

Kusur Kavramının Haksız Fiil ve Klasik Suç Öğretisine Göre Suç Bakımından Karşılaştırılması

Comparison of the Concept of Fault in Terms of Tort and Crime According To Classical Crime Doctrine

L. Müjde KURT¹ , Fahri Gökçen TANER² 

¹Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

²Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye

ÖZ

Kusur gerek klasik suç öğretisine göre suç bakımından gerekse de haksız fiil bakımından varlığı gerekli olan ortak bir unsurdur. Ancak bu ortak kavrama verilen anlam klasik öğreti çerçevesinde suç bakımından ve haksız fiil bakımından farklılık arz edebilmektedir. Nitekim TBK m. 74 f. 1'de hem suç hem haksız fiil teşkil edebilecek fiiller bakımından hukuk hâkiminin kusurun tayini bakımından ceza hukuku prensiplerinden bağımsız olduğu belirtilmiştir. Bu çalışmanın konusunu kusur kavramının haksız fiil ile klasik suç öğretisine göre suç bakımından ifade ettiği anlamların karşılaştırılması teşkil etmektedir. Çalışmada ceza hukukunun ve medenî hukukun bu kavrama yaklaşım biçimleri arasındaki farklar ve benzerlikler ortaya konulmuştur. Bir kişinin suçlu olarak nitelendirilmesi borçlu olarak nitelendirilmesine nazaran daha ağır bir yargıdır. Öte yandan, kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması kişiye tazminat ödettilmesinden daha ağır bir yaptırımdır. Bu nedenlerle, kişinin sergilediği hukuka aykırı davranış nedeniyle kınanmasının koşulları ceza hukukunda medenî hukuka nazaran daha ağırdır. Ceza hukukunda kural kasten işlenmiş fiillerin cezaî sorumluluk doğurması olup taksirli sorumluluk istisnâ olduğu halde, haksız fiil sorumluluğunun doğması için failin hafif ihmali dahi yeterlidir. Objektifleştirilmiş kusur anlayışının hâkim olduğu, failin bireysel mazeretlerinin kusurluluğun tayininde dikkate alınmadığı haksız fiil alanında kusurun varlığının kabulü, sübjektif kusur anlayışının hâkim olduğu, kusurun tayininde failin bireysel yetenek ve özelliklerinin dikkate alındığı ceza hukukuna nazaran daha kolaydır.

ABSTRACT

Fault is a common element necessary for both crime and tort. However, the meaning of this common concept may differ in terms of crime within the framework of classical doctrine and tort. As a matter of fact, according to Art. 74/1 of the Turkish Code of Obligations, a civil judge is independent of the principles of criminal law in terms of determining fault in terms of acts that may constitute both crime and tort. The subject of this study is a comparison of the meanings of the concept of fault in terms of tort and crime, according to classical crime doctrine. In this study, the differences and similarities between the approaches of criminal and civil law to this concept are revealed. Defining a person guilty is a more severe judgment than defining a person as debtor. On the other hand, depriving a person of his/her liberty is a more severe sanction than making him/her pay compensation. For these reasons, the conditions for a person being condemned for an unlawful act are more severe in criminal law than in civil law. Although the rule states that acts committed with fault at the level of intent give rise to criminal liability and that negligence is exceptional, even slight negligence is sufficient for tort liability to arise. It is easier to accept the existence of fault in the field of tort, where the objectified understanding of fault is dominant and the individual excuses of the tortfeasor are not considered in determining fault, compared to criminal law, where the subjective understanding of fault is dominant and the individual abilities and characteristics of the perpetrator are considered in determining fault.

Anahtar Kelimeler: Kusur, suç, haksız fiil

Keywords: Fault, crime, tort

Corresponding Author: L. Müjde Kurt E-mail: merkumay@law.ankara.edu.tr

Submitted: 03.11.2023 • **Revision Requested:** 11.02.2024 • **Last Revision Received:** 12.03.2024 • **Accepted:** 27.08.2024 • **Published Online:** 04.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

A fault is a common element that is necessary for both crime and tort. However, the meaning of this common concept may differ in terms of crime and tort. As a matter of fact, according to Art. 74/1 of the Turkish Code of Obligations, a civil judge is independent of the principles of criminal law in terms of determining fault in terms of acts that may constitute both crime and tort. The subject of this study is a comparison of the meanings of the concept of fault in terms of tort and crime. In this study, the differences and similarities between the approaches of criminal and civil law to this concept are revealed. Defining a person guilty is a more severe judgment than defining a person as debtor. On the other hand, depriving a person of his/her liberty is a more severe sanction than making him/her pay compensation. For these reasons, the conditions for a person being condemned for an unlawful act are more severe in criminal law than in civil law.

The main points identified in this study regarding the similarities and differences between the meanings given to the concept of fault in terms of tort and crime are as follows:

- The concept of fault is based on the judgment of condemnation by a legal order in relation to both tort and crime. However, in criminal law, an offender-oriented approach based on individuals is dominant in determining what is condemnable, whereas in civil law, a behavior-oriented approach where social and legal criteria come to the fore is dominant.
- Since fault liability may be insufficient to compensate for damages incurred in some cases, there are cases of strict liability in the field of tort liability. However, in line with the principle of "without fault, there can be no crime", there is no strict liability in the field of criminal law.
- There is no minimum age limit in terms of mental capacity in civil law. It can be concluded that a person who is incapable of imputation because of the minimum age limit stipulated in criminal law has mental capacity in the field of tort and has acted at fault.
- Although, as a rule, an act must be committed with a fault at the level of intent in the field of criminal liability, even slight negligence is sufficient for civil liability to arise. The meaning given to the intent is similar in criminal and civil laws, and it means that the perpetrator/tortfeasor knows the unlawful result and desires or at least takes the risk of the result.
- In criminal law, the subjective understanding of negligence is dominant. Although the duty of care and attention expected from a perpetrator is determined based on an objective criterion, whether the perpetrator can be condemned for not fulfilling this obligation is determined according to individual characteristics. Individual characteristics of a person capable of imputation, such as psychological, mental, physical weaknesses, or lack of talent, may prevent them from accepting the existence of criminal fault. On the other hand, in the field of tort, the measure of negligence has been objectified as a requirement for security in social life. The tortfeasor's individual inadequacies and excuses were not considered in the assessment of fault. If the tortfeasor, who has mental capacity, deviates from the behavior expected under the same conditions and from the average reasonable type in the social category to which he belongs, it is accepted that he/she is negligent.
- In the case of plurality of tortfeasors, to determine each plaintiff's share of compensation in the internal relationship, the faults of the people in question must be determined proportionally. Since there is no sharing of responsibility in criminal liability, in the case of multiple perpetrators, there is no need to determine proportional fault.
- The common fault of the victim does not eliminate criminal or civil liability unless it severs the causal link between the perpetrator's/tortfeasor's actions and the result, but reduces the amount of punishment and compensation.
- The duty of expert witnesses in both criminal and civil proceedings consists of determining the obligations of the parties, whether they comply with these obligations, and the factors that caused the damage, using a technical dimension within their field of expertise. It is the duty of the judge to evaluate the existence and degree of the fault.

