/3824; Yarg. 17. HD. T. 25.12.2018 E. 2018/2728 K. 2018/12741(KBİBB. E. T. 26.05.2024).
[908] **Havutçu/Gökyayla**, 147-148.

motosiklet sürücüsünün gereken koruyucu ekipmanları kullanmaması[909], kamyonet dorsesinde yolculuk yapmak[910] gibi haller Yargıtay tarafından motorlu araç işleten kimsenin sorumluluğu kapsamında zarar görenin kusurlu davranışları olarak kabul edilmektedir[911]. Ayrıca, olay gerçekleştikten sonra zararın artmasına neden olan davranışlar (tedavide gecikme, yanlış tedavi yolunu tercih etme vb.) da zarar görenin kusuru olarak değerlendirilir[912]. Yargıtay kararlarında, zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatta yapılacak indirim oranı %20 olarak belirlenmiştir[913].

Trafik kazasında zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmaması durumunda sorumluluk, tehlike ile zarar görenin kusurunun ağırlığı karşılaştırılarak taraflar arasında paylaştırılır. Doktrinde, sorumluluğun paylaştırılmasına ilişkin olarak, zarar görenin motorlu araç işleten olup olmamasına göre farklı ilkeler kabul edilmiştir. Zarar görenin motorlu araç işleten olmadığı durumlarda "*riskin önceliği*" ilkesi kabul edilerek sorumluluğu doğuran olay ön plana çıkarılırken; zarar görenin de motorlu araç işleten olması hâlinde ise "*kusurun önceliği*" ilkesi kabul edilerek zarar görenin kusuruna daha büyük bir pay biçilmiştir[914].

Kazanın meydana gelmesinde işleten ya da bağlı bulunduğu teşebbüs sahibinin de kusuru bulunmakta ise, bu durum ek kusur olarak değerlendirilerek zarar görenin kusurunu

---

[909] Yarg. 4. HD. T. 9.3.2021 E. 2020/3001 K. 2021/1090: "*2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve trafik mevzuatı uyarınca sürücü ve yolcuların araçların kullanılması sırasında koruyucu tertibatları kullanması zorunludur. Araçlarla gerek sürücü gerekse de yolcu olarak seyir hâlinde iken zorunlu olan koruyucu ekipmanların kullanılmaması zararın doğmasına veya artmasına sebebiyet veren etkenlerdendir. Özellikle de motorsiklet gibi bir araçla seyir hâlinde iken mevzuata göre sürücülerin takmak zorunda olduğu koruma başlığı (kask) hayati öneme sahiptir. Bu nedenle ilgili şahsın kaza anında kasksız olduğunun anlaşılması hâlinde müterafik kusuru bulunduğundan 818 Sayılı Kanun'un 44. maddesi (6098 Sayılı Kanun m. 52) gereğince tazminattan indirim yapılıp yapılmaması gerektiği hususu değerlendirilmelidir."* (KBİBB. E. T. 26.05.2024).

[910] YHGK. T. 29.6.2021 E. 2017/17-3150 K. 2021/870: *"…davacının, sigortalı kamyonetin kasasında seyahat ettiğinin anlaşılması karşısında mahkemece, bu savunma üzerinde durularak BK'nın 44. maddesi uyarınca, davacının müterafik kusuru nedeniyle tazminattan indirim yapılmasının gerekip gerekmediği hususunda karar yerinde tartışılıp değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile kusur dağılımı yapılarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."* Aynı yönde Yarg. 17. HD. T. 15.1.2019 E. 2018/5530 K. 2019/182; Yarg. 17. HD. T. 27.11.2017 E. 2015/4890 K. 2017/10968 (KBİBB. E. T. 26.05.2024).

[911] **Günay**, 75 vd.

[912] **Aşçıoğlu**, 191-192.

[913] Yarg. 17. HD. T. 16.3.2021 E. 2021/2763 K. 2021/2762: "*Müterafik kusur indiriminde, her somut olayın özelliğine göre olayın meydana geliş tarzı ve zararın artmasında zarar görenin kusurlu davranışının sonuca etkisi değerlendirilerek uygun oranda bir indirim yapılması gerekmektedir. Buna göre hesaplanan tazminattan Dairemiz uygulamalarına göre 6098 Sayılı TBK madde 52. maddesi gereğince %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılması gerekirken…*". Aynı yönde Yarg. 17. HD. T. 10.3.2021 E. 2020/3949 K. 2021/2563; Yarg. 17. HD. T. 24.2.2021 E. 2020/2634 K. 2021/1905; Yarg. 17. HD. T. 6.9.2018 E. 2015/14314 K. 2018/7470; Yarg. 17. HD. T. 20.4.2017 E. 2014/21303 K. 2017/4354 (KBİBB. E. T. 26.05.2024).

[914] **Baysal**, 255-256.

tamamen veya kısmen ortadan kaldırabilir[915]. Zira, işletenin ya da teşebbüs sahibinin ek kusuru zarar görenin kusurundan ağır ya da ona eşit ise, bu durum zarar görenin hafif kusurunu bertaraf eder ve tazminatta indirim yapılmaz[916]. İşletme tehlikesinin yüksekliği de tazminattan yapılacak indirimin hesaplanmasında dikkate alınır. Örneğin, araçtaki bozukluk söz konusu aracın işletme tehlikesinin gerçekleşme ihtimalini yükseltiyorsa, bu durum, ek kusurda olduğu gibi, tazminatta indirime gidilmesini engelleyebilir[917].

Hâkim, zarar görenin kusurunu, re'sen dikkate alınır[918]. Sorumluluğu KTK'ya dayanmayan zarar görenin kusurunun, işletenin tehlike esasına dayanan sorumluluğuna karşısında, kusur sorumluluğuna ya da olağan sebep sorumluluğuna oranla daha hafif değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir[919].

TBK m. 52'den farklı olarak, KTK m. 86/II hükmünde hâkime, sadece tazminatta indirim yapma yetkisi tanınmış olup zarar görenin kusurlu davranışı nedeniyle tazminatın tamamen ortadan kaldırılması yetkisi tanınmamıştır[920].

4. Hatır Taşıması (KTK m. 87/I)

Kendine yarar sağlama amacı olmaksızın karşılıksız ve başkası menfaatine yapılan edim taahhütlerini içeren işlemlere, hatır işlemi denir[921]. Bu tür işlemlerde tarafların bir yükümlülük altına girme iradeleri bulunmamaktadır. Hatır işlemleri, borç doğurmamakla birlikte, hukuki sonuç doğurdukları için hukuki işlem niteliği taşımaktadırlar[922]. Nitekim, hatır işlemi nedeniyle elde edilen edimler, sebepsiz zenginleşmeye yol açmamaktadır.

Hatır için yapılan işlerin uygulamada en çok karşılaşılan hâli, hatır taşımalarıdır. İşletenin kusursuz sorumluluğunun istisnalarından birini, KTK m. 87/I'de düzenlenen

[915] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2236; **Canbolat/Gönül Koşar**, 188; **Altunkaya**, 187.
[916] **Karacan Çetin**, 58; **Havutçu/Gökyayla**, 146; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2236.
[917] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2236; **Havutçu/Gökyayla**, 146.
[918] Yarg. 17. HD. T. 21.1.2019 E. 2016/7818 K. 2019/393: "*Haksız fiile dayanan tazminat istemlerinde; haksız fiilin unsurlarından olan zarara ilişkin tüm tespitlerin doğru biçimde yapılması ile zarara etki eden tüm hususların dikkate alınması gerekir. Yukarıda anılan yasal düzenlemeler gereği, tazminatı belirleme konusunda tek yetkili olan mahkemece, zararı doğuran ya da ağırlaştıran durumların (müterafik kusurun) re'sen dikkate alınması zorunlu olduğundan, bu hususta bir itiraz olup olmadığına bakılmaksızın gerekli incelemelerin yapılması şarttır."* (KBİBB. E. T. 27.05.2024).
[919] **Karacan Çetin**, 297.
[920] **Canbolat/Gönül Koşar**, 184; **Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 302.
[921] **Nomer**, 160; **İyimaya**, 254 vd.
[922] **Nomer**, 161. *İyimaya*, hatır taşımasını hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirmektedir (**İyimaya**, 265).

yaralanan ya da ölen kimsenin hatır için karşılıksız taşınması ya da motorlu aracın bu kimseye hatır için karşılıksız verilmiş olması durumları oluşturmaktadır.

KTK m. 87/I uyarınca, *"Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir."* Bir kimsenin herhangi bir karşılık elde edilmeksizin taşınması, hatır taşıması; aracın karşılıksız olarak başka bir kimseye verilmesi için hatır için verme olarak nitelendirilmektedir[923].

Hatır taşımasında işleten ve teşebbüs sahibi, genel hükümlere, yani Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine göre sorumlu tutulmuştur[924]. Örneğin, bir kimse, yanına arkadaşını alarak arabasıyla dolaşmaya çıktığı esnada bir kaza meydana gelir ve arkadaşı bedensel bir zarara uğrarsa, Karayolları Trafik Kanunu hükümleri uygulanmaz; arkadaşı zarar gören araç sahibi, bu zarardan genel hükümler kapsamında sorumlu olur[925]. İşletenin sorumluluğu kusur esasına dayanmaktadır[926]. İşleten, hatır için taşınana karşı ancak kusuru varsa sorumlu olur. Hâkim, her somut olay için hatır işinin niteliğini göz önünde bulundurarak işleteni sorumluluktan bütünüyle kurtarabileceği gibi bu durumu bir indirim sebebi kabul ederek tazminatta indirim de yapabilir[927]. Zararın hatır işlemi sonucunda meydana gelmesi kanunda açık bir indirim sebebi olarak sayılmamış olmakla birlikte, bu durum TBK m. 51/I hükmündeki "*durumun gereği*" kapsamında hâkim tarafından göz önünde bulundurulmaktadır[928].

Hatır taşımasının ya da aracın hatır için bir başkasına verilmesinin tazminatta indirim nedeni sayılması, hakkaniyet düşüncesine ve aracın işletilmesinden yararlanan kişinin, aracın işletilmesi tehlikesini de üstlenmesi gerektiği esasına dayanmaktadır[929]. Nitekim bu

---

[923] **Havutçu/Gökyayla**, 85.
[924] **Havutçu/Gökyayla**, 85; **Nomer**, 166; **Eren**, Borçlar Genel, N. 2240; **Aşçıoğlu**, 70. Sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Karacan Çetin**, 246. Kanaatimizce, bu görüş yerinde değildir. Zira, KTK m. 90 hükmünde de "*Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanunda (...)49 düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır*" denilmek suretiyle haksız fiil hükümlerine yollama yapılmıştır.
[925] **Nomer**, 167.
[926] **Havutçu/Gökyayla**, 85; **Aşçıoğlu**, 70.
[927] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2240.
[928] **Nomer**, 165; **Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 304.
[929] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2239; **Havutçu/Gökyayla**, 85; **Nomer**, 166.

durumda işleten ya da teşebbüs sahibi, herhangi bir ekonomik menfaat elde etmek için değil, hatır için taşımaktadır. İşleteni zararın tamamından sorumlu tutmak adaletli olmayacağından, kanun koyucu bu durumu bir indirim sebebi olarak öngörmüştür.

