

KUSURUN OBJEKTİFLEŞTİRİLMESİNİN AYIRT ETME GÜCÜNÜ ETKİLEMESİ

*Doç. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU**

1. Giriş

Bizce soyut bilinç ve irâdeden ibâret sayılması gereken ve ‘soyut yüklenebilirlik’¹ olarak kavranması ve adlandırılmasını uygun görüp teklif ettiğimiz, haksız eylemin temel öğelerinden biri olarak tasarladığımız ayırt etme gücü, kusur kavramı ile kusur sorumluluğunun vazgeçilmezleri arasında yer almalıdır/alır.

Bu, gerek sübjektif kusur anlayışı, gerek objektifleştirilmiş kusur anlayışı bakımından böyle olmalıdır/böyledir. Tamamen objektif kusur anlayışı bakımından ise farklı bir yaklaşım sergilenmekte, kusur ile kusur sorumluluğunun varlığı ile de ayırt etme gücünün varlığına bağlanmayabilmektedir². Bu tür yüklenebilirlik, ‘kusur ehliyeti’ ve ‘sorumluluk’ olarak³ da adlandırılabilir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bu konudaki sorunsal ve buna ilişkin konumumuzu belirten geniş açıklamalarımız için, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, Haksız Eylem Kusuru, Doçentlik Tezi, Ankara, 1990 (henüz basılmamış), özel. 2.3.

² Bu hususta geniş açıklamalar için, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., çok çeşitli yerler, özel. 1.3. - Ayırt etme gücünden yoksunun sorumluluğu hk., hukukumuzda, son olarak, bkz. *Ozanemre (-Yayla) Tolunay H.*, Ayırt Etme Gücünden Yoksunun ‘Haksız Fiil’ Sorumluluğu, Yük. lis. tezi, Ankara, 2004 (basılmamış). - Bu kişilerin hukukî sorumluluğu hk., bkz. örn. *Aral F.*, Temyiz Kudretinden Mahrum Şahısların Hukukî Sorumluluğu, BATİDER 1980, c.X, sh. 733-758.

³ Aynı şekilde, kısz. *Cuendet J.*, La faute contractuelle et ses effets, Thèse Lausanne, Berne, 1970, n° 164.

Ayirt etme gücü⁴, kişinin davranışlarının (eylemlerinin/fiillerinin, vb.) mahiyet, önem, kapsam ve sonuçları hakkında bilinç, anlayış (idrâk) ve irâde sahibi olmak⁵ anlamına gelmektedir denebilir. Bizce bu, haksız eylem alanında da, bilinçli, anlayışlı, serbest bir irâdenin salt varlığını ifade edebilir. Bu hâliyle, ayirt etme gücü, haksız eylemlerde, soyut ve geniş yüklenebilirlik, kasd, ihmâl ile tedbirsizlik ise somut ve dar yüklenebilirlik olarak kavranmalıdır.

Ayirt etme gücünün varlığı, benimsenen kusur teorisine (kuramına, nazariyesine) göre değişik tarzda tespit edilmelidir. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında haksız eylem kusuru, genelde objektifleştirilmiş⁶ olarak tasarlanmaktadır. Bu kusur teorisi çerçevesinde, ayirt etme gücünün nasıl değerlendirilmesi gerekir? Bu sorunun cevabını verebilmek güçtür. Ayirt etme gücünün somut olarak (*in concreto*) mı, yoksa soyut olarak (*in abstracto*) mı değerlendirileceği hususu sorunsal görünmektedir. Şöyle ki, bu kusur teorisi bağlamında, kusurun yüklenebilirlik ögesinin sübjektif yönünün bizce sadece bir parçasını oluşturan ayirt etme gücünün (soyut ve geniş anlamda yüklenebilirliğin) somut olarak, diğer parçasını oluşturan kasd, ihmâl ve tedbirsizliğin (somut ve dar anlamda yüklenebilirliğin, objektifleştirilmiş kusurda kusurun objektif yönü olan genel davranış kuralının ihlâlinin) ise soyut olarak belirlenmesi çelişik bir sonuca yol açmaktadır. Bir kere, ayirt etme gücü, yani soyut biçimde bilinçli serbest irâde sahibi kişi, söz konusu olayda, somut biçimde ayirt etme gücü, yani bilinçli serbest irâde ile davranmamış olsa bile davranışının kendisine yüklenebilmesi mümkündür.. Ayrıca, kusurun yüklenebilirlik ögesinin bu iki ayrılmaz kısmı, ister istemez, birbirini etkilerler. Böyle olunca da, ayirt etme gücünün varlığı somut olarak belirlense de, bu gücün kullanılması soyut olarak belirlendiğinden, ayirt etme gücü de belirli ölçüde soyutlaşmaktadır.. Ve aksine, ayirt etme gücünün kullanılması, yani objektifleştirilmiş kusurda kusurun 'objektif yönü' olan genel davranış kuralının ihlâli soyut olarak belirlense de, bu gücün varlığı somut olarak belirlendiğinden, ayirt etme gücünün kullanılması da belirli ölçüde somutlaşmaktadır..

İşte bunun içindir ki, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, kusur kavramının objektifleştirilmesinin, yüklenebilirliğin ayirt etme gücüne

⁴ Yeni Medenî Kanun'da temyiz kudreti karşılığı olarak ayirt etme gücü terimi kullanılmakta olduğundan (bkz. TMK/TMY 13), biz de, yasa terimini kullanma zorunluluğunu duyduk.

⁵ Bu konuda, bkz. özel. *Huber E.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf, Bd. I, 2. Aufl., Bern, 1914, sh. 53 vd.

⁶ Bu husus hk., bkz. özel. *Koçhisarlioğlu C.*, age., çok çeşitli yerler, özel. 1.3 altındaki açıklamalar.

inhisar etmesi sonucunu doğurduğu⁷ gözlemi yapılabilir.. Bu yargı, bizce doğru olamaz! Zirâ, bu tür bir yargı, yüklenebilirlik kavramının aslında, özünde sübjektif bir mahiyet taşıdığı yönündeki bir önyargıdan kaynaklanmaktadır sanmaktayız. Oysa, yüklenebilirliğin de *sübjektif*, *objektifleştirilmiş* ve *objektif* tarzda tasarlanabilmesine herhangi bir engel olmamalıdır!

Kusurun objektifleştirilmesi, ayırt etme gücünün en azından varlığının somut yöntem ile (*in concreto*) belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır; zirâ, aksi takdirde, tamamen objektif kusur söz konusu olur.. Ancak, kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücünü etkileyip etkilemediği⁸ sorusu da sorulabilir ve sorulmaktadır da..

2. Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Değişikliğe Uğratması

Objektifleştirilmiş kusur kavramının ayırt etme gücünün varlığını gerektirdiği doğru ise de kusurun objektifleştirilmesi sonucu ayırt etme gücünün değişikliğe uğradığı da inkâr edilemez. Objektifleştirilmiş kusur bağlamında söz konusu olan ayırt etme gücü ile tamamen sübjektif kusur bağlamında söz konusu olan ayırt etme gücü aynı kavramlar olamazlar. Biz, öyle sanıyoruz.