GİRİŞ

Haksız fiil ve suç, hukuk düzeninin tasvip etmediği davranış biçimleri olmaları bakımından benzerlik göstermekle birlikte, unsurları arasında özdeşlik bulunmayan farklı olgulardır. Bu nedenle, suç teşkil eden bir davranışın mutlaka haksız fiil de teşkil edeceği yahut tersi söylenemez¹. Bununla birlikte, bir davranışın aynı zamanda hem suç hem haksız fiil teşkil etmesi mümkündür. Örneğin, insan öldürme, yaralama, hakaret, hırsızlık hem suç hem de haksız fiil teşkil edebilecek davranışlardır².

¹ Henri Deschenaux ve Pierre Tercier, *La responsabilité civile* (2. éd., Stämpfli Verlag 1982) 26 vd.; M. Alexander Niggli ve L. Frédéric Muskens, "Eine Straftat ist keine unerlaubte Handlung? Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie aus strafrechtlicher Perspektive" in Belser E. Maria, Pichonnaz Pascal ve Stöckli Hubert (eds) *Mélanges pour Franz Werro* (Stämpfli Verlag 2022) 496, 505; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010) 348; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî hukuk İlişkisi" [1973] 29 (3) AÜHFD 185; Kadir Berk Kapanıcı, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)" [2016] 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511, 514 vd. Bazı davranışlar suç teşkil ettiği halde haksız fiil teşkil etmez. Örneğin, Anayasayı ihlâl davranış suç olduğu halde (TCK m. 309), bireysel bir menfaatin ihlâlî söz konusu olmadığından haksız fiil değildir. Bazı davranışlar ise haksız fiil teşkil ettiği halde suç teşkil etmez. Örneğin, başkasının malına ihmalle zarar verme davranışı haksız fiil teşkil ettiği halde, davranış kasten gerçekleşmediği için suç değildir.

² Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Schulthess Verlag 1995) 226; Deschenaux ve Tercier (n 1) 27; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile en droit turc", in Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2 (Schulthess Verlag 1981) 562; Tandoğan (n 1) 348; Kılıçoğlu (n 1) 186.

Hem suça hem haksız fiile konu olabilecek davranışlar bakımından failin bir yandan cezaî sorumluluğu öte yandan da hukukî sorumluluğu gündeme gelir. Cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk nihayetinde hukuk düzeninin cevaz vermediği davranışların yaptırma bağlanmasına hizmet eder. Ancak iki sorumluluk düzeni arasında belirgin farklar vardır. Öncelikle, cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun temel amaçları farklıdır. Cezaî sorumluluk ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle topluma bir zarar verilmesi veya zarar tehlikesinin doğması durumunda söz konusu olur. Ceza hukuku, esas itibarıyla insanların huzur içinde yaşamasına hizmet eden toplumsal yaşamın temel hukukî değerlerini korumak suretiyle genel ve toplumsal yararın sağlanmasını amaçlar³. Bu nedenle son çare olmalıdır. Hukukî sorumluluk ise bireylerin zarara uğraması durumunda söz konusu olur ve bireysel (özel) menfaatlerin korunmasına yöneliktir. Hukukî sorumluluğun temel amacı, hukuka aykırı biçimde bir başkasının malvarlığı veya şahıs varlığı değerlerinde eksilme meydana getiren kişinin bu eksilmeyi gidermesi, yani zararı gidermedir⁴. Hukukî sorumluluğun cezalandırma amacı yoktur. Zira haksız fiil failinin ödeyeceği tazminatın üst sınırı zarar görenin uğradığı zarardır, bundan fazlası değildir⁵.

Cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluğun yaptırımları da farklıdır. Cezaî sorumluluk alanında yaptırımlar, cezalar (hapis cezası veya adli para cezası) ile güvenlik tedbirleridir⁶. Kabahatler hukukundaki yaptırımlar da ceza niteliğindedir. Bunların adli cezalardan farkı, özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşmeyen ve kişinin malvarlığı üzerinde etkisini gösteren nitelikte olmalarıdır. Hukukî sorumluluk alanındaki yaptırım ise sorumlu kişiye zararın tazmin ettirilmesidir⁷. Uygulamada sıklıkla hükmedilen tazminat türü nakden tazmin olduğundan, tazminat yaptırımını esasen zarar verenin malvarlığına yönelik bir yaptırım teşkil eder. Hukukî sorumluluk kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakma sonucu doğurmazken, cezaî sorumluluk kişiyi en kıymetli temel haklarından biri olan özgürlüğünden mahrum bırakabilmektedir⁸.

Cezaî sorumluluk ve hukukî sorumluluk alanlarında kusur, ayırt etme gücü, nedensellik bağı, hukuka aykırılık gibi ortak kavramlar kullanılsa da her iki hukuk dalında bu kavramlara verilen anlamların özdeş olması gibi bir zorunluluk yoktur. Söz konusu ortak kavramlara verilen anlamlar cezaî sorumluluğun ve hukukî sorumluluğun kendilerine has özelliklerine, özellikle amaçlarına göre farklılaşabilir⁹. Nitekim, cezaî sorumluluk ile hukukî sorumluluk arasındaki farklar kanun koyucuyu TBK m. 74 hükmüyle¹⁰ aynı zamanda hem suça hem haksız fiile konu olabilecek eylemler bakımından ceza mahkemesinde verilen kararlar ile hukuk mahkemesinde verilen kararlar arasında bağımsızlık prensibini benimsemeye sevk etmiştir¹¹. Hükümde özellikle kusur unsuruna işaret edilmesinin nedeni ceza ve hukuk sorumluluğunun temel sütunlarından birini oluşturan kusurun, zamanla iki hukuk alanında bu alanların ihtiyaçları çerçevesinde şekillenmiş olmasıdır.

Bu çalışmanın konusunu kusur kavramının haksız fiil ve suç alanlarında karşılaştırılması oluşturmaktadır. Çalışmanın asıl amacı kusur kavramını hukukî ve cezaî sorumluluk açılarından ayrı ayrı incelemek değil, karşılaştırma yapmaktır. Bu nedenle hem medeni hukuk hem de ceza hukukunda kusur kavramının niteliğiyle ilgili derin tartışmalara girilmemiş ve seçilen yöntem doğrultusunda karşılaştırmanın en verimli şekilde yapılması amaçlanmıştır. Bu bağlamda ceza hukuku bakımından inceleme yöntemi olarak klasik suç teorisi seçilmiş ve inceleme bu teorinin sistematigi üzerinden yapılmıştır.

Sonuç olarak, kusur kavramının önce haksız fiil ve suç bakımından genel olarak açıklanması, ardından kavrama cezaî sorumluluk ve hukukî sorumluluk alanında verilen anlamlar arasındaki benzerlik ve farkların incelenmesi şeklinde bir plan izlenmiştir.

³ İzzet Özgeçen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 51; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 32.

⁴ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Franz Werro, *La responsabilité civile* (Stämpfli Verlag 2005) 4; Georges Scyboz, *L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile* (Éditions Universitaires Fribourg Suisse 1976) 28; Guillaume Etier ve Bernhard Sträuli, "Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale" in Christine Chappuis ve Bénédict Winiger (éd.s) *Responsabilité civile Responsabilité pénale*, (Schultess Editions Romandes 2015) 11, 14; Tandoğan (n 1) 347; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 592.