KTK m. 87/I kapsamında sorumluluktan söz edilebilmesi için, hatır için taşımasının ya da aracın hatır için verilmesinin iradi olması[930] ve karşılıksız nitelik taşıması, ayrıca hatır için taşınan ya da aracın hatır için verildiği kimsenin vücut bütünlüğünde bir zarar meydana gelmesi gerekir[931]. Araç kendisine verilen kimsenin neden olduğu zararlardan (hatır ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardan) ise işleten, genel hükümlere göre değil, tehlike esasına göre sorumlu olur[932].

Bir olayda hem birlikte kusur hem de hatır taşıması şartları bir arada meydana gelebilir[933]. Örneğin, zarar görenin işleten kimsenin sarhoş olduğunu bilerek arabasına binmesinde kendi kusuru bulunmaktadır. Bu durumda hatır için taşıma ile birlikte, zarar görenin kendi kusuru da göz önünde bulundurularak tazminattan daha büyük bir oranda indirim yapılır[934]. Tazminattan indirim sebepleri birbirinden bağımsız olduğu için hâkim, her bir indirim sebebi için tazminattan ayrı ayrı indirim yapmak zorundadır[935]. Yargıtay, zarar görenin kusuru ile hatır taşıması hallerinin bir arada bulunduğu olaylarda ayrı ayrı %20 oranında indirim yapılması gerektiği kabul ederek bu oranın üzerindeki ya da altındaki indirimleri bozma sebebi saymaktadır[936].

---

[930] Örneğin araca zorla bindirme, araçtan inmeyi engelleme hallerinde irade unsuru bulunmamaktadır (**Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 305.)

[931] **Havutçu/Gökyayla**, 86 vd.; **Aşçıoğlu**, 71; **Karacan Çetin**, 242 vd.; **Ateş**, Sorumluluğun Azaltılması, 305.

[932] **Havutçu/Gökyayla**, 88; **Karacan Çetin**, 242.

[933] **Günay**, 101; **Karacan Çetin**, 249.

[934] **Eren**, Borçlar Genel, N. 2238; **Havutçu/Gökyayla**, 88.

[935] **Gümüş**, Borçlar Genel, 576.

[936] Yarg. 17. HD. T. 18.10.2019 E. 2017/1898 K. 2019/9631: *"Somut olayda; mahkemece, davacıların murisi M. K., araç sürücüsü ... ile birlikte alkol aldıktan sonra,sürücü ...'un alkollü olduğunu bilerek ve traktörün yolcu taşımaya elverişli olmadığını bilebilecek durumda iken hatır taşıması ile araca bindiğinden ve olayda hatır taşıması bulunduğu ve müteveffanın müterafik kusuru bulunduğu gerekçesi ile davalılar aleyhine hükmedilen maddi tazminattan takdiren ayrı ayrı %15 oranında indirim yapılmıştır. Oysa, hatır taşıması indirimi ve müterafik kusur indirimi farklı kaideler olup, her olayda bir arada bulunmayabilir. Dairemiz uygulamalarına göre; desteğin hatır için taşınması durumunda %20 oranında, müterafik kusuru olması durumunda da ayrıca %20 oranında indirim yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre; mahkemece, bilirkişi tarafından belirlenen zarar miktarı üzerinden, %20 oranında hatır taşıması indirimi, daha sonra %20 oranında müterafik kusur indirimi yaparak tazminatı belirlemesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm verilmiş olması doğru görülmemiştir*." (KBİBB. E. T. 26.05.2024).

D. ÜRÜN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA

Ürün sorumluluğu ilk kez, 2021 yılında yürürlüğe giren 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile bağımsız bir yasal dayanak bulmuştur[937]. Kanunun amacı,1. maddesinde, *"ürünlerin güvenli ve ilgili teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamak; piyasa gözetimi ve denetiminin esasları ile yetkili kuruluşların görevlerini ve iktisadi işletmeciler ile uygunluk değerlendirme kuruluşlarının yükümlülüklerini belirlemek"* şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu kanunun çıkarılmasında, 25 Temmuz 1985 tarihli 85/374 Sayılı Hatalı Üründen Sorumluluğa İlişkin Avrupa Birliği Konseyi Direktifi esas alınmıştır[938].

Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun "*ürün sorumluluğu tazminatı*" başlığını taşıyan m. 6/1 hükmü uyarınca, "*Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi hâlinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür*." Ürün sorumluluğu, üreticinin piyasaya sürdüğü ürünün hatalı olması (güvenli olmaması) nedeniyle üçüncü kişilerin uğradığı zararın giderilmesini ifade etmektedir[939]. Malın doğrudan kendisinde gerçekleşen zarar, üreticinin sorumluluğuna yol açmaz; bu hâlde

---

[937] Türk hukukunda üreticinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye ilk kez 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası, 4. maddesinde rastlanmaktadır. 4077 sayılı TKHK m. 4/II uyarınca, "*Ayıplı maldan ve/veya ayıplı maun neden olduğu her türlü zarardan dolayı tüketiciye karşı satıcı, bayi, acenta, imalatçı-üretici ve ithalatçı, müştereken ve müteselsilen sorumludurlar."* Bu bağlamda, üreticinin ayıplı malın sebep olduğu zarardan sorumluluğu ilişkin usul ve esasları düzenleyen Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Yönetmelik m. 1 uyarınca, "*Bu Yönetmeliğin amacı, ayıplı malın neden olduğu zararlardan o malın imalatçısının üreticisinin sorumluluğunun usul ve esaslarını düzenlemektir*." Ayrıca, Yönetmelik m. 6/1 hükmü uyarınca, "*Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması hâlinde imalatçı/üretici doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür*." denilmek suretiyle üreticinin kusursuz sorumluluğu hükme bağlanmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinde, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a dayanılarak düzenlenmiş olduğu belirtilmesine rağmen, Kanun'daki düzenlemeyi aşan hükümler içermesi, doktrinde eleştirilmiştir. Özellikle de, kusursuz sorumluluğa ilişkin TKHK'da açık bir hüküm bulunmamasına karşın Yönetmelik'te üreticinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk çerçevesinde düzenlenmesinin kanuna aykırı olduğu savunulmuştur. İlgili Yönetmelik, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır (**Havutçu**, 117-118; **Kırca**, 79 vd.; **Akçura Karaman**, 144; **Gümüş**, Borçlar Genel, 499).

[938] Madde gerekçesinde "*Söz konusu düzenleme AB'nin üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli ve 85/3 74/AET sayılı Konsey Direktifi doğrultusunda hazırlanmaktadır*." ifadesi yer almaktadır. Bkz. https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2537.pdf

[939] **Kırca**, 1; **Tarman**, 299-300; **Sağlam**, 33; **Gümüş**, Borçlar Genel, 497. Doktrinde, ürün sorumluluğu için sorumluluğun öznesini dayanak alan, "*üreticinin sorumluluğu*", "*imalatçının sorumluluğu*", "*yapımcının sorumluluğu*" gibi ifadeler de kullanılmaktadır. Ancak söz konusu sorumluluk ÜGTDK m. 6'da "*ürün sorumluluğu tazminatı*" başlığı altında düzenlendiği için, kanaatimizce ürün sorumluluğu ifadesinin kullanılması yerindedir. Zira kanundaki ifadesine bakıldığında, kanun koyucu üretici kavramına yer vermemiş, imalatçı ve ithalatçıyı sorumlu kişi olarak belirlemiştir. Dolayısıyla, üreticinin sorumluluğu kavramının kullanılmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz.

ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır[940]. Üreticinin/imalatçının sorumlu olduğu zararlar, malın güvenli olmaması nedeniyle bir kişinin vücut bütünlüğünün ihlali sonucu doğan maddi zararlar ya da hatalı ürün dışında diğer bir malvarlığında gerçekleşen zararlardır[941]. Ürün sorumluluğunu doğuran olayda, ürünü imal ederek piyasaya süren imalatçı, bu kişinin ürünü pazarlamak ve satmak amacı ile anlaştığı satıcı ve ürünü satıcıdan alan alıcı bulunmaktadır. Ürünün alıcıya (tüketiciye) ulaşması, satıcı vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Üretici ile tüketici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi bulunmamasına rağmen üreticinin üründeki hata sebebiyle zarar gören kimselere karşı sorumluluğu, ürün sorumluluğunu oluşturmaktadır. Üretici, güvenli olmayan üründen zarar gören herkese karşı sorumludur. Diğer bir anlatımla, zarara uğrayan kişinin, güvenli olmayan ürünü satın alan ya da kullanan kişi veya üçüncü bir kişi olması mümkündür[942]. Alıcı ile üretici arasında sözleşme ilişkisinin bulunması durumunda zarar gören alıcının zararının giderilmesini sözleşme hükümlerine göre talep etmesi mümkün ise de üçüncü kişilerin sözleşme ilişkisine dayanarak üreticiye başvurması mümkün değildir. ÜGTDK m. 6/2'de, "*İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi zorunludur*." denilmek suretiyle ürün sorumluluğu, bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir[943]. Zira, zarar görenin ispatlaması gereken hususlar arasında kusur sayılmamıştır. Ürün

---

[940] **Tarman**, 300. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 8 vd. hükümlerinde satıcının ayıptan sorumluluğu düzenlenirken, ÜGTDK'de, ürünün ayıplı olmasından değil uygunsuzluğundan (güvenli olmamasından) doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Bu noktada ayıp ve uygunsuzluk kavramlarının birbirinden farkını ortaya koymak gerekmektedir. Ürün sorumluluğu, ayıptan doğan sorumluluktan farklı bir sorumluluktur. Şöyle ki, TKHK m. 8/1'de ayıplı mal, *"tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan mal*" olarak tanımlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ayıplı olarak kabul edilen mallar, *"Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir."* denilmek suretiyle sayılmıştır. TKHK'da düzenlenen ayıp kavramına ilişkin bkz. **Barış**, 42 vd.; **Çürük**, 51 vd. Oysa ürün sorumluluğunda üreticinin sorumluluğunun doğması için ÜGTDK m. 6 uyarınca ürünün uygunsuz olması gerekmektedir. Uygunsuzluk, ÜGTDK m. 3/1(r)'de "*ürünün ilgili teknik düzenlemeye veya genel ürün güvenliği mevzuatına uygun olmama hali*" olarak tanımlanmıştır. Ürün sorumluluğu bakımından önemli olan, ürünün, zarar uğrayan kimsenin kullanım amacına uygun olup olmaması değil, kullanıcıların ve üçüncü kişilerin şahıs veya malvarlığına karşı bir tehlike arz etmesi, yani güvenli olmamasıdır (**Akçura Karaman**, 14 vd. **Sağlam**, 157; **Gümüş**, Borçlar Genel, 498-499). Ayıptan doğan sorumluluk, genellikle sözleşme ilişkisine dayanmakla birlikte ürün sorumluluğu, sözleşme dışı bir sorumluluk türüdür. Ayrıca ayıptan doğan sorumluluk, sadece sözleşmenin tarafı olan tüketici tarafından başvurulabilecek bir sorumluluk türü olmasına karşılık, ürün sorumluluğunda üretici, ürünün risk alanına dahil olan herkese karşı sorumludur. Esas itibariyle bir tazminat sorumluluğu olan ürün sorumluluğundan farklı olarak, ayıptan doğan sorumlulukta tazminat talebi, tüketiciye, seçimlik hakların yanında tali bir hak olarak tanınmıştır (**Baş**, 376; **Havutçu**, 34-35).