Çünkü, kusur kavramının içeriği, bir diğer anlatımla objektif yönü belirlenirken, kusurun objektifleştirilmesi nedeni ile, davranışta bulunan kişiye özgü kişisel veri ve özellikler hesaba katılamamaktadır.. Bir anlamda, objektifleştirilmiş kusur anlayışı kusurun içeriği, yani davranış normunu (kuralını) belirlerken, davranışta bulunanın soyut olarak ayırt etme gücüne sahip olmasını aramakta ve bununla yetinmektedir. Davranışta bulunanın somut olarak da ayırt etme gücüne sahip olması şartını ille de aramamaktadır. Zirâ, aksi hâlde, davranış kuralı soyut bir modele göre değil de, tamamen somut nitelikte olmak üzere, davranışta bulunanın şahsına göre belirlenmiş olurdu.. Bu sonuç, davranış normunun (kuralının) soyut biçimde (*in abstracto*) belirlenmesinden kaynaklanmakta olup, objektifleştirilmiş kusur kavramının tabii bir görünümünden ibârettir.

Objektifleştirilmiş kusur anlayışından farklı olarak, tamamen *objektif* kusur anlayışında ise davranışta bulunanın ayırtım gücüne sahip olup olmadığı ne somut ve ne de soyut olarak aranmaktadır.. Bu da bu tür

⁷ Kusurun yüklenebilirlik ögesinden, bu kavramın sübjektif yönünü ifade etmek üzere söz etmekteyiz.. Türk ve İsviçre hukuklarında, kusurun bu ögesini anlatmak için kullanılan, alışılagelmiş terim ise *sübjektif* ögedir/yöndür.

⁸ Kusurun objektifleştirilmesi ile ayırt etme gücü arasındaki bağıntı hk., bkz. özel. *Bucher E.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abt., Die natürlichen Personen, Erste Teilband, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, 3. Aufl., Bern, 1976, Art. 16, N 124.

kusur anlayışının tabîî bir sonucu olarak görülebilir. Zirâ, bu kusur anlayışı açısından, davranış kuralının içeriği saptanırken, davranışta bulunan kişinin şahsına özgü hiçbir kişisel veri veya özellik hesaba katılmamaktadır. Oysa ayırtım gücünün yokluğu da, davranışta bulunanın şahsına özgü bu tür bir veri veya özellik olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, bu kusur anlayışı bakımından, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin dahi kusur işleyebilmesi olanaklı gözükmektedir.. Ancak, önemle işaret etmek zorunluluğunu duymaktayız ki, objektif kusur tespit edilirken de kusurun varlığı veya yokluğu sonucuna varabilmek üzere davranışta bulunanın davranışını karşılaştırmak için oluşturulan soyut modelin bilinçli irâde taşıması şartı – bizce, ister istemez – aranmaktadır.. Böylece, soyut davranışta bulunanın somut davranışı ile karşılaştırılan soyut model ille de bilinçli irâde sahibi olmalı, fakat davranışta bulunan somut kişi böyle bir irâde sahibi olmak zorunda olmamalıdır.. Dolayısıyla, bu tür kusur anlayışında da, aslında kusurun bilinçli irâde olmak sı z ı n işlenemeyeceği ilkesi benimsenmekte, ama böyle bir irâdenin varlığı davranışta bulunanın şahsında ille de aranmamaktadır! Kusur belirlenirken, yalnız şu hâlde bilinçli irâdenin varlığı tutarlı olarak aranmayabilir, o da davranışta bulunanın davranışının tamamen objektif bir başvuru terimine - yoksa soyut bir modele göre değil - başvurularak, yani onunla karşılaştırılarak değerlendirilmesidir.. Fakat, böyle bir kusur kavramı da kusurun kendisi olur, davranışta bulunan kişiye yüklenmesi bizce sorunlu olurdu⁹..

Objektifleştirilmiş kusur anlayışında bu konuda o denli ileri gidilmemekte, soyut ayırt etme gücü, yani bir anlamda soyut yüklenebilirlik olsun aranmaktadır. Ama, bu anlayış bakımından, ayrıca, somut ayırt etme gücü, yani bir anlamda somut yüklenebilirlik de aranmadığından, şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Davranışta bulunan soyut olarak ayırt etme gücüne sahip olduğu, ya da başka bir anlatımla davranışı kendisine soyut olarak yüklenmediği hâlde, somut olarak (fiilen) de ayırt etme gücüne sahip olmayabilmekte, ya da başka bir anlatımla davranışı kendisine somut olarak da yüklenemeyebilmektedir.. Gerçi, belirli bir olayda, soyut ayırt etme gücü ve yüklenebilirlik ile somut ayırt etme gücü ve yüklenebilirliğin bir arada bulunması, çakışması olanaklıdır.. Ama, bu her vakit böyle değildir! Her iki ayırt etme gücü ve her iki yüklenebilirliğin bir arada bulunmaması, çakışmaması da olanaklıdır. O nedenle, objektifleştirilmiş kusur kavramının dâimâ ayırt etme gücünün varlığını gerektirdiği fikri düzeltilmelidir. Bu durumda, ayırt etme gücünün varlığı fiilen aranmamakta olduğundan, ayırt etme gücünden soyut olarak yoksun olmayıp da, somut olarak, yani somut olayda fiilen yoksun olanların da kusur işleyebilecekleri fikrini, böylece tamamen objektif kusuru, bu açıdan bakınca olsun, kabul etmemek için pek bir zorlayıcı neden kalmamaktadır sanıyoruz.

⁹ Bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., özel. 1.3.2.altındaki açıklamalar.

Bazı yazarlar¹⁰ bu konuda o kadar ileri gitmemekte ve yalnızca kusur kavramının objektifleştirilmesinin ayırt etme gücü kavramını etkilediğini belirtmekle yetinmektedirler.. He p s i bu! *Bucher*¹¹, ihmâlî bir davranışta bulunanın kendi rûh hâli (geçici bir kalp heyecanı, ruhsal endişe, vb.) nedeniyle somut olayda olabildiğinden daha dikkatli olabilmesinin mümkün olmadığını ileri süremeyeceğini yazmaktadır. Yazar, yasaca gerekli görülen ayırt etme gücü ve kusur işleme ehliyetinin, sübjektif olarak zararı önleyebilme ve zarar verici davranışın sitem edilebilirliği konularında, ihmâl kavramının objektifleştirildiği ölçüde geçerli olduğunu söylemektedir.. Yazar, gereğinde, bu objektifleştirilmiş kusur kavramının, ayırt etme gücü veya kusur işleme ehliyetinin yokluğu itirazını k o n u s u z bırakabileceğini ifade etmektedir. Bu hususta, bir *değerlendirme* yapılmasını uygun görmekte, böyle olmakla birlikte, genel bir kural olarak geçici mahiyetteki zayıflık, özür ve engellerin göz önüne alınamayacağı, sadece s ü r e k l i mahiyetteki yapısal bozuklukların göz önüne alınabileceğini dile getirmektedir. Yazara göre, bu tür bir konum, yasakoyucunun ayırt etme gücünden yoksun kişiyi k o r u m a y ı amaçlayan genel konumuna da uygun düşmektedir.

Bu konuya değinen yazarlardan *Marty*¹² de, eğer kusur kavramı *in abstracto* (soyut biçimde), yani normal davranışlı toplumsal bir insan tipine göre belirlenirse, bilinçli bir irâdenin, yüklenebilirliğin zorunluluğunun çok daha az anlaşılabilir hâle geldiğini söylemektedir.. Bu noktada, kasdî kusurun ayrı ele alınması gerektiğini ileri süren yazar, kasdî kusurun, tanımına göre, g e r ç e k bir irâdenin varlığını şart kıldığı, dolayısıyla bu tür bir kusurun mutlaka ayırt etme gücünün varlığına bağlı olduğunu belirtmektedir..