⁵ Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinden farklı olarak, Türk-İsviçre sorumluluk hukukunda zarar gören lehine düzenlenmiş bir cezalandırıcı tazminat kurumu mevcut değildir. Werro (n 4) 4; Etier ve Sträuli (n 4) 17. Bazı yazarlar manevî tazminatın cezalandırma işlevinin de bulunduğunu ileri sürmektedir. Örneğin, Tandoğan (n 1) 331 ve orada dn. 6'da zikredilen yazarlar. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde de manevî tazminata hükmedilebilmesi bu görüşü zayıflatmaktadır. Zira manevî tazminat cezaî nitelikte olsaydı ancak zarar veren kusurlu ise manevî tazminata hükmedilebilirdi. Eren (n 4) 899.

⁶ Etier ve Sträuli (n 4) 17 vd.

⁷ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Werro (n 4) 4; Eren (n 4) 592.

⁸ Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Etier ve Sträuli (n 4) 19; Kılıçoğlu (n 1) 97; Kapancı (n 1) 513.

⁹ Scyboz (n 4) 9 vd.; Deschenaux ve Tercier (n 1) 211.

¹⁰ TBK m. 74'e göre "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimini tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir (f. 1). Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz (f. 2)".

¹¹ Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* Berner Kommentar, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2021) Art. 53 N 23; Deschenaux/Tercier (n 1) 211; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 588; Tandoğan (n 1) 349, 351.

I. HAKSIZ FİİL ve SUÇ BAKIMINDAN KUSUR KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

A. Haksız Fiil Bakımından

Bir kişinin bir başkasının uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilmesi için bir sorumluluk temelini bulunması gerekir¹². Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hüküm niteliğindeki TBK m. 49'un 1. fıkrasına göre "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür". Bu itibarla, haksız fiil sorumluluğu kural olarak kusur esasına dayalıdır. Ancak ceza hukukundan farklı olarak, haksız fiil alanında istisnâ olmakla birlikte kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur¹³.

1. Kusur Kavramı

TBK m. 49 f. 1'de "kusurlu fiil"den söz edilmiş, ancak kusur tanımlanmamıştır. Haksız fiil alanında kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan, hoş görülmeven davranış biçimidir. Genel davranış kuralını ihlâl eden kişi, ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla, aynı şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymamış, ondan beklenebilecek özeni göstermemişse, davranışı kusurludur¹⁴. Kusurun objektif ve subjektif olmak üzere iki yönü bulunduğu kabul edilmektedir.

a. Kusurun Objektif Yönü: Özen İhlâli

Kusurun objektif yönü, failin ondan makul olarak göstermesi beklenebilecek özeni ihlâl etmiş olmasıdır¹⁵. Failin bu özeni hangi durumda ihlâl etmiş sayılabileceği, özenin ölçüsünün neye göre belirleneceği konusunda iki görüş vardır¹⁶. Subjektif kusur anlayışına göre, fail, bireysel ve psikolojik özellikleri, kişisel yetenekleri, zekâsı, eğitim durumu, fizikî durumu göz önünde tutulduğunda, zarara yol açan davranışta bulunurken davranışının zararlı sonuçlarını öngörebilecek ve bu davranıştan kaçınabilecek durumda olduğu halde bunu yapmamışsa, davranışı kusurludur¹⁷. Subjektif kusur anlayışı kabul edilirse, zarar veren kişilerin bireysel yetersizliklerini ileri sürerek tazminat sorumluluğundan kurtulmaları kolaylaşır. Bu durum sosyal hayata dâhil olan kişilerin başkalarına zarar vermeyecek asgarî vasıflara sahip olmalarını beklemek yönünde haklı beklentisi bulunan zarar görenleri uğradıkları zarar ile baş başa bırakır¹⁸. Bu nedenle, tazminat sorumluluğu bakımından subjektif kusur anlayışı azınlıkta kalan bir görüş haline gelmiştir. Medenî hukuk alanında doktrinde hâkim görüşü teşkil eden¹⁹ ve yargı kararlarında da benimsenen²⁰ objektifleştirilmiş kusur anlayışına göre, failin zarara yol açan davranışı makul, dürüst, orta zekâlı örnek bir insan tipinin fiilin işlendiği zaman ve yerde sergilemesi beklenen davranış biçiminden sapıyorsa, kusurludur. Bu noktada failin kendisinin değil, ortalama örnek tipin zararı öngörebilme ve önleyebilme imkânının olup olmadığı değerlendirilir²¹. Fail somut olayda kendi yetenekleri, kapasitesi çerçevesinde elinden geleni yapmış olsa, yani ahlâkî açıdan bir eksikliği bulunmasa dahi, davranışı ortalama örnek tipten beklenen davranışın altında kalıyorsa, bu sapma kusur teşkil eder²². Kusurun objektifleştirilmesi, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırmaktadır. Ancak bu durum toplumsal hayatta duyulan güvenlik ihtiyacının bir gereğidir. Zira giderek tehlikeli hale gelen günümüz hayat koşullarında, bireylerin, toplum hayatına dâhil olacak diğer bireylerden başkalarına zarar vermemek bakımından makul, ortalama bireylerin sergileyeceği davranışları sergilemelerini, bunun için de en azından ortalama yetenek ve niteliklere sahip olmalarını beklmeleri, korunmaya lâyık haklı bir beklenti olarak ortaya çıkmaktadır²³.

¹² Hukuk sistemimizde tazminat sorumluluğu esas itibarıyla kişinin kusuru ile neden olduğu zararın tazmin etmesini ifade eden "kusura dayalı sorumluluk" ve kişinin meydana gelen bir zararı kusurdan bağımsız olarak kanunî bir düzenleme gereği tazmin etmesini ifade eden "kusursuz sorumluluk" olmak üzere iki temele dayanmaktadır. Deschenaux ve Tercier (n 1) 28 vd.; Willi Fischer, Anna Böhme ve Fabian Gähwiler, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl., Orell Füssli Verlag 2023) Art 41 N 2; Eren (n 4) 564.

¹³ Rogér Merle ve André Vitu, *Traité de droit criminel*, T. I (3. Bası, Editions Cujas 1997) 663; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 166; Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerische Haftpflichtrecht* (5. Aufl., Schulthess Verlag 2013) 76; Eren (n 4) 566 vd.; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-2 (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 6 vd.; A. İsmet Arslan, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)" [1980] 6 (3) Yargıtay Dergisi 295, 322. Kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu'nda (örneğin, TBK m. 65, 66, 67, 69, 71), Medenî Kanun'da (örneğin, TMK m. 369) ve özel kanunlarda (örneğin, KTK m. 85) mevcuttur.

¹⁴ Oftinger ve Stark (n 2) 192; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 76; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 75; Vito Roberto, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Verlag 2002) N 218; Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem (Fiil) Kusuru* (Seçkin Yayınevi 2022) 77; Eren (n 4) 653; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021) 448.

¹⁵ Werro (n 4) 61; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 170; Eren (n 4) 656; Gümüş (n 14) 449.

¹⁶ Esasen bu görüşler ihmâl derecesindeki kusurun tespiti bakımından önem arz eder. Zira kast derecesindeki kusurda, zarar verici fiili bilerek ve isteyerek işleyen failin kendisinden beklenen özeni ihlâl ettiği apaçık olduğundan, ayrı bir özen ölçüsü değerlendirmesine gerek kalmaz. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*, BK m. 49-76 (Onikilevha Yayınevi 2019) 60.

¹⁷ Oğuzman ve Öz (n 13) 60.

¹⁸ Subjektif kusur anlayışına yöneltile eleştiriler için bkz. Eren (n 4) 655; Baysal (n 16) 63.