[941] **Tarman**, 300; **Sağlam**, 34 vd.; **Havutçu**, 37.

[942] **Sağlam**, 36.

[943] **Sağlam**, 253.

sorumluluğu kabul edilmemiş olsaydı, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan alıcının imalatçıya başvurabilmesi, ancak haksız fiil hükümlerine göre mümkün olabilecekti. Bunun ise, kusurun kanıtlanması bakımından alıcı için dezavantajlı bir durum yarattığı açıktır. Bu nedenle ürün sorumluluğunun ayrı bir kanunla özel olarak hükme bağlanması yerinde olmuştur.

Zarar görenin kusurunun özel olarak hükme bağlandığı düzenlemelerden biri de ÜGTDK m. m. 21/4'te yer almaktadır. İlgili madde uyarınca, *"Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış olması hâlinde, imalatçı veya ithalatçının 6'ncı maddede düzenlenen tazminat sorumluluğu, hal ve şartlara göre azaltılabileceği gibi tamamen de kaldırılabilir."* Bu hüküm, TBK m. 52/I'in özel görünüm biçimlerinden biridir[944]. Söz konusu düzenleme olmasaydı dahi, ÜGTDK m. 6/5 uyarınca da aynı sonuca ulaşılması mümkündür. Zira ilgili hüküm uyarınca, "*Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır."* ÜGTDK m. 21/4 hükmünün, 85/374 Sayılı Avrupa Konseyi Direktifi ile uyumlu olduğu görülmektedir. Direktif'in m. 8/2 hükmünde "*Üreticinin sorumluluğu, bütün şartlar göz önünde tutularak, zarara hem üründeki bir hatanın hem de zarara uğrayan kişinin veya bu kişinin sorumluluğundaki herhangi bir kişinin hatasının neden olması hâlinde azaltılabilir ya da kaldırılabilir."* denilerek aynı esas benimsenmiştir[945].

ÜGTDK m. 21/4'te hâkime, tazminat miktarını indirme ya da tamamen kaldırma hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Zarar görenin kusurunun tazminat yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırması, zarar görenin kusurunun nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olması durumunda mümkün kabul edilmektedir[946]. Örneğin, ilacın saklama koşullarına uyulmaması nedeniyle doğan zararda, zarar görenin davranışı, nedensellik bağını

---

[944] **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, N. 671.

[945] Ayrıca, 4077 sayılı Kanuna dayanılarak getirilen Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'te de zarar görenin kusuru tazminattan bir indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Yönetmelik m. 6/3 uyarınca, "*Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde, bunlar müteselsilen sorumludurlar. Ancak zararın, tüketicinin veya tüketicinin sorumlu olduğu üçüncü bir kişinin kusurundan kaynaklanması hâlinde tüm hal ve şartlar göz önüne alınarak, imalatçının/üreticinin sorumluluğu azaltılabilir veya kaldırılabilir*." İlgili düzenleme ile birlikte, zarar gören konumundaki tüketicinin kusurlu davranışı, tazminattan bir indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. Hükümde bahsedilen "zararın tüketicinin kusurundan kaynaklanması" hâli, zarar görenin zararın doğumuna etki eden kusurlu davranışı (birlikte kusuru) olarak değerlendirilebilir. Bu noktada hâkime, kusurun ağırlığına göre sorumluluğu tamamen ortadan kaldırma veya tazminatta indirim yapma hususunda takdir yetkisi tanınmıştır.

[946] **Sağlam**, 211, 233.

kesecek yoğunlukta bir kusur olarak değerlendirilmektedir[947]. Zarar görenin nedensellik bağını kesecek yoğunlukta olmayan davranışı ise, ÜGTDK m. 21/4 hükmü uyarınca tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Kanaatimizce, hâkimin tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmasının nedensellik bağı bağlamında ele alınması isabetli değildir. Zira, nedensellik bağının bulunmadığı hâllerde sorumluluk hiç doğmayacağından, sorumluluğun ortadan kaldırılmasından da bahsedilemez. Bu nedenle, TBK m. 52/I hükmünde olduğu gibi, ÜGTDK m. 21/4 hükmünde yer alan zarar görenin kusuruna bağlı olarak hâkimin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmasına yönelik düzenlemenin pratik bir değeri bulunmadığı kanısındayız.

ÜGTDK m. 21/4'te, üründeki uygunsuzlukla birlikte "*zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin*" zarara sebep olması hâli de tazminattan indirim sebebi olarak öngörülmüştür. Zarar görenin sorumluluğundaki kişilerin kimler olduğu kanunda açıkça düzenlenmediği için bu kişiler her somut olayın özelliği göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir[948].

Zarar görenin kusurunun indirim sebebi olarak değerlendirilmesinde üreticinin ve diğer sorumluların kusurlu olup olmadıkları da önem taşımaktadır. Zira, ek kusur, zarar görenin kusuruna dayanılarak tazminatta indirim yapılmasının önüne geçebilir[949]. Ayrıca zarar gören, zararın artmasını engellemek için zararı azaltma külfeti kapsamında bazı masraflar yapmışsa, bunların giderilmesini karşı taraftan talep edebilir. Örneğin, elektronik bir aletteki uygunsuzluğun yarattığı zararın artarak aletin tamamen kullanılmaz duruma gelmesini engellemeye yönelik yapılan masraflar, sorumlu kişilerden talep edilebilir[950].

[947] **Sağlam**, 233-234.
[948] Zarar görenin sorumluluğunda bulunan kişilere, ev başkanın fiillerinden sorumlu olduğu kişiler, araç işleten ve teşebbüs sahibinin fiillerinden sorumlu oldukları kişiler, tüzel kişinin organları, yardımcı kişiler ve adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında bulunan çalışanlar örnek olarak gösterilebilir (**Sağlam**, 236 vd.).
[949] **Sağlam**, 235.
[950] **Sağlam**, 235-236.

§ 12. HUKUK UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

I. GENEL OLARAK

Küreselleşen ve gelişen dünya düzeninde sözleşmeler, ulusal sınırları aşarak uluslararası boyutta da önemli bir araç haline gelmiştir. Ancak ulusal hukuk düzenlerinin birbirinden farklı olması, milletlerarası nitelikteki hukuki işlemlerden doğan ihtilafların çözümlenmesini zorlaştırmaktadır. Ticari bakımından engel oluşturan bu farklılığın giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen sözleşme hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmaları, bu engelin aşılması bakımından oldukça önemlidir.

Bu çalışmaların yürütülmesi bakımından Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü (UNIDROIT) ve Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) önemli kurumlardandır. UNIDROIT, Milletler Cemiyetine bağlı olarak 1926 yılında kurulmuştur. Enstitü, özel hukukun uyumlaştırılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmakta ve aralarında Türkiye'nin de bulunduğu Birleşmiş Milletler'e üye ülkelere danışman bir kuruluş niteliği taşımaktadır[951]. UNCITRAL ise Birleşmiş Milletler'e bağlı bir komisyon olarak 1966 yılında kurulmuştur. Uluslararası ticaret alanında ulusal hukuk düzenlerindeki farklılığının yarattığı olumsuz sonuçların azaltılması amacı güden komisyonun faaliyetleri, model kanunlar hazırlanmasına yöneliktir[952].

Uyumlaştırma ve birleştirme çalışmalarının en önemlilerinden biri, UNCITRAL tarafından hazırlanan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi- CISG)'dır. Milletlerarası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacı güden ve 1988 yılında hazırlanıp yürürlüğe giren bu Antlaşma, Türkiye'de 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girerek Türk iç hukukunun bir parçası halini almıştır.

CISG, sonraki uyumlaştırma çalışmalarına da ışık tutmuştur[953]. UNIDROIT tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Unidroit İlkeleri- PICC) ve Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu'nca hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel

---

951 **Atamer**, CISG, 15.
952 **Atamer**, CISG, 15.
953 **Şen** (Okur), 8.

İlkeleri (PECL), CISG ile uyumlu hükümler barındıran model düzenlemelerdendir. Bunlar, mahkemeler ve kanun koyucular tarafından dikkate alınarak ülkelerin kendi hukuklarını geliştirmelerine yönelik bir model yaratma amacı taşımaktadır.

Günümüz ekonomisinin vazgeçilmez araçlarından biri olan uluslararası satım sözleşmelerinin gün geçtikçe önemi artmaktadır. Tarafların sözleşmeden doğan borçları, edimlerin ifası ve borca aykırılık hâlleri, hukuk dünyasını meşgul eden konulardandır. Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi uluslararası metinlerde de zarar görenin, zararın doğmasına ya da artmasına neden olan davranışının sorumluluğa ne şekilde etki ettiği özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, CISG, PICC ve PECL'de yer alan zarar görenin kusuruna ilişkin düzenlemelerin incelenmesinde yarar görmekteyiz.

II. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Özel hukuk uyumlaştırma çalışmaları alanında gerek kapsamı gerekse sonraki düzenlemelere ışık tutması bakımından en önemli yeri, CISG almaktadır[954]. Bu düzenlemeyle, uluslararası mal satımındaki güvensizliğin giderilmesi, uluslararası özel ve yabancı hukukun uygulanmasından doğan zorlukların engellenmesi amaçlanmıştır ve başarılı da olmuştur[955]. CISG, sadece uluslararası alandaki başarısı nedeniyle değil, borçlar hukuku alanındaki ulusal metinlerin hazırlanmasında da esas alınması sebebiyle önemli bir yere sahiptir[956]. CISG, Antlaşma'nın tarafı olan ülkelerin ortak satım hukukunu oluşturarak farklı ülkelerde iş yerleri bulunan taraflar arasında yapılan taşınır satım sözleşmelerinin kurulması, ifası ve sona ermesine yönelik düzenlemeler getirmektedir.

CISG'deki sözleşmeye aykırılık anlayışı, Türk-İsviçre hukukundan farklıdır. Şöyle ki, sözleşmeye aykırılık kavramı Borçlar Kanunu'nda genel bir hükümle düzenlenmemiş olup, somut birtakım sözleşmeye aykırılık halleri farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Bu kapsamda imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme, başlıca sözleşmeye aykırılık halleri olarak kabul edilmiştir[957]. Buna karşılık, CISG'de sözleşmedeki ihlalin çeşidine göre herhangi bir

[954] **Atamer**, CISG, 23 vd.
[955] **Zeytin**, 26.
[956] **Atamer**, CISG, 27 vd.
[957] **Eren**, Borçlar Genel, N. 3251 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, 851.

ayrım yapılmaksızın yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışı kabul edilmiştir[958]. Buna göre, sözleşmeye aykırı nitelikteki her türlü ifa, satıcının sorumluluğu kapsamına dahil edilmiş olup sözleşmeye aykırılığın türüne göre sorumluluğun kapsamı değişmemektedir[959].