Bu düşünceler de benimsenebilir. Bununla beraber, yüklenebilirlik kavramının ille de tabiî yüklenebilirlik¹³ olarak anlaşılmasının şart olmadığı düşüncesi¹⁴ kabul görecektir olursa farklı da fikir yürütülebilir. Klasik anlayışa göre ayırt etme gücünün varlığını gerektiren yüklenebilirlik kavramı, böyle değil de başka türlü de anlaşılabilir. Yüklenebilirlik kavramı, insanın işlediği haksız eylemlerden kendisini sorumlu kılan *durum* veya

¹⁰ Bkz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N 124.

¹¹ Bkz. *agy.*, age., Art. 16, N 124.

¹² Bkz. *Marty G.*, L'expérience française en matière de responsabilité civile et les renseignements du droit comparé, Mélanges J. Maury, t. II, Paris, 1960, sh. 180-181.

¹³ Bu hususta, 'ayırt etme gücü' anlamına da kullanılan 'tabiî ehliyet' (*natürliche Faehigkeit*) terimi için, bkz. *Huber E.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erlaeterungen zum Vorentwurf, Bd. I, 2. Aufl., sh. 55.

¹⁴ Böyle, bkz. özel. *Devoto*, L'imputabilita e le sue forme nel diritto civile, Milan, 1964, sh. 13 vd. (*Comporti M.*, La responsabilita civile en Italie, RIDC 19 (1967), sh. 827 vd., sh. 848 ve dpn. 79'a yollayarak).

nitelik olarak anlaşılacak¹⁵ olursa sorumlu kişinin ehil kişiden başkası olmadığı¹⁶ sonucuna varılabilir.. Böylece olunca da, olağan (ihmâl, tedbirsizlik, vb.) kusurlar ve de kasdî kusurlar bakımından, ayırt etme gücünün zorunlu olmadığı fikri savunulabilir.. Yüklenebilirliğin ‘ayıplanabilirlik-kınanabilirlik-sitem edilebilirlik’, vb.’den bağımsız¹⁷ olduğu fikri de kabul edilirse anılan görüş daha bir güçle savunulabilir sanıyoruz. Öyle ya, denebilir, anlama ve isteme gücünden yoksun bir kişinin bilinçli irâdî bir eylem işleyebilmesi olanak dışı değildir.. Ve, aksine, anlama ve isteme gücüne sahip bir kişinin de irâdî olmayan bir eylem işleyebilmesi olanak içindedir. O hâlde, yüklenebilirlik, tabîî olarak ayırt etme gücünü (anlama ve istemeyi) içeren ayıplanabilirlik-kınanabilirlikten - sitem edilebilirlikten bağımsız olmalıdır¹⁸.. Bu görüş kabul edilecek olursa hiç olmazsa *kasdî* kusurun ayırt etme gücünün varlığını gerektirdiği düşüncesi de geçerliğini yitirir ve böylelikle, kusurun mutlaka ayırt etme gücünün varlığını şart kıldığı söylenemez sanıyoruz! Elbette ki bu, yalnız teorik (kuramsal, nazarî) açıdan ileri sürülebilir.. *Yasal* düzenlemeler açısından, sorunun çözümü yasakoyucunun bu husustaki konumuna bağlıdır. Ve, biliyoruz ki, İsviçre, Türk ve Alman yasakoyucuları, bu sorunu, ‘kusur işlenebilmesi için ayırt etme gücü zorunludur’ tarzında çözüme kavuşturmuş¹⁹ bulunmaktadır.

Kusurun objektifleştirilmesi nedeniyle, artık ayırt etme gücünün kusurun bir şartı olmadığı fikri savunulabilir.. Ama, bunun tam tersi de savunulabilir. Şöyle ki, ayırt etme gücünün kusurun şartı olarak görülmesi, kusurun mutlaka somut ve sübjektif tarzda değerlendirilmesini gerektirmez²⁰ de denebilir! Böylece, kusur kavramının objektifleştirilmesinin de ayırt etme gücünü zorunlu olarak etkilemediği sonucuna bile varılabilir.. Öyle ki, somut olayda, davranışta bulunan, genel ve soyut olarak ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen objektif ölçütlere göre gerektiği gibi düşünmediğini ileri sürememelidir denebilir²¹. Belki de, bu konuda bir ayırım yaparak iş görmek daha uygun olur. Geçici mahiyetteki doğru

¹⁵ Bu yönde, bkz. *Devoto*, age., sh. 13 vd.

¹⁶ Bu yönde, bkz. *Devoto*, age., sh. 13 vd. Bu tabîî muhakeme sonucu, anılan yazarca biraz ‘çarpıcı’ biçimde ifade edilmiştir.

¹⁷ Bu yönde, bkz. ve kısz. *Devoto*, age., sh. 86. (*Comporti*, age., anılan yere yollayarak).

¹⁸ Bu yönde, bkz. *Devoto*, age., anılan yer. (*Comporti*, age., anılan yere yollayarak).

¹⁹ Bkz.: İMK 16, 18 ve İBK 54; TMK 13, 15 ve TBK 54; AMK (BGB) 104, 829.

²⁰ Aynı yönde, bkz. ve kısz.: *Zeuner A.*, Gedanken über Bedeutung und Stellung des Verschuldens im Zivilrecht, JZ 1966, sh. 1 vd. (sh. 8); *Deutsch E.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, sh. 143 vd. –Aksi fikir için, bkz. özel.: *Enneccerus L./Nipperdey C.H.*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen, 1. Hlbbd., 1959, 2. Hlbbd., 1960, paragraf 213, II, 2 a; *Nipperdey C.H.*, Rechtswidrigkeit, Sozialadaequanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, sh. 1777 vd. (sh. 1781 vd.).

²¹ Bu yönde, bkz. ve kısz.: *Zeuner A.*, age., sh. 8; *Deutsch E.*, age., sh. 143 vd.

düşünebilme ve davranabilme engelleri söz konusu olduğunda, genel ve soyut olarak ayırt etme gücüne sahip kişinin somut olayda kendisine özgü subjektif mahiyetteki nedenler yüzünden engellendiğini ileri sürmesine izin verilmemesi²² gerekir; aksine, s ü r e k l i mahiyetteki nedenler yüzünden engellendiğini ileri sürmesi, bu tür özörlere dayanmasına imkân tanımak²³ gerekir.