¹⁹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 172 vd.; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 79; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 75; Werro (n 4) 61; Eren (n 4) 654 vd.; Baysal (n 16) 62.

²⁰ Örneğin, Yarg. HGK, 2019/403 E. 2022/168 K. 22.02.2022 T.: "Zarar görenin müterafik (ortak) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır." <www.kazanci.com> E.T. 1.8.2023. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Örneğin bkz. BGE 137 III 539 <www.swisslex.ch> E.T. 15.8.2023.

²¹ Tandoğan (n 1) 61; Eren (n 4) 655.

²² Deschenaux ve Tercier (n 1) 83 vd.; Eren (n 4) 662; Yeşim Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta Yayınevi 1996) 31.

²³ Oftinger ve Stark, (n 2) 210; Tandoğan (n 1) 51; Eren (n 4) 662; Koçhisarlıoğlu (n 14) 331; Atamer (n 22) 31.

b. Kusurun Sübjektif Yönü: Ayırt Etme Gücü

Kusurun sübjektif yönü, failin ayırt etme gücünün bulunmasıdır. Kusurun bu yönü objektif yönünün (ortalama örnek tipten beklenen davranıştan olumsuz biçimde sapmanın) faile yüklenebilmesini sağlar. Failin davranışının kusurlu olduğundan söz edilebilmesi onun fiili işlediği anda ayırt etme gücünün bulunmasına bağlıdır. Fail ancak anlama kapasitesi ve iradesi bulunduğu halde bu kapasitesini ve iradesini kendisine düşen özen ödevine uymak doğrultusunda kullanmamış ise kusurlu davranmıştır²⁴.

Ayırt etme gücünü olumsuz biçimde tanımlayan TMK m. 13'e göre "yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan" kişinin ayırt etme gücü vardır²⁵. Kişinin akla uygun hareket edebilme yeteneğinin varlığından söz edebilmek için idrak unsuru ve irade unsuru olmak üzere iki unsurun bir araya gelmesi gerekir. İdrak unsuru, kişinin makul bir irade oluşturabilmesini ifade eder. Bunun için kişi, belirli bir durumu doğru olarak değerlendirebilecek, davranışının sebep ve sonuçlarını kavrayabilecek zihinsel yeteneğe sahip olmalıdır²⁶. İrade unsuru ise, kişinin oluşturduğu iradeye uygun davranabilme yeteneğidir. Bunun için kişinin dış etkilere karşı koyabilme gücünün bulunması gerekir²⁷.

Bir kişinin ayırt etme gücünün mevcut olup olmadığı konusunda soyut ve mutlak bir değerlendirme yapılamaz. Medeni hukukta, ceza hukukundan farklı olarak, ayırt etme gücü bakımından bir yaş ölçütü de getirilmemiştir. Ayırt etme gücü, her somut olayda belirli bir fiil bakımından ve o fiilin gerçekleştiği an esas alınarak değerlendirilmelidir. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı gerçekleştirdiği fiilin niteliğine ve önemine göre değişiklik gösterebilir. Bu bakımdan, ayırt etme gücü nispi bir kavramdır²⁸. Örneğin 8 yaşında normal zekada bir çocuğun pencereden aşağı yoldan geçenlerin üzerine ağır bir cisim atma eylemi bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu, buna karşılık akaryakıt istasyonunda arabada bulduğu esnada çakmağı çakması sonucu yangın çıkmışsa, bu eylemi bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı sonucuna varılabilir.

2. Kusur Türleri

Haksız fiil sorumluluğunda kusurun kast ve ihmâl olmak üzere iki türü vardır. Ceza hukukunda eylemin suç teşkil edebilmesi için failin kural olarak kastla hareket etmiş olması gerektiği halde, haksız fiilin gerçekleşmesi bakımından kusurun türü kural olarak önemli değildir. Tazminat sorumluluğunun doğması için, en hafif ihmâl dahi yeterlidir. Kusurun derecesi, tazminat sorumluluğunun doğması bakımından değil, tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önemlidir²⁹.

a. Kast

Kast, failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareket etmiş olmasıdır. Kastın hukuka aykırı sonucu bilme (önceden görme, tasavvur etme) ve isteme (irade) olmak üzere iki unsuru vardır. Burada hukuk düzeni tarafından kınanan, failin hukuka aykırı bir sonuç olan zararı meydana getirmeye yönelik iradesidir³⁰.

Kast doktrinde salt zarar verme kastı, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere üç türe ayrılmaktadır. Salt zarar verme kastında (özel kast), fail, zararlı sonucu doğrudan istemekte ve zarar verici fiili zarar verme amacı ile gerçekleştirmektedir. Örneğin, bir kişi hasmına zarar verme arzusuyla onun dükkânının vitrin camını taş atarak kırıldığında, vitrin camının kırılması (zararlı sonuç) bakımından salt zarar verme kastıyla hareket etmiş olur³¹. Doğrudan kastta (basit kast), fail, zararlı sonucu bilerek isteyerek hareket etmekte, ancak bu sonucu doğrudan amaçlamamakta, zarar veren davranışı amacına ulaşmak için araç olarak

²⁴ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 179 vd.; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 77; Werro (n 4) 63 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2009) N 22.03; Eren (n 4) 656 vd.; Gümüş (n 14) 448.

²⁵ Kişi TMK m. 13'te sayılan nedenler dışında kalan bir nedenle örneğin aşırı hırs veya aşırı öfke nedeniyle akla uygun davranma yeteneğini kaybetmişse, medeni hukuk bakımından onun ayırt etme gücü vardır. Henri Deschenaux ve Paul-Henri Steinauer, *Personnes physiques et tutelle* (2. éd., Editions Stämpfli 1986) 23 vd.; Andreas Bucher, *Personnes physiques et protection de la personnalité* (Editions Helbing u. Lichtenhahn 1985) 33; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2014) 55 vd.

²⁶ Örneğin (A), (B)'yi bıçaklamanın (B)'nin yaralanmasına, zarar görmesine yol açacak bir davranış olduğunu kavrayamıyorsa, yani sağlıklı bir irade oluşturamıyorsa, (A)'nın akla uygun davranma yeteneği yoktur.

²⁷ Örneğin (A), (B)'yi bıçaklamanın (B)'ye zarar verecek yanlış bir davranış olduğunu kavrayabilmekle birlikte (C)'nin tesirlerine karşı koyabilecek psikolojik yeterliliği olmadığı için (C)'nin talimatı ile istemediği halde (B)'yi bıçaklıyorsa, yani iradesine uygun davranamıyorsa, bu durumda da (A)'nın akla uygun davranma yeteneği yoktur. İdrak ve irade unsurları hakkında bkz. Deschenaux ve Steinauer (n 25) 22; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 25) 52 vd.; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2022) 57 vd.

²⁸ Oftinger ve Stark (n 2) 222; Bucher (n 25) 35; Nicholas Queloz ve Patricia Meylan, "Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison" in Rumo Jungo Alexandra, Pichonnaz Pascal, Hürlimann Bettina ve Fountoulakis Christiana (eds) *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli Verlag 2013) 131, 136; Dural ve Ögüz (n 27) 60; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 25) 58 vd.; V. Umut Erkan ve İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü" [2011] 60 (3) AÜHFD 485, 494.