Türk- İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk, kural olarak kusura dayanmakta olup sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir. Kusursuz sorumluluk ise istisnai olarak öngörülmüştür. Buna karşılık CISG'de öngörülen tazminat sorumluluğu, kural olarak kusursuz sorumluluk esasına dayanmakta olup tarafların, garanti sorumluluğu kapsamında sözleşmede taahhüt edilen sonuçların elde edilemediği her durumda birbirlerine karşı sorumlu olacağı esası benimsenmiştir[960]. Sözleşmede kararlaştırılan ya da CISG'de düzenlenen bir yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olup olmaması önem taşımaksızın, CISG'de öngörülen hukuki yollara başvurulması mümkündür.

Çalışmamız bakımından incelenmesi gereken hükümler, CISG m. 77 ve m. 80'dir. Türk- İsviçre sorumluluk hukukunda, zararı azaltma külfeti ve zarar görenin birlikte kusurunu içerecek şekilde tek bir hükümde düzenlenen zarar görenin kusuru (TBK m. 52/I), CISG'de zararı azaltma külfeti (m. 77) ve birlikte kusur (m. 80) olmak üzere ayrı ayrı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, zarar görenin kusurlu davranışının tazminata etkisi, TBK m. 52/I'e kıyasla, CISG'de daha dar tutulmuştur. Şöyle ki, Antlaşmanın 5. maddesinde *"Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz*." denilmek suretiyle ölüm ve yaralanma hallerinde ödenmesi gereken tazminat, sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla, malların neden olduğu ölüm ve yaralanma olaylarında m. 77 ve m. 80 hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

B. CISG KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN ZARARI AZALTMA KÜLFETİ (M. 77)

Sözleşmeden doğan sorumlulukta alacaklının zararı azaltma külfetinin düzenlendiği CISG m. 77 uyarınca, *"Sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri*

[958] **Atamer**, CISG, 281 vd.
[959] **Atamer**, CISG, 288.
[960] **Atamer**, CISG, 312-313; **Zeytin**, 164.

almak zorundadır. Bu önlemleri almaması hâlinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir."

CISG m. 77, sözleşmenin ihlaline dayanan (tazminata hak kazanan) tarafın zararı azaltma külfetini düzenlemektedir. Bu ifadeden, her iki tarafın da zararı azaltma külfeti bulunduğu söylenebilir. Zarar görenin, zararın meydana gelmesini ya da artmasını engellemek için kendisinden beklenebilen, makul nitelikteki önlemleri alması, uluslararası ticaret kapsamında kabul edilen dürüstlük ilkesinin bir sonucudur[961]. Sözleşmenin ihlalinden doğan zararların tazmini, ancak makul önlemler alınmasına rağmen engellenemeyen zararlar bakımından mümkündür. Diğer bir anlatımla, sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlar önlenebilecek ya da azaltılabilecek nitelikteyse, bunların tazmini mümkün değildir. Bu durumda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat yükümlülüğü ortadan kalkmamakla birlikte, bu kişi lehine tazminatta indirim talep etme hakkı doğmaktadır. Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, uğradığı zararı azaltmak için somut olayın koşullarına göre makul nitelikteki önlemleri almazsa, sözleşmeyi ihlal eden taraf, zararın önlem alınmış olsaydı azaltılabileceği oranda tazminatta indirim yapılmasını talep edebilir[962].

CISG m. 77 hükmü, her türlü sorumluluk bakımından uygulama alanına sahiptir[963]. Alacaklının hem zararın oluşmasından önce hem de zarar doğduktan sonra zararı azaltma külfeti bulunmaktadır[964]. Sözleşmenin ihlalinin tazminat dışındaki sonuçları (sözleşmeden dönme ve aynen ifa talebi) bakımından zararı azaltma külfetinin uygulama alanı bulup bulamayacağı konusunda görüş birliği bulunmamakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre[965], aynen ifa talebi ve sözleşmeden dönme hâllerinde de bu külfetin varlığı kabul edilmelidir. Zira, sistematik yeri dikkate alındığında CISG m. 77'nin tazminat ayrımında düzenlenmiş olması, sadece tazminat talepleri bakımından uygulanacağının kabulü için yeterli değildir. Bu hüküm, uluslararası ticarette genel ilke olarak kabul edilen dürüstlük kuralının bir uzantısı olduğuna göre, sözleşmenin ihlalinden doğan diğer haklar bakımından

---

961 **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 1; **Dayıoğlu** (Okur), 321.
962 **Erdem**, 94, dn. 172.
963 **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 3.
964 **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 3.
965 **Altınok Ormancı**, 71 vd.; **Baysal**, 370. *Schwenzer*, CISG m. 77 hükmünün sistematik konumu esas alındığında zararın azaltılması külfetinin sadece tazminat talepleri bakımından uygulanacağını, sözleşmenin ortadan kaldırılması ya da aynen ifa talepleri bakımından ilgili maddenin uygulanmayacağını belirttikten sonra, doktrindeki yeni eğilimin bunun aksi yönde olduğunu ifade etmiştir. Sonraki yaptığı açıklamalardan, yazarın da bu yeni eğilime uzak olmadığı anlaşılmaktadır (**Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 4, 5). Taşınır satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında alıcıya tanınan seçimlik haklardan biri olan satış bedelinin indirilmesi bakımından zararın azaltılması külfeti bulunmadığı ve CISG m. 77'nin uygulanamayacağı yönünde bkz. **Atamer**, CISG, 439.

ısrarcı olunması da, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ölçüde, zararı azaltma külfetinin ihlali olarak kabul edilmelidir. Nitekim, aynen ifa talebinde ısrarcı olunması ya da dönme hakkının geç kullanılması gibi hâller doğan zararın artmasına neden olabilir. Örneğin, satıcının sözleşme konusu malların üretimine başlamadan önce alıcının malları teslim almayı reddetmesi hâlinde, satıcının aynen ifada ısrarcı olarak üretime devam etmesi, kendisine kusur olarak yüklenebilir.

Zarar gören tarafa yüklenen zararı azaltmaya yönelik davranış bir yükümlülük değil, külfettir[966]. Zira, zararın azaltılması sözleşme gereği icra edilebilir bir borç değildir; bu davranışa aykırı hareket edilmesi, tazminatta indirim yapılması sonucunu doğurmaktadır. Zararın azaltılması külfetine aykırılık durumunda, zarar gören tarafın kendisinden beklenen önlemleri almadığı için zararın artmasına neden olduğu kabul edilir. Bu kapsamda, sözleşmeyi ihlal eden kimsenin sorumlu olduğu tazminat miktarı, makul önlemler alınmış olsaydı oluşacak zarar miktarına göre tespit edilir. Dolayısıyla, CISG m. 77 hükmüne uygun hareket edilmiş olsaydı doğacak zarar ile tazmin edilecek zarar miktarları birbirine eşit olmalıdır.

Makul önlemlerin neler olduğunun tespiti bakımından genel geçer bir ölçüt vermek mümkün olmayıp hâkimin somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapması gerekmektedir[967]. Diğer bütün hâllerde, dürüst ve makul üçüncü bir kimsenin aynı şartlar altındaki davranışları esas alınarak somut olayda zarar gören taraftan hangi önlemleri almasının beklenebileceği tespit edilebilir[968]. Sözleşmenin ihlalinden etkilenen taraf, zararı azaltma külfeti kapsamında aldığı önlemlere ilişkin makul masrafların tazminini karşı taraftan isteyebilir[969]. İfanın gerçekleştirilmesine yönelik ortaya çıkan tehditler hakkında karşı tarafın uyarılması, ifa engeli ile karşılaşıldığında hukuki yollara başvurulması ve ikame sözleşme yapılması, zararın azaltılması için alınabilecek başlıca önlemlerdir.

Borcun ifası bakımından tehdit oluşturan ve zarara sebep olabilecek risklere karşı vaatte bulunulan kişinin vaatte bulunanı uyarması, zararı azaltma külfeti kapsamında

[966] **Atamer**, CISG, 438; **Dayıoğlu** (Okur), 321.
[967] **Atamer**, CISG, 439. Hâkim, yapacağı değerlendirmede, CISG m. 9' da öngörülen ticari teammüllerden ve taraflar arasındaki yerleşmiş alışkanlıklardan da faydalanabilir (**Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 7).
[968] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 7; **Atamer**, CISG, 439.
[969] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 11.

alınabilecek önlemlerden biridir.[970]. Sözleşmenin yerine getirilmesinin önüne bir engel çıkabileceği önceden açıkça görülebiliyorsa, buna ilişkin önlem alınarak zararın artmasının önüne geçilmesi mümkündür. Bu nedenle, borcun yerine getirilmesini engelleyeceği ya da zorlaştıracağı açıkça görülebilen bir durum karşısında karşı tarafın uyarılması, önleyici bir nitelik taşıyabilir.

Aynı doğrultuda, zarar gören tarafın, karşı tarafın mallarına devlet tarafından el konulması gibi borcunu ifa etmesinin zorlaşması ya da imkansızlaşmasına neden olan idari işlemlere karşı hukuki yolla başvurması da alabileceği önlemler arasındadır[971].

Zararı azaltma külfeti kapsamında alınabilecek önlemlerden bir diğeri ise, ikame sözleşme yapılmasıdır[972]. Özellikle, piyasadaki fiyat dalgalanmalarının sözleşmeyi ihlal eden taraf aleyhine olduğu bir durumda, kendisine vaatte bulunulan kişinin borcun ifa edilmesini beklemeksizin ikame alış ya da satış işleminin zaman geçirmeden yapması, doğan zararın artmaması bakımından önemlidir[973].

C. CISG KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN BİRLİKTE KUSURU (M. 80)

Zarar görenin birlikte kusurunun sonuçlarının düzenlendiği CISG m. 80'de, *"Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz"* denilmek suretiyle, alacaklının alanına giren hususlardan doğan ifa engellerinin, borçluyu, sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtaracağı düzenlenmiştir[974]. Bu madde, hiç kimsenin kendi yarattığı olumsuz durumlardan kendi yararına bir sonuç çıkaramayacağı ilkesinin dayandığı dürüstlük kuralının bir yansımasıdır[975]. Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan sorumluluk kusursuzluk esasına göre kurulduğundan, m. 80 hükmünün uygulanması için zarar görenin davranışının kusurlu olması gerekmez[976]. Örneğin, satıcının malı teslim edeceği limanın kendisine bildirilmemesi, imal edilecek mallardaki ayıbın alıcının satıcıya verdiği planlardan kaynaklanması ya da sipariş edilen malların teslim alınamamasına karşın daha sonra ifa davası açılması hallerinde alıcının davranışı, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinin sebebini

[970] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 9.
[971] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 8.
[972] **Atamer**, CISG,439-440.
[973] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 77, N. 10.
[974] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 1; **Begdeş**, 133.
[975] **Atamer**, CISG, 470.
[976] **Neumann**, 144; **Dayıoğlu** (Okur), 330; **Urfalıer** (Okur), 550; **Atamer**, CISG, 471.

oluşturmaktadır[977]. Alıcının davranışı olmasaydı satıcının edimini sözleşmeye uygun olarak gerçekleştireceğinin anlaşıldığı durumlarda, satıcının sorumlu tutulması mümkün değildir.