Sonuçta, kusur kavramının objektifleştirilmesi, kusurun varlığını – ayırt etme gücünü belirli bir anlam ve belirli bir ölçüde etkilemek suretiyle – d o l a y l ı olarak etkilese bile, kusurun objektifleştirilmesi nedeniyle, artık ayırt etme gücünün kusurun zorunlu bir şartını oluşturmadığı fikri biraz z o r kabul edilebilir görünmektedir! Aksi doğrultuda şunlar söylenebilir. Objektifleştirilmiş kusur kavramı da ayırt etme gücünü gerekli kılar. Zirâ, kusurun içeriği (davranış normu, kusurun ‘objektif yönü’, vb.), daha belirgin bir ifadeyle davranış normu ve bu normun ihlâli objektif tarzda belirlenebilse ve değerlendirilebilse dahi, davranış normuna uygun davranabilme ehliyeti (ayırt etme gücü) sadece ve sadece s ü b j e k t i f tarzda belirlenebilip değerlendirilebilir denebilir.. Ayrıca, kusurun içeriğinin objektif, onu işleme ehliyetinin (ayırt etme gücünün) ise subjektif olarak belirlenme ve değerlendirilmesinin çelişkili olduğu fikri de benimsenmeyebilir. Şöyle ki, kişinin genel ve soyut olarak kusur işleme, yani davranış normuna uygun davranabilme ehliyetine sahip olması gerektiğini kabul zorunluğu olabilir. Fakat, onun ille de her somut olayda da özel ve somut olarak da davranış normuna uygun davranabilme ehliyetine tamamen sahip olması gerektiğini kabul zorunluğu olmamalıdır²⁴.. Aksi düşüncenin, belki de, ‘varoluş’ sorunu ile ‘nitelik’ sorununu birbiriyle karıştırmak²⁵ anlamına geldiği söylenebilir. Şöyle ki, kişi soyut ve genel olarak doğru düşünebilme ve davranabilme ehliyetine sahip olduğu hâlde, belirli bir somut olayda somut ve özel olarak doğru düşünebilme ve davranabilmeyi b a ş a r a m a m ı ş olabilir; ayrıca, böyle bir ehliyete somut ve özel olarak s a h i p olamayabilir de.. Hukuk kuralları, mahiyetleri gereği, tamamen *genel* kurallardır, ne belirli bir kişi ve ne de belirli bir eylem için öngörülürler! Hâkimin kişilerin iç dünyalarına girerek araştırma yapması ise hemen hemen imkânsızdır.. Bu bakımdan da, kusur gibi, tanımı gereği insanın rûh hâline ilişkin bir kavram söz konusu olduğunda, hâkimden, genel ve soyut mahiyetteki hukuk kuralını özelleştirerek ve s o m u t l a ş t ı r a r a k uygulaması beklenemez!

²² Bu doğrultuda, kşz. *Bucher E.*, age., Art.16, N 124.

²³ Böyle, kşz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N 124.

²⁴ Bu yönde, bkz. ve kşz. *Demogue R.*, *Traité des obligations en général*, I, t. III, Paris, 1923, n° 314.

²⁵ Böyle, bkz. *Demogue R.*, age., t. III, n° 314.

3. Ayırt Etme Gücünün Varlığı ve Kullanılmasının Değerlendirilmesinde Göz Önüne Alınacak Durum ve Koşullar

Ayırt etme gücünün salt varlığı ile bu gücün kullanılmasını/kullanımını (hiç kullanılmaması ya da kötü kullanımını) özenle birbirinden ayırt etmek gerekir.

Sadece genel davranış kuralı ile ayırt etme gücünün varlığı (soyut yüklenebilirlik) söz konusu olduğunda değil ve fakat, aynı zamanda, bu gücün kullanılması (somut yüklenebilirlik) söz konusu olduğunda da, davranışta bulunanın kişisel, iç nitelikli, sübjektif (öznel) ve egemen olabileceği durum ve koşullar²⁶ hesaba katılmamalı ve fakat, tersine, kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullar ise hesaba katılmalıdır.. Bu şekilde, örneğin *cehâlet*, *akılsızlık*, *az gelişmişlik*, *az eğitim görmüslük*, *az öğrenim görmüslük*, *deneyimsizlik*, vb. durum ve koşullar, yukarıdaki ölçütlere göre, ya hesaba katılmalı, ya hesaba katılmamalıdır.

Buna uygun olarak, *çocuklukta* yaşam deneyimsizliği olağandır, dolayısıyla aynı yaş ve konumdaki başka çocuklarda da rastlanabilen bir durum ve koşul olarak değerlendirilmelidir.. *Çocuk*, *tabii olarak*, *çocuk gibi davranır*. O nedenle, *çocukluğa bağlı* yaşam deneyimsizliği, ayırt etme gücünün varlığı belirlenirken de, bu gücün kullanılması değerlendirilirken de hesaba katılabilmelidir. Çünkü, böyle bir özellik, davranışta bulunan kişi ile davranış modeli soyut insan bakımından, kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olunamayacak bir durum ve koşul sayılmalıdır. Fakat, yine örneğin deneyimsiz bir *avcının* deneyimsizliği farklı değerlendirilmeli ve hesaba katılamamalıdır. Çünkü, böyle bir özellik, o ve davranış modeli soyut insan bakımından, tamamen kişisel, iç nitelikli, sübjektif ve egemen olunabilecek bir durum ve koşul sayılmalıdır.

Bu bağlamda, tamamen geçici türden²⁷ zayıflık, engel ve özürler, bizce, göz önüne alınamamalıdır.. Olsa olsa, az çok sürekli gösteren yapısal²⁸ bozukluklar, ayırt etme gücünün kullanılmasının değerlendirilmesinde hesaba katılabilir. Bu söylediğimiz, *zihni*, *mânevî* ve *rûhî* eksiklikler bakımından da söz konusudur. Zirâ, bu gibi durum ve koşullar, davranışta bulunan yönünden kişisel olmayan, dış nitelikli, objektif ve egemen olamayacağı durum ve koşullar olarak kabul

²⁶ Bu durum ve koşullar hk. geniş açıklamalar için, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., 2.2.3.2. altında anlatılanlar ve oradaki yollamalar. –Bu alanda, bkz. özel. *Dejean de la Batie N.*, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Thèse Paris, 1965.

²⁷ Kusur kavramının objektifleştirilmesinin ayırt etme gücü kavramını etkilemesi açısından, buna dair, bkz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N 124.

²⁸ Objektifleştirilmiş kusur ile ayırt etme gücü arasındaki ilişkiler bakımından, bkz. *Bucher E.*, age., Art. 16, N 124.

edilmelidir.. Oysa, geçici durum ve koşullar, tam aksine, davranışta bulunan yönünden, kişisel, iç nitelikli, sübjektif ve egemen olabileceği durum ve koşullar olarak kabul edilmelidir.. Örneğin, geçici *kalbî* bir heyecan, *rûhî* bir kaygı, vb., ayırt etme gücünün kullanılması bakımından göz önüne alınamamalıdır. Fakat, *hastalık* düzeyine erişen, ya da *çocukluk*, *yaşlılık*, *cinsiyet*, vb. nedenlerden kaynaklanan bu türden özellikler, ayırt etme gücünün *kullanılması* bakımından göz önüne alınabilmelidir. Bizim kişisel olarak teklif ettiğimiz²⁹ ölçütler ve kişisel konumumuz bizi bu sonuca götürmektedir.

Ayırt etme gücünün (bilinçli serbest irâdenin) kullanılmasının (dar anlamda-somut yüklenebilirliğin, kasd, ihmâl ve tedbirsizliğin) değerlendirilmesinde, *rûhî*, *mânevî* ve *zihnî* kökenli düşük özellikler, davranış modeli soyut insan tipinin davranışta bulunanın ait olduğu insan *kategorisine* göre belirlenmesi koşuluyla, olsa olsa/ancak/sadece davranış modeli soyut insanın şahsında ve tamamen soyut tarzda göz önüne alınabilirler. Yoksa, davranışta bulunanın bu türden özellikleri, somut tarzda göz önüne alınamazlar. Nedenine gelince, kişiler, kendi yetersizliklerinin olumsuz sonuçlarına yine kendileri katlanmalıdırlar! Dolayısıyla, kişinin ait bulunduğu insan *kategorisinin* genel özelliklerinden dahi olmayan ve fakat sadece kendi şahsına özgü, *cehâlet*, *az eğitim görmüşlük*, *deneyimsizlik*, *karakter bozukluğu*, *mânevî güçsüzlük*, *zekâ ve irâde yetersizliği* gibi düşük özellikleri, ayırt etme gücünün kullanılmasının (yine bize göre dar anlamda yüklenebilirliğin, somut yüklenebilirliğin, kasd, ihmâl ve tedbirsizliğin) tespitinde belirleyici rol oynayamamalıdır diyoruz.