²⁹ Werro (n 4) 69; Arslan (n 13) 322; Baysal (n 16) 70. Ceza hukuku alanında kast-taksir ayrımı ön plânda olduğu halde, haksız fiil alanında tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından temel ayrım ağır kusur-hafif kusur ayrımıdır. Kast ve ağır ihmâl ağır kusur teşkil ederken, hafif ihmâl ise hafif kusur teşkil eder. Oğuzman ve Öz (n 13) 59.

³⁰ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 192; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 82; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 80; Roberto (14) N 235; Werro (n 4) 70; Eren (n 4) 659; Tandoğan (n 1) 46; Selâhattin S. Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993) 493; Atamer (n 22) 31.

³¹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 193; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 67; Kadir Berk Kapanıcı, *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kastan Verilen Zararın Tazmini* (TBK 49 II) (Vedat Kitapçılık 2016) 28.

kullanılmaktadır. Örneğin, bir hırsız, kuyumcunun vitrin camını vitrindeki altınları çalmak için kırdığında, vitrin camının kırılması (zararlı sonuç) bakımından doğrudan kastla hareket etmiş olur³². Dolaylı kastta (olası kast) ise, fail zararlı sonucu bilmekle birlikte bu sonucu doğrudan istememekte, ancak sonucu göze alarak hareket etmektedir. Örneğin, arkadaşı ile yarış yapan motosiklet sürücüsü, son sürat girdiği kalabalık sokakta bir yayaya çarparak yaralamışsa, dolaylı kastla hareket etmiştir³³. Kastın türünün tazminat hukuku alanında meydana gelecek sonuçlar bakımından bir önemi yoktur. Failin salt zarar verme kastıyla (özel kast) veya doğrudan kastla (basit kast) hareket etmiş olması failin haksız fiil niteliği taşıması bakımından bir fark yaratmaz. Zira hukuka aykırı fiillerden kaynaklanan zararlarda tazminat sorumluluğunun doğması bakımından failin güttüğü saik, yani özel kastla hareket etmiş olup olmaması önem taşımaz³⁴.

b. İhmal

Fail, zararlı sonucu istememekle birlikte, bu sonucun meydana gelmemesi için somut olayın koşulları dâhilinde gösterilmesi gerekli olan özeni göstermemişse, ihmal ile hareket etmiştir. İhmalde, fail, öngörülebilecek bir zararın meydana gelmesine özen eksikliği sonucu yol açtığı için davranış tarzı hukuk düzeni tarafından kınanmaktadır³⁵. Medenî hukuk alanında hâkim olan objektifleştirilmiş kusur anlayışı çerçevesinde, fail, somut olayın koşulları altında ortalama, makul bir kişiden beklenen özeni sergilememişse, ihmalin bulunduğu kabul edilir³⁶. Bu kusur anlayışı failin üzüntü, yorgunluk, yetenek veya fikrî eksikliği gibi bireysel mazeretlerini dikkate almaması, makul ortalama bir tipin (örnek tipin) davranışını esas alması bakımından objektiftir. Fail elinden gelen her türlü iradî çabayı göstermiş olsa dahi, davranışı örnek tipin göstermesi beklenen davranışın altında kalıyorsa kusurludur. Ancak her faile aynı biçimde uygulanacak mutlak surette objektif bir ölçüt de söz konusu değildir. Zira, davranışı ölçü kabul edilecek ortalama örnek tip belirlenirken failin yaşı, cinsiyeti, eğitim ve meslek durumu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır³⁷. Örneğin, 12 yaşında bir öğrenciden beklenen özen ile 40 yaşında bir mühendisten beklenen özenin ölçüsü aynı değildir. Öte yandan, uzmanlık gerektiren mesleklerde kişiden beklenen özenin derecesi daha yüksektir. Örneğin, uzman hekimden beklenen özenin derecesi pratisyen hekimden beklenen özene nazaran daha yüksektir. Failin bilgi, yetenek, zekâ düzeyi ortalama örnek tipten daha üst düzeyde ise, artık özen ölçüsünün belirlenmesinde örnek tipin değil, failin özellikleri dikkate alınır. Zira failin üstün yetenekleri sayesinde sorumluluktan kurtulmasına cevaz verilemez³⁸.

Kusurun ve bu kapsamda ihmalin/taksirin değerlendirilmesi bakımından ceza hukukunda sübjektif kusur anlayışı hâkimken, medenî hukuk alanında objektifleştirilmiş kusur anlayışı hâkimdir³⁹. Bu nedenle, ceza yargılamasında kusurlu bulunmayan bir fail, medenî yargılamada kusurlu bulunabilir⁴⁰.

Medenî hukuk uygulamasında ihmal, ceza hukukundan farklı olarak, bilinçli olup olmamasına göre değil, ağırlığına göre ayrıma tâbi tutulmaktadır⁴¹. Ağır ihmal, failin zarar veren fiili işlerken aynı koşullar altında her makul insanın alması beklenebilecek en basit önlemleri almamış olmasıdır⁴². Örneğin, hekimin prematüre doğan bebeğin göz muayenesinin gecikmesine neden olarak bebekte görme kaybına yol açması, somut olaya göre ağır ihmal teşkil edebilir⁴³. Ağır ihmal ve özellikle ağır ihmalin nitelikli bir türü olarak da değerlendirilebilecek olan bilinçli ihmal ile dolaylı (olası) kastın ayırt edilmesi güçlük arz edebilir. Bu noktada, failin göze aldığı başkasına zarar verme olasılığı yüksek ise dolaylı kastın, düşük ise bilinçli ihmalin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁴. Ancak medenî hukuk alanında kural olarak kusurun her derecesi tazminat sorumluluğuna yol açtığından, bu ayrımın yapılması ceza hukukundan farklı olarak tazminat sorumluluğunun doğumu bakımından büyük önem arz etmez⁴⁵.

Hafif ihmal, failin ancak dikkatli kişilerden beklenebilecek özeni göstermemiş olmasıdır⁴⁶. Özellikle küçüklerin ayırt etme güçleri bulunduğu için tazminat sorumluluklarının doğduğu durumlarda, yaş küçüklüğü ihmallerinin hafif ihmal olarak değerlendirilmesine yol açabilir⁴⁷.

³² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 194; Eren (n 4) 659; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 67.

³³ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 195; Eren (n 4) 659; Gümüş (n 14) 450; Baysal (n 16) 67.

³⁴ Gümüş (n 14) 449 vd.. Ahlâka aykırı fiilden doğan zararda tazminat sorumluluğunun doğması bakımından (TBK m. 49 f. 2) özel kastın gerekli olup olmadığı hakkındaki tartışmalar için bkz. Kapancı (n 31) 28 vd.

³⁵ Atamer (n 22) 31; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 494.

³⁶ Werro (n 4) 70; OFK-Fischer/Böhme/Gähwiler (n 12) Art 41 N 82; Roberto (n 14) N 220; Deschenaux ve Tercier (n 1) 83; Eren (n 4) 661; Baysal (n 16) 68.

³⁷ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 172; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 79; Roberto (n 14) N 221; Deschenaux ve Tercier (n 1) 83; Eren (n 4) 661 vd.; Atamer (n 22) 31.

³⁸ Eren (n 4) 663; Gümüş (n 14) 452.

³⁹ Oftinger/Stark (n 2) 226; Werro (n 4) 63; Koçhisarlıoğlu (n 14) 79; Eren (n 4) 661; Gümüş (n 14) 451.

⁴⁰ Bu konuda bkz. aşağıda II.F.