CISG m. 80, hem verilen zararlara ilişkin sorumluluktan kurtulmayı hem de alacaklının diğer çözüm yollarına başvurma imkanının ortadan kalkacağını düzenlemektedir[978]. Dolayısıyla alacaklı, sadece tazminat talep etme hakkını değil, ifa etmeme nedeniyle ileri sürebileceği aynen ifayı talep hakkını ve sözleşmeden dönme hakkını da kaybetmektedir[979].

CISG m. 80 de m. 77'de olduğu gibi hem satıcı hem de alıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda uygulanır. Doktrindeki hâkim görüş[980] m. 80'in sadece alacaklının ifa etmemeden tek başına sorumlu olduğu hallere değil, tarafların zararın doğmasına birlikte katkıda bulunduğu hallere de uygulanması gerektiği yönündedir. Borcun ifa edilmemesinde her iki tarafın davranışının da etkisi bulunmaktaysa, alacaklının tazminat, indirim, faiz gibi parasal talepleri kendisinin sebebe katkıda bulunduğu ölçüde indirilebilir ise de, aynen ifa ya da sözleşmenin ortadan kaldırılması taleplerinin kusur oranlarına göre taraflar arasında paylaştırılması mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, tarafların yükümlülükleri sınırlandırılamıyor ya da alacaklının davranışları nedensellik bağını kuracak ölçüde değilse, CISG m. 77 hükmü uyarınca zarardan doğan sorumluluk taraflar arasında kusurları oranında paylaştırılmalıdır[981].

CISG m. 77, alacaklının, borçlunun tek başına sebep olduğu zararı engellemediği veya azaltmadığı hallere uygulanırken; CISG m. 80, borçlunun borcunu ifa etmemesine alacaklının da etki etmesi durumunda uygulanmaktadır. Ayrıca, zararı azaltma külfetinin düzenlendiği m. 77 hükmünün ihlali tazminatta indirime yol açarken; m. 80 hükmünde birlikte kusurun yaptırımı, tazminatta indirim değil, sorumluluğun doğmamasıdır.

Örneğin, alıcının sipariş ettiği araçların tamamlanması için satıcıya bilgi sağlamaması nedeniyle bunların üretimi gecikirse ve bu sırada tamamlanmamış olan araçlar satıcının işyerinde gerçekleşen bir kaza sonucu kullanılmaz duruma gelirse, satıcının m. 80

[977] **Atamer**, CISG, 471.
[978] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 2; **Dayıoğlu** (Okur), 329-330; **Urfalıer** (Okur), 550; **Begdeş**, 143.
[979] **Erdem**, 101-102.
[980] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 9; **Atamer**, CISG, 471; **Begdeş**, 143.
[981] **Urfalıer** (Okur), 551.

kapsamında sorumluluktan kurtulacağı kabul edilir[982]. Kural olarak, alacaklı tarafından yaratılan ifa engellerinin borçlu tarafından aşılması beklenemez. Ancak ticari işlerde borçludan, alacaklı tarafından yaratılan basit sorunları çözmeye teşebbüs etmesi beklenebilir[983]. Bunun yanı sıra, alıcı görülen işe ilişkin satıcıya birtakım talimatlar vermiş olsa dahi, genellikle satıcı, alıcıdan daha tecrübeli olduğu için alacaklının verdiği talimatları uygulamadan bunları incelenmesi gerekir[984]. Aksi hâlde borcun ifa edilmemesine her iki tarafın da katkıda bulunduğu kabul edilir.

III. UNIDROIT İLKELERİ (PICC) VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ (PECL) KAPSAMINDA ZARAR GÖRENİN KUSURU

A. ZARAR GÖRENİN ZARARI AZALTMA KÜLFETİ

Zarar görenin zararı azaltma külfeti, Unidroit İlkeleri'nde m. 7.4.8.'de düzenlenmiştir. Zararın azaltılması başlığı taşıyan m. 7.4.8. uyarınca, *"(1) İfada bulunmayan taraf, ifaya kavuşamayan tarafın alacağı makul önlemlerle zararın azaltılabileceği ölçüde, onun uğradığı zarardan sorumlu değildir. (2) İfaya kavuşamayan tarafın, zararın azaltılması girişiminde makul olarak yaptığı masrafların tazminini talep etmeye hakkı vardır."*

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde zararı azaltma külfeti m. 9:505'te *"(1) İfada bulunmayan taraf, zarar görenin uğradığı zarardan, zarar görenin makul önlemler alarak zararı azaltabileceği ölçüde sorumlu değildir. (2) Zarar gören, zararı azaltmaya çalışırken makul olarak yaptığı her türlü masrafı geri alma hakkına sahiptir."* denilerek düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler, CISG m. 77 ile paralellik göstermektedir. Her üç düzenleme de alacaklının, alacağı makul önlemlerle engel olabileceği zararın tazminini karşı taraftan isteyemeyeceği esasını kabul etmektedir. Bu yönüyle ilgili uluslararası metinlerin, TBK m. 52/I hükmü kapsamında kabul edilen zarar görenin zararı azaltma külfeti ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık, makul önlemlere ilişkin masrafların nasıl karşılanacağı hususunda, CISG'de ve TBK'da bir hüküm bulunmazken, PICC m. 7.4.8'de ve PECL m. 9:505'in ikinci fıkralarında alacaklıya, zararı azaltmaya yönelik aldığı

[982] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 4.
[983] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 5.
[984] **Schlechtriem/Schwenzer**, Schwenzer, m. 80, N. 5.

önlemlerin masraflarını borçludan isteme hakkı tanınmıştır. Her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da, Türk hukukunda da zarar veren kişiden masrafların talep edilebileceği kabul edilmektedir.

Bu iki hüküm dışında, zarar görenin zararı azaltma külfetinin özel olarak düzenlendiği diğer bazı hükümler de bulunmaktadır. PECL m. 9.102 hükmünün üçüncü fıkrasında ve Unidroit İlkelerinin 7.2.2. maddesinin e bendinde, sözleşmeye aykırılığı öğrenen ya da öğrenebilecek durumda olan alacaklının makul bir süre içinde aynen ifa talebinde bulunmaması hâlinde, bu hakkını kaybedeceği düzenlenmiştir. Ayrıca, ifanın borçlu bakımından makul olmayan çaba ve masraf gerektirmesi (PECL 9.102/2, b ve Unidroit İlkeleri m. 7.2.2, b) ve edimin üçüncü kişiden temin edilmesinin mümkün olduğu hâllerde (PECL 9.102/2, d ve Unidroit İlkeleri m. 7.2.2, c) de aynen ifanın talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerle, para borcu dışındaki bir borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklıya tanınan aynen ifayı talep edebilme hakkı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmaların, zararı azaltma külfetinin bir görünüm biçimi olduğu kabul edilmektedir[985].

B. ZARAR GÖRENİN BİRLİKTE KUSURU

PICC'de birlikte kusur, doğurduğu sonuca göre iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Bunlardan biri, sorumluluktan kurtulma hâlini düzenleyen m. 7.1.2, diğeri ise tazminatta indirimin yapılmasını öngören PICC 7.4.7 hükmüdür. Diğer tarafın müdahalesi başlığı altında düzenlenen m. 7.1.2. hükmüne göre, *"Bir taraf, diğer tarafın ifada bulunmamasına kendi eylemiyle ya da ihmaliyle veya riskini kendisinin taşıdığı bir olayla neden olduğu ölçüde, onun ifa etmemesine dayanamaz."* Bu hükümle, CISG m. 80'e benzer bir ifade ile birlikte kusur durumunda sorumluluktan kurtulma hâli düzenlenmiştir. Buna karşılık, CISG'deki düzenlemeden farklı olarak, zararın sadece zarar görenin eyleminden ya da eylemsizliğinden değil, riskini üstlendiği bir olaydan kaynaklanması hâli de birlikte kusur kapsamına dahil edilmiştir. Birlikte kusur nedeniyle tazminatta indirimin düzenlendiği m. 7.4.7. uyarınca ise, *"Zarara kısmen, ifaya kavuşamayan tarafın bir eylemi ya da ihmali yahut riski ona ait olan bir olay neden olmuşsa, tazminatın miktarı, taraflardan her birinin*

[985] **Baysal**, 337; **Altınok Ormancı**, 71.

davranışı göz önüne alınarak, bu etkenlerin zararın oluşumuna katkıda bulunduğu ölçüde indirilir."

Birlikte kusura ilişkin PECL'de yer alan 8:101 hükmüne göre, *"Bir taraf, kendi davranışının diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine neden olduğu ölçüde, 9. bölümde belirtilen çözüm yollarından hiçbirine başvuramaz."* Benzer şekilde, PECL m. 9:504 uyarınca, *"İfada bulunmayan taraf, mağdur tarafın ifa etmemeye veya bunun etkilerine katkıda bulunduğu ölçüde, mağdur tarafın uğradığı zarardan sorumlu değildir."*

Zarar görenin birlikte kusuruna ilişkin Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri ve Unidroit İlkeleri'ndeki düzenlemeler, CISG m. 80'den bazı yönleriyle ayrılmaktadır. Şöyle ki, CISG m. 80'de zarar görenin birlikte kusurunun sonucu, tazminattan indirim değil, sorumluluğun doğmamasıdır. Buna karşılık, PICC ve PECL hükümlerinde, birlikte kusura iki farklı sonuç bağlanmıştır; kusurun ağırlığına göre sorumluluk ortadan kalkabileceği gibi tazminatta indirime de gidilebilir. Bu yönleriyle, PICC ve PECL'deki düzenlemelerin TBK m. 52/I'e daha yakın olduğu söylenebilir[986].

[986] **Baysal**, 372.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğradığı zararın tazminidir. Kural olarak zarar veren kimse, zarar görenin uğradığı zararı bütünüyle karşılamakla yükümlüdür. Kural, zararın tamamının tazmin edilmesidir. Buna karşılık, bazı hâllerde zarar verenin zararın tamamını karşılaması, hakkaniyete uygun düşmez. Özellikle de meydana gelen zararda zarar görenin davranışının da payı bulunuyorsa, bu durum tazminat miktarının hesaplanmasına dikkate alınmalıdır. Ayrıca sorumluluk hukukuna hâkim olan hukuk güvenliği ilkesi, bir kimsenin hangi davranışlarından ne oranda sorumlu tutulacağını önceden bilebilecek durumda olmasını gerektirir. Bu yönüyle zarar görenin kusurlu davranışı, zarar verenin sorumluluğunun sınırlanması bakımından oldukça önemlidir. Taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanarak zarar gören kadar zarar verenin de korunması, toplumsal adaletin, sosyal barışın ve hukuka olan güvenin devamı için olmazsa olmaz niteliktedir.