Bundan başka, göz önüne alınması gerektiğini düşündüğümüz düşük özellikler bağlamında da, aynı durum ve koşullar içinde bulunan, davranış modeli olarak kabul edilen, davranışta bulunan ile aynı özellikleri taşıyan soyut insanın³⁰ nasıl davranacağı da araştırılmalıdır. Bu soyut kişinin olayda genel davranış kuralını ihlâl etmeyeceği söylenebilirse ayırt etme gücünün kullanılmasının (somut yüklenebilirliğin, dar anlamda yüklenebilirliğin, kasd, ihmâl veya tedbirsizliğin) davranışta bulunan yönünden gerçekleştiği ifade edilebilir. Zirâ, soyut insan modeli, en düşük özellikleri de - tıpkı diğer özellikler gibi - ideal tarzda kullanabilen bir kişi olarak tasarlanmalıdır.. Bu şekilde, anılan modelin öngörebileceği ve önleyebileceği türden davranış kuralları ihlalleri, davranışta bulunanlara soyut olarak da yüklenebilecek ihlaller olarak değerlendirilmelidir diyoruz.

Böyle bir çözüm, şu düşünceler ve gerekçeler ile rahatlıkla haklı gösterilebilir kanaatındayız. Bir kere, zararların olabildiğince *önlenmesi*, zararların olabildiğince *giderilmesi* (tazmini) ve insanların *terbiye* edilmeleri gibi son derece önemli yasa dışu işleri ve gereklerinin bunu

²⁹ Bkz. Koçhisarlıoğlu C., age., özel. 2.2.3.3. altındaki açıklamalar.

³⁰ Bu son hususa ilişkin geniş açıklamalar için, bkz. özel. Koçhisarlıoğlu C., age. özel. 2.2.2.

haklı kıldıklarına inanmaktayız. Ayrıca, şunun doğruluğuna da inanmaktayız: Her kişi, kendi kişisel yetersizliklerinin olumsuz sonuçlarını kendisi üstlenmelidir! Ek olarak, aksi yöndeki çözüm, davranışta bulunanın her türlü özür ve bahaneyi kolaylıkla ileri sürebilmesine de meydan verebilecektir ki, bu kabul edilememelidir.

Davranış modeli soyut insan, düşük zihnî, mânevî ve rûhî özelliklere (niteliklere, vb.) sahip biri olarak tasarlanamamalıdır.. Farklı düşünce, davranış modelini/örneğini değil de, davranış biçimini esas almaya götürür. Bu ise benimsenemez! O hâlde, davranışta bulunan, örneğin kötü bazı alışkanlıkları gibi düşük bir özelliğinden/niteliğinden ötürü ayırt etme gücünü (bilinçli serbest irâdesini) soyut insan modelinden olumsuz yönde farklı kullanmışsa bunun sonuçlarına kendisi katlanmalıdır. Tüm zihnî, mânevî ve rûhî düşük özellikler/nitelikler için aynı şey söylenebilir.

Davranışta bulunanın davranış modeli soyut insan tipine göre zihnî, mânevî ve rûhî üstün özelliklerine gelince, kişisel kanaatimizce³¹, bunlar da, ayırt etme gücünün soyut olarak kullanılması değerlendirilirken hesaba katılabilmelidir/katılmalıdır. Aksi takdirde, davranışta bulunan bu gibi özelliklerinden hak sıza yere faydalandırılmış olurdu.. Fakat o, bu gibi özelliklerinden hak sıza yere zarar görme durumunda da bırakılmamalıdır. Bunların davranışta bulunanın ne vakit lehine, ne vakit aleyhine hesaba katılacağı sorularının cevaplarını burada, doğrudan konumuz bu olmadığı için, ayrıca incelemeyeceğiz³². O hâlde, sonuç olarak diyebiliriz ki, davranışta bulunanın ayırt etme gücünü somut olaydaki kullanma biçimi değerlendirilirken başvurulan davranış modeli soyut insan, davranışta bulunanın üstün özellikleriyle de donatılarak değerlendirme yapılmalıdır.

4. Ayırt Etme Gücünün Varlığının Somut, Bu Gücün Kullanılmasının İse Soyut Yöntem ile Belirlenmesinin Çelişikliği Sorunu

Ayırt etme gücünün (bilinçli serbest irâdenin) varlığı ya da yokluğu, objektifleştirilmiş kusur teorisi (kuramı, nazariyesi) açısından nasıl belirlenmelidir sorusunun cevabı kolay gözükmemektedir.

Bir kere, kusur objektifleştirilince, davranışta bulunan ayırt etme gücünden yararlıansa da, kişisel/sübjektif imkânları (zekâsı, bilinci, aklı, irâdesi, eğitim düzeyi, deneyimi, vb.) yetersiz olduğundan dolayı, somut olayda pekâlâ kusur işlemiş olabilir.. Bu ihtimâlde, davranışı kendisine (ayırt etme gücünün varlığı nedeniyle) *soyut* olarak yüklenebilecek, ama *somut* olarak yüklenemeyecektir.. Bu suretle de, aslında, kusur sorumluluğu kusursuz sorumluluğa çok yaklaşılmaktadır.. Çünkü, bu durumda,

³¹ Bu konuda, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., özel. 2.2.3.3.2.2. altındaki tamamen kişisel konumuz ve yaptığımız yönlendirmeler.

³² Bu soruların cevapları için, bkz. *Koçhisarlioğlu C.*, age., özel. 2.2.3.3.2.2.

ayırt etme gücünün varlığının dışında, her iki sorumluluk türü arasında herhangi bir fark bulabilmek hemen hemen imkânsız gibi gözükmektedir³³. Onun için, soyut yüklenebilirlik/geniş anlamda yüklenebilirlik olarak nitelermeyi de uygun gördüğümüz ayırt etme gücünün varlığının somut yöntem ile (*in concreto*) değerlendirilmesinin dâimâ pratik bir sonucu olamaz!

Bu bir yana, kusurun farklı öğeleri ve koşullarının değişik yöntemler ile - burada olduğu üzere, soyut yüklenebilirliği oluşturduğunu düşündüğümüz ayırt etme gücünün salt varlığının somut yöntem (*in concreto*), somut yüklenebilirliği oluşturduğunu düşündüğümüz ayırt etme gücünün kullanılmasının ise soyut yöntem (*in abstracto*) ile - değerlendirilmesinin pek estetik (güzelliğe uygun) gözükmediğini³⁴ de belirtmek gerekir.