⁴¹ Medenî hukuk alanında bilinçli-bilinçsiz ihmal ayrımı uygulamada başvurulmayan, teorik bir ayırım teşkil etmektedir. Bilinçli ihmal, failin zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalini öngördüğü halde bunun gerçekleşmeyeceği ümidiyle bu sonucun gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamış olmasıdır. Bilinçsiz ihmal ise, failin zararlı sonucu öngörmemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini engellemek için gerekli özeni göstermemiş olmasıdır. BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a; Eren (n 4) 665 vd.; Baysal (n 16) 69.

⁴² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a; Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 82; Eren (n 4) 665; Baysal (n 16) 70.

⁴³ Yargıtay'ın bu yönde bir kararı için bkz. Yarg. 3. HD. 2021/7475 E., 2022/3191 K., 5.04.2022 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

⁴⁴ Oğuzman ve Öz (n 13) 59; Gümüş (n 14) 450.

⁴⁵ Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 83; Gümüş (n 14) 449; Baysal (n 16) 70.

⁴⁶ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 199; Eren (n 4) 665; Baysal (n 16) 70. Buna karşılık, kanunun sorumluluğun doğumu için ihmal derecesinde kusuru yeterli görmeyip özel olarak kasta sonuç bağladığı istisnaî durumlarda (örneğin, TBK m. 49 f. 2), bu ayırım tazminat sorumluluğu açısından da önem kazanır. Oğuzman ve Öz (n 13) 59; Baysal (n 16) 67.

⁴⁷ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 183a; Baysal (n 16) 70. Bu yönde: BGE 111 II 89 <www.swisslex.ch> E.T. 15.9.2023.

B. Suç Bakımından

1. Kusurluluk Kavramı ve Ceza Hukunda Kusurluluğu Farklı Şekillerde Ele Alan Yaklaşımlar

Gerek kast gerekse taksirin suç teorisi içerisindeki yeri tartışmalı olup, bu unsurun hangi başlık altında inceleneceği benimsenen suç teorisine göre farklılık göstermektedir⁴⁸. Suçun unsurları üzerinde tartışmaların yürütülmesi ve bir takım teorilerin ortaya çıkması uzun zamana yayılan bilimsel gelişmelerin sonucudur. Ancak suçun unsurları, unsurların kapsamı hem benimsenen teoriler hem de yazarların yaklaşımları bağlamında değişmektedir.⁴⁹ Yazarlar, yetiştikleri ekol, bildikleri yabancı dil ve bu bağlamda hakim olabildikleri akademik yazın doğrultusunda bu konudaki seçimlerini yapmaktadır. Bu noktada seçilenin özünde bir inceleme yöntemi olduğunun ve cezai sorumluluk bağlamında varılan sonuçların geçtiğimiz iki yüzyılda ortaya konulan teorilerin somut olaylara uygulanmasından ibaret olmadığına da unutulmaması gerekir. Zira bu teorilerle her ne sonuca varılırsa varılsın, bu sonuçlar Anayasa'da koruma altına alınan ceza sorumluluğuna ilişkin temel esaslara ve bu bağlamda gelişen ceza hukuku ilkelerine uygun olmalıdır. Bu nedenle suç teorisi konusunda yazarların yaptığı seçimler, ön kabüllere göre değil, ancak varılan sonuçların kendi içerisindeki tutarlılığına ve ceza sorumluluğunun temel ilkelerine uygunluğuna göre değerlendirilebilir. Temelde bu farklılar suçun daha iyi anlaşılabilmesine hizmet eden bir zenginliktir.⁵⁰ Bu bağlamda ortaya çıkan farklılıklar, akademik tartışma ve özgür düşüncenin bir gereğidir.

Ceza hukukunda kusurluluğu açıklama konusunda psikolojik (tabiatçı) anlayış ve kusurluluğun normatif (kuralcı) anlayışı olmak üzere iki ana teori ileri sürülmüştür. Zaman içerisinde normatif teoriler kendi içerisinde çeşitlenmiştir (bütüncül kusur teorisi, amaççı kusur teorisi, eylemden doğan sorumluluk teorisi, sosyal kusur teorisi, çifte fonksiyona dayalı kusur teorisi, etkileşime dayalı kusur teorisi gibi)⁵¹.

Psikolojik (tabiatçı) anlayış adı verilen 19. yüzyılın ikinci yarısında ceza hukukuna hâkim olan geleneksel anlayışa göre, kusurluluk fiil ve fail arasındaki bir psikik bağdan ibarettir⁵². Bu teori nedensel hareket teorisini esas almaktadır.⁵³ Bu anlayış iradenin faile yüklenen bir ödevle çatışması gerekliliğini göz ardı etmesi sebebiyle eleştirilmiştir. Bu çalışmanın planını esas aldığı klasik suç teorisi de bu anlayışı esas almaktadır.

Bu anlayışın sonrasında ortaya çıkan neo klasik suç anlayışı, psikolojik kusur anlayışının yerine normatif kusur kavramını yerleştirmiştir. Bunun temel tarihsel nedenlerinden biri sanayi toplumuyla birlikte taksirli suçların önem kazanması ve psikolojik anlayışın taksirli suçları açıklamakta yetersiz kalmasıdır.⁵⁴ Normatif anlayışı savunanlar, bu eksikliği gidererek kusurluluğu süjenin iradesiyle norm arasındaki çatışmaya dayandırmışlardır⁵⁵.

Aşağıda kusurluluğun türleri incelenirken görüleceği üzere, her iki anlayışın da eksik ve güçlü yanları vardır. Kasıtlı suçlarda psikolojik anlayış, taksirli suçlarda ise normatif anlayış kaçınılmaz olarak öne çıkmaktadır. Zira kasıtlı suçlarda fail hukuken yasaklanan bir fiili istediği ve onu bilinçli olarak gerçekleştirdiği gerekçesiyle kınanırken, taksirli suçlarda gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü göstermediği için kınanmaktadır⁵⁶. Buradaki dikkat ve özenin kaynağı bir norm veya hayat tecrübesiyle şekillenen bir davranış kuralıdır.

Burada öncelikle klasik suç teorisi sonrasında ortaya çıkan neo klasik suç teorilerinin Türk ceza hukukunda kusur kavramının ele alınışına etkilerinden çalışmanın amacına sadık kalarak kısaca bahsetmek istiyoruz:

Ceza hukukunda bir anlayış, kusurluluğun suçun unsuru değil failin işlediği fiile ilişkin olarak verilen bir değer yargısı olduğu yönündedir. Bu anlayış uyarınca konu bireysel isnadiyetle ilgilidir⁵⁷. Bu görüş uyarınca kast ve taksir suçun unsurları arasında tipiklik unsurunun altında incelenir ve bunlar kusurluluğun değil, manevi unsurun türleridir⁵⁸. Bu düşüncede klasik öğretinin isnat yeteneği olarak adlandırdığı kavram kusur yeteneği olarak adlandırılmakta ve kusurluluk başlığı altında kusurluluğun şartları, kusurluluğu kaldıran nedenler ve haksızlık bilinci (yanılgısı) ele alınmaktadır. Bu yaklaşım geniş anlamda kusurluluk olarak da adlandırılabilir ve kişinin cezai sorumluluğu olmasıyla ilgili tüm şartları kapsamına alır⁵⁹.

⁴⁸ Koca ve Üzülmöz (n 3) 148.

⁴⁹ M. Emin Artuk ve Ahmet Gökçen ve M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 265.