Tazminatın hesaplanabilmesi için, öncelikle zarar miktarının tespit edilmesi gerekmektedir. Tespit edilen zarar miktarı, tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Bazı durumlarda hükmedilen tazminat, tespit edilen zarar miktarının altında kalabilir. Bu duruma yol açan hâllerden biri, tazminattan indirim yapılmasıdır. İndirim sebepleri, zarar verenden, zarar görenden ya da her iki taraf dışında kalan olaylardan kaynaklanabilir. Zarar görene ilişkin indirim sebeplerinden biri de zarar görenin kusurudur.

Türk Borçlar Kanunu m. 52/I hükmünde düzenlenen zarar görenin kusuru, TMK m. 2'de hükme bağlanan dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Zarar gören, kusurlu davranışıyla zararın doğmasına etki etmişse ya da meydana gelen zararın artmasına neden olmuşsa, bunun sonuçlarına zarar verenin katlanması beklenemez. Bu nedenle, zarar görenin kendi davranışının sonuçlarına katlanması, bu oranda sorumluluğu zarar veren ile paylaşması gerekir.

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından olan kusur ve hukuka aykırılık unsurları, birbirinden farklıdır. Kusur, bir kimsenin hukuk düzeninin kendisinden beklediği şekilde davranmaması, davranışının hukuk düzeni tarafından kınanabilir nitelikte olması anlamını taşımaktadır. Hukuka aykırılık ise, hukuk düzeninin kişileri korumaya yönelik getirdiği emredici hukuk kurallarının ihlalini ifade etmektedir. Her ne kadar doktrinde, bir kişinin kendisine zarar veren bir davranışta bulunması hukuka aykırı kabul edilemeyeceği gerekçesiyle zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur niteliği taşımadığı yönünde

bir görüş bulunmakta ise de, kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, bir davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca hukuka aykırı olması gerekmemektedir. Bu nedenle, zarar görenin kusurunun teknik anlamda bir kusur olarak nitelendirilmesinde bir sakınca olmadığı kanısındayız.

Zarar görenin zararın doğmasına etki etmemesi ya da zararı arttırmaması, bir yükümlülük değil külfet niteliği taşımaktadır. Zira zarar görenin bu yönde davranması, talep ve dava edilemez. Buna karşılık bu külfete uymayan zarar gören, tazminat miktarından indirim yapılmasına katlanmak durumunda kalır. Zarar görenin uğradığı zarara etki eden davranışları, zarar veren lehine fakat zarar gören aleyhine dikkate alınır. Bu kapsamda külfete aykırı davranan zarar gören, zarar verene karşı sahip olduğu talep haklarının bir kısmını ya da tamamını kaybeder.

Orta zekalı, makul ve dürüst bir kimsenin zarar görmemek ya da uğradığı zararı arttırmamak için kaçınması gereken davranışlar, zarar görenin kusurunun çerçevesini oluşturmaktadır. Zarar görenin kusuru, zarar görenin zararın doğumuna etki eden davranışını ve zararı azaltma külfetini kapsayan bir üst kavramdır. Zarar görenin, davranışlarıyla zararın doğmasını kolaylaştırması veya zarar verenin davranışlarının doğuracağı zararlı sonuçları önlemekte ihmalkâr davranması, zarar görenin zararın doğmasına etki ettiğini gösterir. Örneğin tahrik ve zarar görenin zarar tehlikesini göze alması ya da bir kimsenin karşı tarafı bilmediği ve bilmesi gerekmeyen bir tehlikeye karşı uyarmaması hallerinde zarar görenin zararın doğmasına etki eden kusurlu davranışı söz konusudur. Zarar meydana geldikten sonra zarar görenin kendisinden beklenen makul önlemleri almayarak zararın artmasına sebep olması da zarar görene kusur olarak yüklenmektedir. Bu duruma özellikle, bedensel bütünlüğün ihlali sonrasında gereken önlemlerin alınmadığı olaylarda rastlanmaktadır. Zarar görenin tedavi olması, durumun gerektirdiği hâllerde meslek değiştirmesi, ikame sözleşme yapması, yargı yoluna başvurarak hakkını araması gibi durumlar alınabilecek makul önlemlerden başlıcaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Zararı azaltmak için alınan önlemlere ilişkin masraflar ise zarar veren tarafından karşılanır. Alınan önlemlerin yetersiz kalması hatta zararın artmasına neden olması, bu masraflara zarar verenin katlanacağı gerçeğini değiştirmez.

Zarar görenin kusuru bakımından objektifleştirilmiş kusur teorisi kabul edilmektedir. Buna göre, zarar görenin kusurlu olup olmadığının tespitinde, onun dahil olduğu çevredeki makul, dürüst, ortak zekalı bir kimsenin benzer bir durumda zararı engellemek ya da

artmasını önlemek için göstereceği dikkat ve sarf edeceği çaba esas alınır. Zarar görenin kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Zarar görenin kusurlu davranışı, kast şeklinde gerçekleşebileceği gibi ihmale de dayanabilir. Zarar görenin yapısal yatkınlığı, zararın doğmasına ya da artmasına sebep olsa dahi ilke olarak zarar görene kusur olarak yüklenemez. Bu durum ancak, TBK m. 51 kapsamında tazminattan indirim yapılmasına sebep olabilir.

Zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğuna göre sorumluluğa iki şekilde etki edebilir. İlk olarak, zarara neden olan eylem ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesecek yoğunluğa ulaştığı hâllerde zarar vereni sorumluluktan kurtarır. Zarar görenin kusurlu davranışının bu yoğunluğa ulaşmadığı hâllerde ise, tazminattan indirim yapılır. TBK m. 52 hükmü, tazminata hükmetmemek ya da tazminattan indirim yapmak hususunda hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Buna göre hâkim, TMK m. 4 kapsamında, somut olayın özelliğini dikkate alarak tarafların zararın meydana gelmesindeki paylarını ve kusur derecelerini dikkate alarak bir karar vermelidir. Ancak TBK m. 52/I hükmü kapsamında hâkimin tazminata hükmetmemesi, istisnai bir nitelik taşımaktadır.

Haksız fiil sorumluluğunda hem maddi hem de manevi zararın tazmininde zarar görenin kusuru bir indirim sebebi olarak dikkate alınmaktadır. Maddi zarara dayalı tazminat taleplerinde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin kendisinden beklenen önlemleri (özellikle tedavi olma ve meslek değiştirme) almaması, destekten yoksun kalan kimselerin açtığı tazminat davasında ölen desteğin ya da destekten yoksun kalanların zarara etki eden davranışları, bir eşyası zarar gören kimsenin eşyayı onarmama ya da ikame eşya temin etmeme suretiyle zararını arttırması, tazminat miktarının tespitinde bir indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, manevi zararın tazmininde de zarar görenin zararın meydana gelmesine ya da artmasına yol açan davranışları kendisine kusur olarak yüklenmektedir.

Haksız fiil sorumluluğundan başka, sözleşmenin ihlalinde, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta (culpa in contrahendo sorumluluğu) ve vekaletsiz işgörmeden doğan tazminat taleplerinde de zarar görenin kusurlu davranışı, tazminattan indirime sebep olmaktadır.

Sözleşme sorumluluğu bakımından değerlendirildiğinde, TBK m. 114/II uyarınca haksız fiil hükümlerinin, kıyasen sözleşme sorumluluğuna da uygulanması gerektiği öngörüldüğü için, sözleşmeye aykırılık durumunda zarar gören tarafın davranışlarının da

tazminatın hesaplanmasında hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Bu noktada, TBK m. 52/I hükmünün kıyasen uygulanması önem taşımaktadır. Zira, sözleşmeye aykırılığın tazminattan başka sonuçları da bulunmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurlu davranışı, sözleşmeye aykırılığın tazminat dışındaki sonuçları bakımından da göz önünde bulundurulmalı ve bunlara etki ettiği oranda sınırlandırılması gerektiği kabul edilmelidir.

Sözleşme görüşmeleri yapılırken her ne kadar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamakta ise de, tarafların birbirlerini koruma ve birbirlerine özen gösterme borcu doğmaktadır. Bu kapsamda, görüşenlerin görüştükleri sırada uğradıkları zarara kendi davranışlarıyla etki etmeleri durumunda, TBK m. 52/I hükmü uyarınca hükmedilecek tazminatın indirilmesi gerekmektedir. Vekaletsiz işgörmede ise vekaletsiz işgören, işsahibine verdiği zararlardan TBK m. 112 vd. hükümleri uyarınca sorumlu tutulduğu için, TBK m. 52/I hükmü vekaletsiz işgörmeden doğan tazminat borcuna da kıyasen uygulanmaktadır.

Kusursuz sorumluluk hallerinde de zarar görenin kusuru, tazminattan indirime yol açmaktadır. Genel hüküm niteliği taşıyan TBK m. 52/I hükmü, olağan sebep sorumluluğu hâllerine ve tehlike sorumluluğuna da uygulanmaktadır. Ancak, kusurdan bağımsız olarak doğan sorumlulukta, tarafların kusurlarının karşılaştırılması mümkün değildir. Bu hâlde, sorumluluğu doğuran olayla zarar görenin kusurlu davranışının karşılaştırılması söz konusudur. Bu karşılaştırma, sorumluluğa sebep olan olay ile zarar görenin kusurlu davranışının zararı meydana getirmeye elverişliliği göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Zarar görenin kusuru, doğan zararı ne oranda meydana getirmeye elverişliyse, aynı oranda tazminattan indirim yapılır.

Kusursuz sorumlulukta kusur karşılaştırması, ancak sorumlu tutulan kişinin ek kusuru bulunduğu hâllerde yapılabilir. Özellikle zarar görenin kusurlu olduğu bir durumda sorumlu kişinin ek kusurunun bulunması, önem taşımaktadır. Zira hâkim, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak tarafların kusurlarını tespit ettikten sonra sorumluluğu paylaştıracağından, sorumlunun ek kusuru, zarar görenin payına düşen sorumluluk oranının azalmasına sebep olur.

Bir davada zarar görenin kusurlu olduğu ileri sürüldüğü takdirde, öncelikle zarar miktarının ve zararın kimin malvarlığında ya da şahıs varlığında gerçekleştiğinin tespiti gerekir. Zararı meydana getiren davranış ile zarar arasındaki nedensellik bağını kesmeyen

zarar görenin kusuru, sorumluluğun taraflar arasında paylaştırılmasında dikkate alınır. Sorumluluğun paylaştırılması, somut olayın özellikleri ve tarafların kusur dereceleri dikkate alınarak yapılır.

Geniş bir uygulama alanına sahip olan zarar görenin kusurunun amacına ulaşabilmesi için, yargı kararlarındaki belirsizliğin ve tutarsızlığın giderilmesinde yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda, her şeyden önce hukuki ilişkinin tarafları doğru belirlenerek kusur oranlarının titizlikle tespit edilmesi, zarar görenden alması beklenen önlemlerin makul olup olmadığına ilişkin tutarlı kararlar verilmesi, zarar görenin kusurunun zararın belirlenmesinde değil tazminatın hesaplanması aşamasında dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bu hâllerde zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak hak ettiği yeri bulabilecek ve amacına ulaşabilecektir.

KAYNAKLAR [*] [**]

ABİK, Yıldız **:** "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, 345-448 (Normun Koruma Amacı).