Ayrıca, ayırt etme gücünün somut tarzda belirlenmesine rağmen, objektifleştirilmiş kusurda kusurun '*objektif yönü*' olarak da görülen genel davranış kuralı soyut tarzda belirlenecektir.. Buna bağlı olarak, davranış kuralının ihlâlinin somut yüklenebilirliği soyut yöntem ile belirlenmiş olacaktır. Böylece de, soyut olarak ayırt etme gücünden yararlanan, olayda bu güç ile davranmamış olsa dahi, davranışını kendisine yükleyebilmek mümkün olabilecektir.. Yüklenebilirliğin iki ayrı öğesinin iki ayrı yöntem ile - ayırt etme gücünün salt varlığının somut, bu gücün kullanılmasının ise soyut yöntem ile - belirlenmesi çelişkili bir durum oluşturmaktadır.. Zirâ, ayırt etme gücünün salt varlığının bu gücün kullanımını ve tersine bu gücün kullanımının da bu gücün varlığını etkileyecekleri (karşılıklı etkileşim) ortadadır.. Böylece, ayırt etme gücünün salt varlığı da belirli ölçüde soyutlaşmak ta n kurtulamayacaktır.. Ve aksine, ayırt etme gücünün kullanımı da belirli ölçüde somutlaşmak ta n kurtulamayacaktır. Bu, yüklenebilirliğin bu iki farklı öğesinin (soyut yüklenebilirliği oluşturan ayırt etme gücünün salt varlığı ile somut yüklenebilirliği oluşturan ayırt etme gücünün kullanımının) iki farklı yöntemle değerlendirilmesinin tabî sonucudur.

Fazladan, kusurun objektifleştirilmesi, ayırt etme gücünü, ister istemez, etkileyecek tir³⁵ de denebilir. Bu da, objektifleştirilmiş kusur teorisinin ayırt etme gücünün değerlendirilmesi sorununu basit bir biçimde çözmeye imkân tanıdığı, söz konusu çözümün de somut değerlendirme yöntemi ile (*in concreto*) iş görmek olduğu yollu fikrin ve tespitini, aslında pek o kadar da geçerli olmadığını gösteren bir diğer gerekçe olarak kabul edilebilir.

³³ Bu gibi nedenlerle, kusur kavramının objektifleştirilmesinin *sakıncalı* olabileceği hususunda, bkz. örn. ve özel. *Oechslein K.*, Kernpunkte der Kausalhaftungsproblematik, Diss. Zürich, 1948, özel. sh. 321 vd.

³⁴ Bu yönde, kısz. *Demogue R.*, age., I, t. III, n° 254.

³⁵ Kusurun objektifleştirilmesi ile ayırt etme gücü arasındaki *bağıntı* ve birincisinin ikincisini etkilemesi hususunda, kısz. özel.: *Deutsch E.*, age., sh. 143 vd.; *Zeuner A.*, age., sh. 1 vd., sh. 8; *Bucher E.*, age., Art. 16, N 124.

5. Objektifleştirilmiş Kusurda Ayırt Etme Gücünün Zorunluğunun Anlamsızlaşması

Kınanabilirlik olmaksızın kusurun tasarlanabilmesi zordur.. O nedenle, objektifleştirilmiş kusur anlayışının zayıf olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, kınanabilirlik tam anlamıyla yüklenebilirliği, bu ise davranışın davranışta bulunana kişisel olarak yüklenebilmesini zorunlu kılar denebilir. Kusurdan söz edilebilmesi için, kusurlu kabul edilen kişinin gereken davranışta bulunabileceği hâlde bunu yapmaması, ya da gerekmeyen davranışta bulunmayabileceği hâlde bunu yapması şarttır! Böylece, kişi hukukun onaylamadığı davranışı önlenebilecek konumda olmasına rağmen bunu yapmamış³⁶ olmaktan ötürü kınanmaktadır.

Öyleyse, genel davranış normunun salt ihlâli, bu suretle hukukun arzu etmediği sonucun salt meydana gelmesi kusur olarak nitelenememelidir denebilir.. Kusurun varlığının kabul edilebilmesi için, anılan ihlâlin kusurlu sayılan kişiye mutlaka yüklenmesi de gerekir. Bu ihlâlin ona yüklenebilmesi için de, bunun bir ödev ihlâli mahiyetinde olması gerekir. Ödev ihlâlinden söz edilebilmesi de, bu ihlâlin kusurlu sayılacak kişiye soyut olarak da, somut olarak da yüklenebilmesine bağlı değil midir? Bu bakımdan, kusurun varlığının kabul görebilmesi, kusurlu olup olmadığı irdelenen kişinin ayırt etme gücüne (bilinç ve irâdeye) sahip olmasını, yani soyut yüklenebilirliği zorunlu kıldığı gibi, onun bilinçli ve irâdeli davranmış olmasını, yani somut yüklenebilirliği de zorunlu kılmalıdır. Burada, ayırt etme gücünün varlığının aranmasının nedeni, ilgilinin soyut olarak genel davranış ödevine uygun davranabilmesi imkânının bulunmasının şart olması, ayırt etme gücünü kullanmasının, bilinçli ve irâdeli olmasının aranmasının nedeni ise somut olarak genel davranış ödevine uygun davranabilmesi imkânının bulunmasının şart olmasıdır. Bu iki imkânın varlığına rağmen, ilgili, yine de, genel davranış ödevinin ihlâlinden kaçınmamışsa bu onun kınanabilir olduğunu gösterir. O hâlde, kusur işlediği rahatlıkla söylenebilir.

Ama, bu böyle değilse, ilgili, genel davranış ödevine uyma konusunda tamamen serbest/özgür/özerk/vb. değilse kusurlu olduğu kabul edilememelidir. Kişinin serbestliğinden yola çıkılmadığında, genel davranış ödevi iyice anlamsızlaşır.. Haksız eylem bağlamında, yalnız maddî-fizikî illiyet belirleyici olmamalı, mânevî-rûhî illiyet de göz önüne alınmalı değil midir? Haksız eylemin mânevî nedeninin kişi i râde si olduğu gerçeği nasıl olur da göz önünde tutulmayabilir? Kusurun mânevî ve rûhî bir kavram

³⁶ Bu hususta, bkz. örn. ve özel. *Yung W.*, *Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse*, Bâle 22-23 mai 1968, *Etudes et articles*, Genève, 1971, sh. 413 vd., özel. n° 13, sh. 422.

olduğu gerçeği nasıl olur da göz önüne alınmayabilir? Haksız eylemi *hukuka aykırı* kılan da serbest sayılan irâdenin³⁷ hukuka karşı durması değil midir?

Böylece, kusur sorumluluğunda kişisel sorumluluk ön plâna çıktığından, sorumlunun *ayirt etme gücü* ve onun – muhtemelen - *derecesi*³⁸, bu suretle onun kendine hâkimiyeti belirleyici sayılmalı değil midir? Ancak, kusur tamamen sübjektif (öznel) tarzda tasarlandığında bu böyle ise de objektifleştirilmiş tarzda tasarlandığında bu böyle gözükmemektedir.. Gerçekten de, objektifleştirilmiş kusur söz konusu olduğunda, ayirt etme gücü bu önemini yitirmektedir! Bu tür kusur bağlamında, bu gücün varlığı sadece soyut olarak aranmakta ve fakat somut olarak da aranmamaktadır. Böylece, davranışta bulunan soyut olarak bu güce sahip olmamış, bilinçli ve irâdeli *davranamamış* olsa, yani aslında ‘kusursuz’ olsa dahi sorumlu tutulabilmektedir!. Görülebileceği üzere, böyle bir ihtimâlde, genel davranış kuralının ihlâli davranışta bulunana soyut olarak yüklenebildiği hâlde somut olarak yüklenememekte ve fakat, yine de, bu ihlâlden dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Bu kusur anlayışının uç noktasında da, ayirt etme gücünün artık kusurun bir ögesi olmaktan *çıkarılması* söz konusudur.. Bundan böyle, ayirt etme gücünün kusurun bir ögesini oluşturduğu fikri pek tutarlı gözükmemektedir. Gerçekten de, mademki ayirt etme gücünün soyut olarak varlığı yeterli olabilenkte, ayrıca ve özellikle onun olayda somut olarak kullanılmamış olması da artık aranmamaktadır, bu andan itibaren hâlâ bu gücün kusurun varlığı için gerekli olduğunu ileri sürüp durmanın hiçbir anlamı kalmamakta gözükmemektedir..