⁵⁰ Hakan Karakehya ve Asena Kamer Usluadam, "Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Sucun Manevi Unsuru Bağlamında Suc Genel Teorisine İlişkin Görüşler", [2015] 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 3.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020) 125-250.

⁵² Bkz. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (25. Bası, Savaş Yayınevi 2019) 202; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (9. Bası, Us-A Yayınevi 2021) 243; Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Bası, Sevinç Matbaası Yayınevi 1970) 135; Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (1. Bası, Beta Yayınevi 1985) 226; Kayıhan İçel ve İzzet Özgenç ve Adem Sözüer ve Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, Suç Teorisi (1. Bası, Beta Yayınevi 1999) 206.

⁵³ Meraklı (n 51) 122.

⁵⁴ Cengiz Apaydın, Ceza Hukukunda Kusurluluk, (Seçkin Yayınevi 2018) 46. Psikolojik kusur teorisine ilişkin ayrıntılı eleştiriler için bkz Meraklı (n 51) 122-125.

⁵⁵ Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Bası, Beta Yayınevi 2020) 363; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 208.

⁵⁶ Toroslu ve Toroslu (n 52) 203; Hafizoğulları ve Özen (n 52) 244; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 210; Karakehya ve Usluadam (n 50) 9.

⁵⁷ Bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Bası, Adalet Yayınevi 2021) 614-622; Özgenç (n 3) 454 vd; Meraklı (n 51) 128; Koca ve Üzülmöz (n 3) 88., 314.

⁵⁸ Bkz. Akbulut (n 57), 440 vd; Koca ve Üzülmöz (n 3) 146; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 391 vd; Özgenç (n 3) 231.

⁵⁹ Kayıhan İçel ve İzzet Özgenç ve Adem Sözüer ve Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, Suç Teorisi (1. Bası, Beta Yayınevi 1999) 210 ve 211; Hale Akdağ, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler (1. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 30; Akbulut (n 57) 619; Koca ve Üzülmöz (n 3) 89, 314.

Türk öğretisinde kusurlulukla suçun manevi unsurunun tipiklik içerisinde incelenmesi, 1930'lu yıllarda Welzel tarafından Almanya'da ortaya konulan finalist suç teorisinin yansımasıdır. Bugün bu teori Alman hukuk doktrininde hareket teorileri içerisinde günümüzde baskın görüş değildir.⁶⁰ Buna karşın kastın suç teorisi içerisinde tipik manevi unsur olarak ele alınması bakımından ortaya çıkan etkisini, hala baskın görüş olarak devam ettirmektedir.⁶¹

Klasik suç teorisi, hareketi belirli bir neticeye sebep olmakla sınırlı görmektedir. Oysa finalist teoriye göre insan davranışının (filin), en belirgin özelliği onun belirli bir amaca yönelmiş olmasıdır. Bu nedenle fiil sadece nedensel değil; aynı zamanda sonuca yönelik (finalist) olarak da gerçekleştirilir. Finalist davranış, amacın güdümlü olduğu etkilerin bilincini de bünyesinde barındırır.⁶²

Alman öğretilerinde hakim görüş günümüzde çifte fonksiyona dayalı kusur teorisidir ve bu teori uyarınca kast ve taksir bir yönüyle tipikliği unsurlarıyla aynı zamanda kusur alanında da bir işleve sahiptir.⁶³ Türkiye'de de İzmir ekolünden kusurluluğu bu şekilde inceleyen, benimseyen temsilciler çıkmıştır.⁶⁴

Bu çalışmanın amacı son derece karmaşık tartışmaları bünyesinde barındıran bu konuları ele almak değil, medeni hukukla ceza hukuku bağlamında haksız fiil ve suç yönünden olabildiğince net ve karşılaştırılabilir bir görünüm ortaya koymaktır. Bu nedenle suç teorisine ilişkin ayrıntılı tartışmalar bu çalışmanın konusu değildir ve inceleme yöntemi konusunda bir seçim yapılarak ılerlenmesi zorunludur. Klasik öğretilerde suçun manevi unsuru, subjektif unsur ve kusurluluk kavramlarını birbirleriyle aynı anlama gelmek üzerine kullanan yazarlara da rastlanmaktadır.⁶⁵ Yukarıda özel hukuk bağlamında verilen bilgilere bakıldığında, özel hukuktaki yaklaşımın da sistematik açısından ceza hukukundaki bu düşünce biçimine yakın olduğu görülmektedir. Farklı iki alandan iki yazarı olan bu makalede ortaya karşılaştırılabilir bir bütün koymanın yolu, inceleme konusunda benzer yöntemler seçmekten geçmektedir. Bu bağlamda benimsediğimiz klasik suç öğretisi anlayışı uyarınca suçun manevi unsurunu teşkil eden kast ve taksir kavramlarını, kusurluluğun birer şekli olarak ele alacağız.

Hangi anlayış benimsenirse benimsensin, kusur ahlakî değil, hukuki bir kavramdır ve bu temele uygun şekilde yorumlanmalıdır.⁶⁶ Ceza hukukunda kusur mahkeme tarafından tespit edilir, ahlakî kusurun yargılama yeri ise bireylerin vicdanıdır.⁶⁷

2. Anayasal Teminat Altında Bir İlke: Kusursuz Suç Olmaz

Tarihsel olarak bakıldığında ceza sorumluluğu başkasının fiilinden sorumluluk, objektif sorumluluk ve kusurlu sorumluluk şeklinde bir gelişim izlemiştir.⁶⁸ Aydınlanma dönemi ile birlikte kusursuz suç olmaz kuralı Avrupa ceza kanunlarında yer bulmaya başlamıştır.⁶⁹ Ceza sorumluluğunun şahsi ve dolayısıyla kusurlu olması gerekliliği, uygarlığın hukuk alanında ulaştığı önemli bir aşama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷⁰

Kusursuz suç olmaması ve devamında ortaya çıkan kimsenin düşüncesinden dolayı cezalandırılmaması ilkeleri bugün modern ceza hukukunun üzerine yerleştiği iki temel sütundur.⁷¹ Böylelikle bireylerin icra hareketi aşamasına geçmemiş olan ve/veya kusursuz davranışlardan dolayı cezalandırılmalarının önüne geçilmektedir. Öte yandan bu iki ilke arasında kurulan denge ve zamanın şartlarının bu denge üzerindeki etkileri, o zamanın ceza hukukunun ayırıcı ve karakteristik niteliğini oluşturur.⁷²

Anayasa'da ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesine yer verilmemiştir. Ancak anayasal teminat altında olan iki temel ilke olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçsuzluk karinesi⁷³, kusursuz suç olmaz ilkesini iki koldan koruma altına almaktadır.

⁶⁰ Meraklı (n 51) 183.

⁶¹ Kareakehya ve Usluadam (n 50) 16; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 269; Meraklı (n 51) 145, 155.

⁶² Kareakehya ve Usluadam (n 50) 16.

⁶³ Bkz. Meraklı (n 51) 184; Akbulut (n 57) 616.

⁶⁴ Bkz. Meraklı (n 51) 185; Veli Özer Özbek ve Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku - Genel Hükümler (13. Bası, Seçkin Yayınevi 2022) 365.

⁶⁵ Toroslu ve Toroslu (n 52) 201; Hafizoğulları ve Özen (n 52) 240; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 368; Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 359 vd. Bu kullanımı benimsemeyen ancak ayrıntılı bilgi veren yazarlar için bkz. Koca ve Üzülmöz (n 3) 149.