: "Kaynak Hakkına İlişkin Türk Medeni Kanunundaki Hükümler Hakkında Bir Değerlendirme", TBAD, C. 3, S. 1, 2010, 79-91 (Kaynak Hakkı).

ACAR, Bülent **:** "Yargıtay'ın Ek Kusurun Giderimle İlgili Olarak Birlikte Kusuru Etkilemesi İşlevini Tanımazlığı Görüşünün Eleştirisi", TBBD, 1991/3, 341-346.

ADIGÜZEL, Burak **:** "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler", MÜHF-HAD, C. 18, S.2, Y. 2012, 769-792 (Yenilikler).

: Taşıma Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020 (Taşıma Hukuku).

AKÇURA KARAMAN,

Tuba **:** Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008.

AKIN, Levent **:** İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001.

AKINCI, Ertuğrul **:** "TBK m. 530 ile Karşılaştırmalı Olarak Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakkı İhlallerinde Gerçek Olmayan Vekaletsiz İşgörme", GSÜHFD, C. 21, S. 2, 2022, 1947-1992.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ

KARAMAN, Derya **:** Aile Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2014.

AKYOL, Şener **:** Medeni Hukukla İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararları (BGE 38 II- BGE 47 II), Cilt I, İstanbul 1980.

[*] Eserler, yazarlarının soyadlarıyla anılmış olup birden fazla eserinden yararlanılan yazarların eserlerine atıf yapılırken kullanılan kısaltılmış hâlleri, parantez içinde gösterilmiştir.
[**] Dipnotlarda önünde herhangi bir işaret bulunmayan rakamlar, sayfa numaralarını gösterir.

ALTINOK ORMANCI,

Pınar **:** Zararı Azaltma Külfeti, 1. Baskı, İstanbul 2016.

ALTUNKAYA, Mehmet **:** "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü", SÜHFD, C. 7 S. 1-2, 1999, 171-196.

ANTALYA, Gökhan **:** "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: 'Geçici Ödeme", YÜED, C. 8, Özel Sayı-2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 1, İzmir 2013, 185-200 (Geçici Ödeme).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,2, 2. Baskı, Ankara 2019 (Borçlar Genel).

APAYDIN, Eylem **:** "Karşılaştırmalı Hukukta Haksız Fiil Sorumluluğunda Bir Zarar Kalemi Olarak Zararı Önleme Masrafları", KHASHFD, C. 8, S. 2, 2020, 219-244.

ARAL, Fahrettin/

AYRANCI, Hasan **:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2022.

ARSEBÜK, Esat **:** Borçlar Hukuku, Birinci ve İkinci Cilt, 3. Baskı, Ankara 1950.

AŞÇIOĞLU, Çetin **:** Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989.

ATABEK, Reşat **:** Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 1960.

ATAMER, Yeşim M. **:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996 (Haksız Fiil).

: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2005 (CISG).

ATEŞ, Hüseyin **:** "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması", TBBD, S. 100, 2012, 343-362 (Sorumluluktan Kurtulma).

: **“**Motorlu Araç İşletenin Sorumluluğunun Azaltılması”, TBBD, S. 97, 2011, 301- 320 (Sorumluluğun Azaltılması).

ATLAN KAZAN, Hülya : “Kaynak Hakkı”, BÜHFD, C. 1, S. 1, 2015, 119-146.

AYDIN, Gülşah Sinem : Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekaletsiz İşgörme, 1. Baskı, İstanbul 2017.

AYDIN ÜNVER, Tülay : “Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi”, İÜHFD, C. 15, S. 2, 2016, 233-253.

AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet : Sigorta Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2023.

BALDUĞ, Emine Yağmur : “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Tazminatın Belirlenmesinde Müterafik Kusur”, THD, C.15, S. 166, Y. 2020, 1249-1256.

BARIŞ, Ayşe : 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Ayıplı İfadan İthalatçı ve Üreticinin Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2021.

BAŞ, Seda : “7223 Sayılı Kanun Kapsamında Ürün Sorumluluğu Kavramına Genel Bir Bakış”, TAAD Y. 13, S. 52, Ekim 2022, 349-382.

BAŞOĞLU, Başak : Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 1. Baskı, İstanbul 2012.

BAŞPINAR, Veysel : “Su Mülkiyeti Açısından Türk Medeni Kanunu, Yeraltı Suları Hakkında Kanun ve Su Kanunu Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 65, S. 4, 2016, 2725-2754.

BAYSAL, Başak : Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), 1. Baskı, İstanbul 2012.

BECKER, Hermann : Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht BK- Berner Kommentar Band/NR. VI/I, 2. A., Bern 1945.

BEGDEŞ, Mehmet Ali **:** CISG Kapsamında Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması (m. 79-80), Ankara 2024.

BELGESAY, Mustafa Reşit **:** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, C. IV, Ayni Haklar, 3. Baskı, İstanbul 1945.

BOLAT TÜRKDOĞAN, Elif **:** Türk Hukukunda Bir Kusursuz Sorumluluk Türü Olarak Objektif Özen Ödevine Dayalı Sorumluluk, Ankara 2021.

BOLATOĞLU, Bolat **:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı), Ankara 1988.

BREHM, Roland **:** Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, A. 5, Bern 2021.

BURROWS, Andrew **:** Principles of English Law of Obligations, First Edition, Oxford 2015, https://ebookcentral.proquest.com/lib/baskent-ebooks/reader.action?docID=5745585&ppg=208 (E. T. 12.03.2023).

BUZ, Vedat **:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

BÜYÜKSAĞİŞ, Erdem **:** Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

CANBOLAT, Ferhat/ GÖNÜL KOŞAR, Günhan **:** "Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta Kusurun Önemi ve Sorumluluğa Etkisi", DEÜHFD, C. 23, S. 2, 2021, 839-872.

: "Sigorta Şirketinin Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluğunda Zarar Görenin (Müterafik) Kusuru ve Dikkate Alınması", Hacettepe HFD, Özel Sayı, 2022, 165-199.

ÇAKIRCA, Seda İrem **:** Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 1. Baskı, İstanbul 2012 (Yansıma).

: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", YÜED, C. 8, Özel Sayı, 2013, 785-807 (Manevi).

ÇÖRTOĞLU, Sahir İ. **:** Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara 1982.

ÇÜRÜK, Abdil **:** Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları (TKHK m. 11), Ankara 2021.

DARİ-MATTİACCİ, Giuseppe/ HENDRİKS, Eva S. **:** "Relative Fault and Efficient Negligence: Comparative Negligence Explained", Review of Law and Economics, Vol. 9, No. 1, 2013, 1-40, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/rvleco9&i=5 (E.T. 30.06.2023).

DAYIOĞLU, Yavuz **:** "CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı", Milletlerarası Mal Satım Hukuku, edt. Sinan Okur, Ankara 2016.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan **:** Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.

DESCHENAUX, Henri/ TERCIER, Pierre **:** Sorumluluk Hukuku, çev. Salim Özdemir, Ankara 1983.

DRİON, Huib **:** "Contributory Negligence In Europa" Clevaland-Marshall Law Review, Vol. 12, No. 3, 1963, 437-446, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/clevslr12&i=445 (E. T. 27.07.2023).

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2024.

EBERT, Ina : Erman BGB, Kommentar, 17. A., 2023.

EMİRALİOĞUL, Furkan : "Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin Sigorta Ettirenin Rizikonun Gerçekleşmesindeki Kusurunun Etkisine Dair E. 2016/646 K. 2016/1425 Sayılı Kararının İncelenmesi", TAAD, Y. 13, S. 49, 2022, 585-608.

ER, Sefa : "Sözleşme Öncesi Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü ile Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü Arasındaki İlişki", TFM, C. 8, S. 2, 2022, 385-408.

ERDEM, H. Ercüment : "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)", BATİDER, C. 16, S. 3, 1992, 35-105.

ERDOĞAN, İhsan : "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*",* SÜHFD, C. 3 S. 1, 1990, 109- 134 (Kusur).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2019 (Borçlar Genel).

EROĞAN, İhsan/ KESKİN, A. Dilşad : Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020.

ERDOĞMUŞ, Belgin : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005.

EREN, Fikret : Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2024 (Mülkiyet).

: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Uygun İlliyet Bağı).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2021 (Borçlar Genel).

: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2022 (Borçlar Özel).

EREN, Fikret/

DÖNMEZ, Ünsal **:** Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2022.

ESENER, Turhan/ GÜVEN,

Kudret **:** Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2024.

FEYZİOĞLU, Feyzi N. **:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976 (Borçlar Genel).

: Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1986 (Aile).

FIELD, Iain D. **:** "Contributory Negligence and the Rule of Avoidable Losses", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 38, No:3, 2018, 475-499, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/oxfjls38&i=478 (E.T. 06.10.2023).

FISCHER, Willi **:** Haftpflichtkommentar, Kommentar zur den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, OFK-Orell Füssli Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2016.

FISCHER, Willi/BÖHME,

Anna/ GÄHWİLER,

Fabian **:** OR Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK- Orell Füssli Kommentar. 4. A., 2023.

FOXTON, Thomas **:** "Share and Share Alike: Contributory Negligence and Contractual Claims", Oxford University Undergraduate Law Journal 21, 2017, 21-33, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/oxfuniv6&i=21 (E.T. 12.09.2023).

GAUCH/Peter, SCHLUEP,

Walter R./ SCHMID, Jörg **:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014.

GEORGE, Lawrence C./

WALKOWİAK, Vincent S.: "Blame and Reperation in Pure Comparative Negligence: The Multi-Party Action", Southwestern University Law Review, Vol. 8, No. 1, 1976, 1-60, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/swulr8&i=11 (E.T. 03.12.2023).

GÖKSU, Tarkan **:** Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Prajudizienbuch OR, 9. A., Zürich-Basel-Genf 2016.

GÖKYAYLA, K. Emre **:** Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.

GUHL, Theo/

HONSELL, Heinrich/

VOGT, Nedim Peter/

WIEGAND, Wolfgang **:** Herausgeber von Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. A., Basel; Frankfurt am Main; Helbing und Lichtenhahn 1996.

GUHL, Theo **:** Das Schweizerische Obligationenrecht 9. A., Zürich 2000.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper **:** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021 (Borçlar Genel).

: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, İstanbul 2012 (Borçlar Özel).

GÜNAL, Yılmaz H. **:** "Müterafik Kusur", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 16, S. 1, 1961, 208-220.

GÜNAY, Erhan **:** Trafik Kazalarında Hatır Taşıması ve Ortak Kusur, Ankara 2021.

GÜNVEREN,

Güzide Burcu **:** "Roma Hukukunda Birlikte Kusur Üzerine Bazı Düşünceler", SHD, C. 11 S. 2, 2023, 949-971.

GÜRSOY, Kemal Tahir **:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Birinci Cilt, Ankara 1979 (Borçlar Genel).

: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 1972, 143-196 (Destekten Yoksun Kalma).

: "Manevi Zarar ve Tazmini", AÜHFD, C. 30, S. 1, 1973, 7-56 (Manevi Zarar).

HACIÖMEROĞLU, A. Oğuzhan **:** "Sigorta Sözleşmelerinin Kuruluş Safhasındaki Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğünün Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi", TFM, Y. 2015, C.1, S. 2, 49-70.