Objektifleştirilmiş kusur teorisine (kuramına, nazariyesine) göre, hukuka aykırılık - ki, bizce kusur kavramının bir ögesi olmaktan çok bir koşulu³⁹ görünümündedir - bir yana bırakılacak olursa kusurun öğeleri objektif olarak değerlendirilmekte, yalnız ayirt etme gücünün varlığı sübjektif olarak değerlendirilmektedir. Böylece, hukukî ödev (genel davranış normu), bu ödevin ihlâli ile bu ödevin ihlâlinin davranışta bulunana somut olarak yüklenebilirliği (ayirt etme gücünün somut kullanımı, yani

³⁷ Kşz. *Starck B.*, droit civil, Obligations, Paris, 1972, n° 286.

³⁸ Ayirt etme gücünün derecelendirilmesine ilişkin İsviçre hukukundaki tartışmalar için, bkz. örn.: BGE 102 II 366; BGE 104 II 184 vd.; -*Deschenaux H./Tercier P.*, La responsabilité civile, 2^e éd., Berne, 1982, 7, n. 10; *Keller A.*, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 4. Aufl., Bern, 1978/1979, sh. 76; *Keller M./Gabi-Bolliger S.*, Das schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main, 1988, sh. 65-66 ve orada anılan yazarlar; *Bucher E.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abt., Die natürlichen Personen, Erste Teilband, Kommentar zu den Art. 11-26 ZGB, 3. Aufl., Bern, 1976, Art. 16, N 4a; *Brehm R.*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 1. Lieferung, Kommentar zu Art. 41-44 OR, Bern, 1986, Art. 41, N 172 ve orada anılan yazarlar.

³⁹ Bu konudaki konumumuz için, bkz. *Koçhisarlıoğlu C.*, age., özel. 1.2.3 altındaki açıklamalar.

kasd, ihmâl veya tedbirsizlik) de objektif olarak değerlendirilmekte, fakat bu ihlâlin soyut yüklenebilirliği (ayırt etme gücünün salt varlığı) somut olarak değerlendirilmektedir. Bu ç el iş ki li değil midir?

Şimdi kendimize soralım: Ayırt etme gücünün somut/sübjektif olarak belirlenmesinin altında yatan neden /n eden ler ne/neler olabilir? Bunun nedeni, yalnızca İsviçre/Türk ve Alman hukuklarında *yasal düzenlemelerde* bunun zorunlu kılınmış olması olamaz/değildir. Bunun aklî bir nedeni de olmalıdır/vardır, ki o da şu olabilir/şudur: Ayırt etme gücüne sahip olmayan kusur işleyemez⁴⁰! Ayırt etme gücünün kusurun varlığı için şart olduğu yollu anlayışın temelinde bu fikir yatmaktadır. Ayırt etme gücü kusurun varlığı için şart görülmüştür/görülmektedir, zirâ, başka türlü, davranışta bulunan, davranışının anlam ve sonuçlarını kestirebilip doğru bir karar a varamaz ve buna uygun şekilde davranamaz! Yalnız ayırt etme gücünden yararlanan kişi genel davranış normunu kavrayabilir, bu norma uygun davranması gerektiğini a kıl edebilir, bu normun ihlâlini ö ng ö r eb il ir ve ö n l ey eb il ir mantığıyla hareket edilmektedir.. Aksi davranış ayırt etme gücünden yoksun kişiden beklenemeyeceği için, onun kusurlu sayılabilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Eğer bu böyle ise genel davranış normunun/kuralının belirlenmesi ve onun ihlâlî söz konusu olduğunda da aynı mantıkla hareket edilmesi gerekmez mi diye sorulabilir. Şöyle ki, davranışta bulunanın genel davranış normunu/kuralını anlayabilecek ve onu ihlâl etmeyebilecek imkânlarla sahip olması gerekmez mi? Bu ise, aynen ayırt etme gücü gibi, genel davranış normu ile onun ihlâlî ve bu ihlâlin yüklenebilirliğinin davranışta bulunanın kişisel özellikleri ve imkânları hesaba katılarak belirlenmesini zorunlu kılmaz mı?

Ama objektifleştirilmiş kusur yaklaşımı hiç de böyle görünmemektedir!. Bu yaklaşımda, ayırt etme gücü, davranışta bulunanın kişisel özellikleri ve imkânlarına göre belirlenirken, genel davranış normu/kuralı, bu kuralın ihlâlî ve bu ihlâlin yüklenebilirliği söz konusu kişinin kişisel özellikleri ve imkânlarına göre belirlenmemektedir.

Bu yaklaşımda, ayrıca, genel davranış normunun/kuralının (hukukî ödevin) ihlâlinin soyut yüklenebilirliğini oluşturan ayırt etme gücü somut yöntemle (*in concreto*) ve somut ölçütlerle belirlenmekte iken, aynı normun ihlâlinin somut yüklenebilirliğini ifade eden, bu ihlâl gerçekleştirilirken bilinçli ve irâdî davranma soyut yöntemle (*in abstracto*) ve soyut ölçütlerle belirlenmektedir. Oysa, bu iki yüklenebilirlikten - ki biri diğerini tamamlamakta ve ikisi birden kusurun yüklenebilirlik ögesini meydana getirmektedirler - biri yok ise yüklenebilirlik de yok olmaktadır.. Böyle olunca da, yüklenebilirliğin bu iki ayrı yönü/yüzü ister istemez birbirini

⁴⁰ Buna dair. bkz. örn.: BGE 102 II 368; - Y4HD, E 1981/1247, K 1981/3013, T 11.3.1981, YKD 7/11, sh. 1417 vd.

e t k i l e y e c e k t i r . Ve hâliyle, birinin somut tarz, diğerinin soyut tarzda değerlendirilmesi sonucunda da bu etkileşim farklı sonuçlara götürebilecektir. O hâlde, kusurun objektifleştirilmesi, ayırt etme gücünü kaçınılmaz olarak e t k i l e y e c e k t i r ..

Böylece, objektifleştirilmiş kusurda, soyut olarak bilinç ve irâde sahibi, yani ayırt etme gücünden yararlanan kişi, somut olarak bilinçsiz ve irâdesiz şekilde genel davranış normunu ihlâl etse kusur işlediği kabul edilebilmektedir... Fakat, bu, şu tuhaf ve çelişik sonucu doğurmaktadır: Mademki davranışta bulunan bilinçsiz ve irâdesiz olarak genel davranış normunu ihlâl edebilmektedir, o hâlde ayırt etme gücüne sahip olmasını zorunlu görmenin pek bir anlam, önem ve etkisi olamamalıdır/olamaz! Ve tersine, ayırt etme gücüne sahip olmadan da genel davranış normunu ihlâl edebiliyorsa o vakit de bu normu ihlâl ederken bilinçli ve irâdî davranmasını gerekli görmenin de pek bir anlamı olamamalıdır/olamaz! Durum böyle olunca da, genel davranış normunun ihlâlinin somut yüklenebilirliğini oluşturan somut olarak bilinçli ve irâdî davranma olgusunun soyut tarzda değerlendirilmesi, bu ihlâlin soyut yüklenebilirliğini oluşturan soyut olarak bilinçli ve irâdî davranabilmeyi, yani ayırt etme gücünü kaçınılmaz olarak e t k i l e y e c e k t i r . Bu suretle, sonuçta, kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücünü etkilediği iddia edilebilir.

Bunun nedeni basittir: Soyut yüklenebilirliği oluşturan ayırt etme gücü ile somut yüklenebilirliği oluşturan bilinçli ve irâdî davranma olgusu, yani yüklenebilirliğin bu iki ayrı yüzünü/yönünü mutlak biçimde birbirinden ayırt edilememek, ayırt edilemeyen ve ayırt edilemeyen bu iki yüklenebilirlikten birinin soyut tarz, diğerinin somut tarzda, ayırt etme gücünün soyut olarak, somut biçimde bilinçli ve irâdî davranmanın ise somut olarak değerlendirilmesi tuhaftır.. Objektifleştirilmiş kusurda, davranışta bulunanın kusurlu kabul edilebilmesi için, onun ayırt etme gücüne sahip olması gerekmekte ve fakat bilinçli ve irâdî davranması da gerekmemekte olduğundan, artık ayırt etme gücüne sahip olması şartını aramanın da gereğinin kalmadığı iddia edilebilir.. O hâlde, kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücünü ondan vazgeçilebilecek kadar etkilediği, dolayısıyla da bu gücü çok somut olarak belirlemenin pek de bir anlamının kalmadığı fikri de ortaya atılabilir. Bu koşullarda, kusurun objektifleştirilmesinin ayırt etme gücünü - doğrudan olmasa bile - dolaylı olarak etkilediği su götürmez bir gerçektir. Çünkü, pekâlâ denebilir ki, genel davranış normunun ihlâlinin davranışta bulunana somut olarak yüklenebilmesi (bilinçli ve irâdî davranma) soyut tarzda gerçekleştiriliyorsa ayırt etme gücünün somut tarzda değerlendirilmesi öyleyse şart olamaz! Bu ise bu gücün daha bir soyut değerlendirilmesi sonucunu doğurmalı değil midir? Zirâ, genel davranış normunun ihlâlinin davranışta bulunana soyut olarak yüklenebilmesi (ayırt etme gücünün varlığı) mümkün ise bu ihlâlin ona somut olarak

yüklenebilmesi (bilinçli ve irâdî davranma) de m ü m k ü n ve, tersine, bu ihlâlin ona somut olarak yüklenebilmesi m ü m k ü n ise bu ihlâlin ona soyut olarak yüklenebilmesi de m ü m k ü n olmalıdır denemez mi? Nasıl ki, genel davranış normunu ihlâl eden, bilinçli serbest irâdeden (ayırt etme gücünden) mahrum (şahsında somut tarzda değerlendirilen soyut yüklenebilirliği barındırmayan) kişiye, bu ihlâl (bilinçsiz ve irâdesiz davranma), bilinçli ve irâdî davranma ya a c a ğ ı için yüklenemiyorsa, aynı şekilde, bilinçli serbest irâdeye (ayırt etme gücüne) sahip olmakla (şahsında, somut tarzda değerlendirilen soyut yüklenebilirliği barındırmakla) birlikte, somut yüklenebilirlik soyut tarzda belirlendiği için bilinçli ve irâdî davranma ya n kişiye de bu ihlâlin (bilinçsiz ve irâdesiz davranmanın) yüklenememesi gerekmez mi? Ve, eğer yine de bu ihlâl ona yüklenebiliyorsa, denemez mi ki, o takdirde, ayırt etme gücü de buna göre değerlendirilmeli, o kadar somut/sübjektif (öznel) tarzda belirlenmemelidir? Sorumlunun ayırt etme gücünün varlığının somut/sübjektif olarak aranması ve fakat fiilen bilinçli ve irâdî davranma bilmiş (ayırt etme gücünü fiilen kul lan a bilmiş) olmasının aranmaması bir çelişki olarak gözükmektedir.. Dolayısıyla, objektifleştirilmiş kusur anlayışındaki bu çelişkinin mutlaka giderilmesi yönünde bir çözüm benimsenebilir. Söz konusu çelişki ortadan kaldırılırsa ne âlâ! Bu yapılmaz ya da yapılamaz ise objektifleştirilmiş kusur yaklaşımındaki bu konunun ayırt etme gücünü etkilemesi kaçınılmazdır! Zirâ, soyut yüklenebilirliği oluşturan ve somut tarzda değerlendirilen ayırt etme gücü olgusu ile somut yüklenebilirliği oluşturan ve soyut tarzda değerlendirilen bilinçli ve irâdî davranma olgusu, kolaylıkla ayırt edilemeyen ve ayırtlamayan olgular olarak görünmektedirler.. O nedenle, aralarındaki karşılıklı etkileşim, ister istemez, kaçınılmaz gözükmektedir.

Böylece, objektifleştirilmiş kusurda, kusurun somut yüklenebilirlik ögesi olan bilinçli ve irâdî davranma olgusunun (somut ayırt etme gücünün) soyut yöntem (*in abstracto*) ve soyut ölçütler ile değerlendirilmesi, kusurun soyut yüklenebilirlik ögesi olan ayırt etme gücünün varlığı olgusunun (soyut ayırt etme gücünün) somut yöntem (*in concreto*) ve somut ölçütler ile değerlendirilmesini de etkiler ve onu da -en azından- daha bir soyut/objektif kılar mahiyette gözükmektedir. Bu suretle de, somut olayda, 'soyut' ayırt etme gücünün bulunmadığı yönündeki muhtemel itiraz geçersiz kılınabilir. Ve sonuçta, davranışta bulunan sadece 'somut' ayırt etme gücünün (bilinçli ve irâdî davranmanın) yokluğunda değil ve fakat 'soyut' ayırt etme gücünün (bilinçli ve irâdeli olmanın) yokluğunda dahi sorumlu tutulabilecektir/tutulabilmektedir.. Bu ise objektifleştirilmiş kusur kavramının, aslında, tamamen objektif kusur kavramına dönüştürülmesinden/dönüşmesinden başka bir şey midir? Soru, sorulmaya lâyık görünmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

Abt.	Abteilung(en)
age.	adı geçen eser
agy.	adı geçen yazar
AMK	Alman Medenî Kanunu (<i>BGB</i> , Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage(n)
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band(ae)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
bkz.	bakınız
c.	cilt
Diss.	Dissertation
dpn./dn.	dipnot(u, lar, ları)
E	Esas
éd.	édition
HD	(Yargıtay) Hukuk dairesi
hk.	Hakkında
Hlbbd.	Halbband(ae)
İMK	İsviçre Medenî Kanunu
JZ	Juristen-Zeitung
K	Karar
N	(Rand-)Note (in Kommentaren) Kommentar'larda (Rand-)Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n°	numéro(s)
örn.	örneğin
özel.	özellikle
sh.	sahife(ler)
T	Tarih
t.	tarih(li); tome(s)
TMK, TMY	Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Yasası
vd.	ve devamı(nda, ndaki, ndakiler, vb.)
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	Zivilgesetzbuch