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem **:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2021.

HAVUTÇU, Ayşe **:** Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.

HAVUTÇU, Ayşe/ GÖKYAYLA, Emre **:** Uygulamada 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluk, Ankara 1999.

HONSELL, Heinrich **:** Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 44, 1. A., 2014.

HÖPFNER, Clemens **:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: § 249-254 (Schadensersatzrecht), 16. A., 2021.

HUGUENİN, Claire **:** Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019.

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

İNCEOĞLU, Murat **:** Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. Baskı, İstanbul 2009.

İŞGÜZAR, Hasan **:** Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Sivil Hava Aracı İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu, Ankara 2003.

İYİMAYA, Ahmet **:** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990.

KANETİ, Selim **:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, 1. Baskı, İstanbul 2007.

KANGAL, Zeynel T. **:** "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik*",* EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, 2010, 19-68.

KAPANCI, Kadir Berk **:** "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)", İnÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, 511-552.

KARA KILIÇARSLAN, Seda **:** Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (Adam Çalıştıranın Davranışlarından ve İşletmenin Organizasyonundan Dolayı Sorumluluğu), Ankara 2017.

KARACAN ÇETİN, Hatice: Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı), Ankara 2016.

KARAHASAN, Mustafa Reşit **:** Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995.

KARAN, Yeliz **:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Tazminatın Belirlenmesi Bakımından Zarar Görenin Kusuru, Ankara 2010 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

KAYIHAN, Şaban/ YILDIZ, Habib **:** "Zarar Sigortalarında Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü", HKÜHFD, C. 8, S. 15, 2018, 11-25.

KESKİN, A. Dilşad **:** Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara 2016 (Manevi Tazminat).

: Medeni Hukuk Açısından Bizzat Karar Verme Hakkı, Ankara 2022 (Bizzat Karar Verme).

KESSLER, Martin A. **:** Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. A., 2020.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. **:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2019 (Borçlar Genel).

: "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD, C. 29, S. 3, 1973, 185-225 (Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi).

KILIÇOĞLU, Kumru **:** Yansıma Yoluyla Zarar, Ankara 2012.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru **:** "Geçici Ödemeler*",* TBBD, S. 110, 2014, 109- 128.

KILINÇ, Ayşe Nur **:** Adam Çalıştıranın Organizasyon Sorumluluğu, Ankara 2018.

KIRAÇ ADIR, Esma **:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Ağır Bedensel Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat Talebi, Ankara 2018.

KIRCA, Çiğdem **:** Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KISAGÜN, Adli **:** *"Müterafik Kusur*", ABD, 1961, S. 4, 9-14.

KOÇANO RODOSLU, Emine **:** "Ev Başkanının Sorumluluğu", AÜHFD, C. 63, S. 4, 2014, 878-899.

KÖROĞLU ÖLMEZ, Belin **:** "Sigorta Ettirenin Beyan Yükümlülüğü", ÇÜHFD, C. 1, S. 2, 2016, 265-291.

KRATZKE, William P. **:** "A Case for a Rule of Modified Comparative Negligence", UMKC Law Review, Vol. 65, No. 1, 1996, 15-29, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/umkc65&i=26 (E. T. 25.05.2023).

KURT, L. Müjde **:** Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti, AÜHFD, C. 64 S. 3, 2015, 775- 814.

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer **:** Yetkisiz Temsil, 1. Basım, İstanbul 1988.

KÜÇÜKALİ, Canan **:** Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara 2017.

LUTERBACHER, Thierry : SSHW-Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Band/Nr. 238, 2005.

MAKARACI, Başak Aslı/

TEK, Gülen Sinem **:** "Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödemeler Hakkında Düşünceler", DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, 1111-1141.

MATTHÄUS, Claudia **:** "Schadensminderungspflichten im Haftpflicht-und Sozialrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz", 2008, 137- 158.

MÜLLER, Christoph **:** CHK_Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 4. A., Zürich 2016.

NEUMANN, Thomas **:** "The Duty to Cooperate in International Sales, The Scope and Role of Article 80 CISG, Sellier European Law Publishers, Beitraege zum Internationalen Wirtschaftsrechts Vol. 11, 2012, http://www.statsbiblioteket.dk/au/showrecord.jsp?record_id=sb_5482672 (E.T. 12.08.2023).

NOMER, Haluk N. **:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OFTİNGER, Karl **:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 4. A., Zürich 1975.

OĞUZ, Habip **:** "Sorumluluk Hukukunda Kusur", TAAD, Y. 7, S. 28, 2016, 273-286.

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ,

Turgut **:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 21. Bası, İstanbul 2023 (Cilt 1).

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 18. Bası, İstanbul 2023 (Cilt 2).

OĞUZMAN, Kemal/

SELİÇİ, Özer/ OKTAY

ÖZDEMİR, Saibe **:** Eşya Hukuku, 22. Baskı, İstanbul 2020.

OKYAR, Dila **:** Adam Çalıştıranın Sorumluluğu (TBK m. 66), 1. Baskı, İstanbul 2022.

OSER, Hugo/

SCHÖNENBERGER,

Wilhelm **:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art.1-183, Zürich 1929.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/

KÜÇÜKÇAPRAZ, Serhat **:** "Kiraya Verenin Ayıptan Doğan Sorumluluğu", TAAD, Y. 12, S. 47, 85- 118.

ÖZDEN MERHACI, Selin **:** "Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller", ABD, S. 4, 2012, 179-206.

ÖZEL, Çağlar **:** "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, 81-106.

ÖZEN, Muharrem/

EKİCİ ŞAHİN, Meral **:** "Ötanazi", ABD, Y. 68, S. 2010/4, s. 15- 36.

ÖZEN, Burak/YILDIZ,

Ozan Ali **:** "Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Dayalı Kazanç Devri Yaptırımının Kapsamının Belirlenmesi", GSÜHFD, C. 20, S. 2, 2021, 1827-1851.

PITIRLI, Burak/

ALADAĞLI, Ayşe Nur **:** "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", BAUHFD, Y. 2017, C. 12, S. 155, 115-163.

PRENTİCE, Robert A. **:** "Can the Contributory Negligence Defense Contribute to a Defusing of the Accountants' Liability Crisis." Wisconsin International Law Journal, Vol. 13, No. 2 (1994-1995), 359-420.

PROSSER, William L. **:** "Comparative Negligence", Michigan Law Review Vol. 51, No. 4, 1952-1954, 465-508, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/mlr51&i=479 (E.T.15.02.2023).

RADO, Türkan **:** Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, İstanbul 2011.

ROBİNETTE, Christopher, J./SCHERLAND, Paul, G. **:** *"*Contributory or Comparative: Which is the Optimal Negligence Rule*",* Northern Illinois University Law Review, Vol. 24, No. 1, 2003, 41-62, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/niulr24&i=57 (E.T. 18.01.2023).

SAĞLAM, İlyas **:** 7233 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'na Göre Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2023.

SANLI, Kerem Cem **:** Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter/ SCHWENZER, Ingeborg **:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, Birinci Bası, edt. Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, İstanbul 2015.

SCHÖNENBERGER, Beat **:** Kurzkommentar Obligationenrecht, Hrsgb. Heinrich Honsell, 1. A., 2014.

SEROZAN, Rona **:** "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, 207-220.

SEROZAN, Rana/ ÖZ, Turgut/ ACAR, Faruk/ GÖKYAYLA, Emre/ DEVELİOĞLU, Murat : İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 1 Genel Hükümler, İstanbul 2018.

SOMER, Pervin : Roma Hukukunda Mala Verilen Zarar, Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı, 2. Baskı, İstanbul 2008.

SÖĞÜTLÜ, Özlem : Roma Özel Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2022.

STEHLE, Bernhard/ REICHLE, Sebastian : Prajudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020) Zehnte, nachgeführte und erweiterte A., Zürich-Basel-Genf 2021.

ŞEN, Murat : Giriş-Milletlerarası Mal Satım Hukuku, edt. Sinan Okur, Ankara 2016.

ŞENOCAK, Kemal : "Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)", AÜHFD, 44, S. 1, 1995, 365-424.

TAHİROĞLU, Bülent : Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2005.

TAMER GÜVEN, Diler : "Compensatio Culparum – Roma Hukukunda Birlikte Kusur" Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 17 S. 1-2, 1997, 251-260.

TANDOĞAN, Haluk : Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mes'uliyet).

: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981 (Sözleşme Dışı).

: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Baskı, İstanbul 2010 (Özel Borç).

: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkiler, Cilt I/2, 3. Bası, Ankara 1985 (1985).

TARMAN, Zeynep Derya **:** "Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış", İÜHFD, C. LXV, S. 2, 2007, 299-326.

TAŞKIN, Melda **:** Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul 2016.

TEKİNAY, S. Sulhi **:** Türk Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1984.

TEKİNAY, S. Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Haluk/

ALTOP, Atilla **:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TİFTİK, **Mustafa** **:** Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994 (Maddi Tazminat).

: "Medeni Kanunumuzun 3444 Sayılı Kanun'la Değişik m. 24 f.II Hükmü Karşısında, Haksız Fiillerden Doğan Tazminatta Bir İndirim Sebebi Olarak Zarar Görenin Rızası", DÜHFD, S. 6, 1993, 385- 401 (Zarar Görenin Rızası).

TOPUZ, Murat **:** İsviçre ve Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011.

TUNÇOMAĞ, Kenan **:** Türk Borçlar Hukuku, Cilt II Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

URFALIER, Melike **:** "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma", Milletlerarası Mal Satım Hukuku, edt. Sinan Okur, Ankara 2016.

UYAROĞLU, Osman **:** "CMR'ye Göre Taşıyıcının Eşyanın Kaybı ve Hasarından Doğan Zararlardan Sorumluluğu", TAAD, Y. 13, S. 51, 2022, 535-564.

UZUNALLI, Sevilay **:** Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012.

ÜNAL, Mehmet **:** "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", AÜHFD, C. 35 S. 1, 1978, 397-437 (Manevi Tazminat).

: Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979 (Aile Başkanı).

VAN DONGEN, Emanuel G.D./ VERDAM, Henriette P. **:** "The Development of the Concept of Contributory Negligence in Civil and Common Law: A Comparison", Utrecht Law Review, Vol. 12, Issue 1 (January) 2016, 61-75, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/ajur57&i=324 (E.T. 17.05.2023).

von TUHR, Andreas **:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, çev. Cevat Edege, İstanbul 1952.

WEBER, Stephan **:** Die Schadenminderungspflicht- eine metamorphe Rechtsfigur, Haftpflicht-und Versicherungsrechtstagung 1999, Hrsg. Alfred Koller. 133-178.

YALMAN, Süleyman **:** Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak **:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Baskı, İstanbul 2022.

YAZMAN, İrfan **:** Kaynakların Türk Medeni Hukukunda Tabi Olduğu Rejim, Ankara 1970.

YILDIRIM, Enes **:** "Türk Hukukunda Yansıma Zararlar", ABD, C. 81, S. 1 2023, 245-266.

YILMAZ, Süleyman **:** Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku, Ankara 2023.

ZEYTİN, Zafer **:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.