⁶⁶ Akbulut (n 57) 616; Koca ve Üzülmöz (n 3) 314; Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 361.

⁶⁷ Önder (n 52) 227.

⁶⁸ Giorgio Marinucci ve Emilio Dolcini, Manuale di diritto penale (3. Bası, Giuffrè Editore 2009) 271; Toroslu ve Toroslu (n 52) 198.

⁶⁹ Demirbaş (n 65) 368.

⁷⁰ Marinucci ve Dolcini (n 68) 271.

⁷¹ Alacakaptan (n 52) 136; Sulhi Dönmezer ve Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt-2 (12. Bası, Beta Yayınevi 1999) 200.

⁷² Dönmezer ve Erman (n 71) 198-200; Alacakaptan (n 52) 136.

⁷³ Suçsuzluk karinesi bağlamında ilişki için bkz. Merle ve Vitu, (n 13) 661.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede “... fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” ibaresi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi de hem somut norm denetiminde⁷⁴ hem de bireysel başvurudaki⁷⁵ pek çok kararında gerekçeye gönderme yaparak ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesinin, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinden doğan, hem suçlar hem de kabahatler bakımından geçerli bir teminat olduğunu vurgulamıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi de 13 Aralık 1988 tarih ve 1085 sayılı kararında, İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 27/1. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin kuralın, ceza sorumluluğunun kusurluluğu ilkesini de kapsadığını ve objektif sorumluluğun anayasaya aykırı olduğunu içtihat etmiştir⁷⁶. Alman Anayasa Mahkemesi ve Alman öğretisi tarafından da aynı görüş benimsenmektedir⁷⁷.

Suçsuzluk karinesi esas olarak bireylerin ceza yargılanmasının sonuna kadar, suçlu sayılmamalarını gerektirir. Bu karine romantik bir varsayım değil, bünyesinde önemli teminatlar barındıran AİHS'nin ve Anayasa'nın güvencesi altındaki bir haklar bütünüdür. Bu haklardan biri, ceza hukukunda suç isnadı altındaki kişiler hakkında aksi ispat edilemez karinelere başvurulmasının yasak olmasıdır. Zira bu tür karineler bireylerin suçlu olmadıklarını ileri sürme imkânlarını ellerinden alarak, dolaylı yoldan objektif sorumluluğa yol açar. Kişinin kusurlu olduğu akla yatkın şüphenin gerekçeli olarak yenilmesi suretiyle olacak şekilde ispatlanmalı ve bu ispat varsayımlara dayanmamalıdır⁷⁸. Zira modern ceza hukukunda objektif sorumluluğa yer yoktur.

Anayasa'nın 38. maddesinde suçlar ve kabahatler arasında bir ayırım yapılmadığından her iki kategori de bu esaslara tabidir. Ancak suçlarda TCK'nın 21. maddesi uyarınca kural kastla sorumluluktur. Taksir ise ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılır (TCK m. 22). Buna karşın kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir (Kabahatler Kanunu m. 9). Burada önemli olan, taksirle objektif sorumluluk arasındaki sınırın doğru çizilmesidir ki uygulamada en büyük güçlük bu noktada yaşanmaktadır. Aşağıda karşılaştırma yapılırken ele alınacak olan bu konu, özel hukukla ceza hukuku arasındaki ilişki bakımından da büyük önem arz etmektedir.

3. Kusurluluğun (manevi unsurun) türleri

a. Kast

TCK'nın 22/1. maddesinde “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Kast bilme ve isteme olmak üzere iki temel unsurdan oluşmaktadır. Fail somut fiilin tüm unsurlarını bilmelidir⁷⁹. Suçun nitelikli şekilleri bakımından da bu kural geçerlidir⁸⁰.

22/2. maddede “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*” tanımı yer almaktadır.

Olası kastı, genel kasttan ayıran şey, failin neticeyi öngörmüş olmasına rağmen, kayıtsız kalmış olması ve adeta neticeyi kabullenmesidir⁸¹. İki kurum arasında bilme düzeyinde bir yoğunluk farkı bulunmakla beraber konu esas olarak isteme unsuruyla ilgilidir⁸².

Kanun tarafından failin, suçun tamamlanması için zorunlu olmayan dolayısıyla suç teşkil eden davranışın dışında olan “özel bir amaçla” hareket etmesini aradığı hâllerde özel kast söz konusu olmaktadır⁸³. Bu hâllerde failin amacı tipik maddi file değil,

⁷⁴ “İtiraz konusu kuralda yaptırım uygulanacak kişiler araç sürücüsü (yolcu taşıyan kişi) ve araç sahibidir. Kuralda araç sürücüsü açısından sorumluluk, kendi kusurlu fiilinden kaynaklanmakta olup bu kişiler ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılan araçta yasal izin ve ruhsatlarının bulunup bulunmadığını bilebilecek ve kontrol edebilecek durumdadır. Bu nedenle yolcu taşıyan kişi (araç sürücüsü) açısından Anayasa'nın 38. maddesine bir aykırılık bulunmamaktadır. Ancak itiraz konusu kuralda araç sahibi açısından sorumluluk, objektif sorumluluk esas benimsenerek düzenlenmiştir. Kuralda, ilgili belediyeden alınması gereken izin veya ruhsatı olmaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapıldığının tespit edildiği durumlarda araç sürücüsü, aynı zamanda araç sahibi değilse, araç sahibine de aynı miktar için ceza tutanağı düzenleneceği belirtilmekte, araç sahibi olan kişinin, kusurunun bulunup bulunmadığı, belgesiz olarak ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılmasına izin verip vermediği değerlendirilmeden idare tarafından yaptırım uygulanmaktadır. Bu durum ise işlemediği bir fiilden dolayı araç sahibine yaptırım uygulanmasına neden olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla, alınması gereken izin veya ruhsatı olmaksızın ticari amaçlı yolcu taşımacılığı yapılması ve sürücünün araç sahibi olmaması hâlinde tescil plakası sahiplerine sadece ruhsat sahibi olmaları nedeniyle yaptırım uygulanması cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.” Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E.2014/20, K.2014/28, 11/02/2014. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E. 2019/47, K. 2021/16, T. 04.03.2021, § 84; Anayasa Mahkemesi (norm denetimi), E.2022/13, K.2022/66, T. 01/06/2022, § 16.

⁷⁵ “Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve feri failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, “fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.”

⁷⁶ Bkz. Marinucci ve Dolcini (n 68) 269 ve 271.

⁷⁷ Meraklı (n 53) 71.

⁷⁸ Silvia Buzelli ve Roberta Casiraghi ve Fabia Cassibba ve Paola Concolino ve Luca Pressacco, ‘Diritto a un equo processo’ in Giulio Ubertis ve Francesco Viganò (eds), Corte di Strasburgo e giustizia penale (1. Bası, Giappichelli Editore 2016) 161; Giulio Ubertis, Principi di procedura penale europea (2. Bası, Cortina Editore 2009) 93.

⁷⁹ Marinucci ve Dolcini (n 68) 274.

⁸⁰ Özgenç (n 3) 238.

⁸¹ Marinucci ve Dolcini (n 68) 280 ve 281; Toroslu ve Toroslu (n 52) 223; Demirbaş (n 65) 410; Alacakaptan (n 52) 144; Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 374.

⁸² Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 409.

⁸³ Marinucci ve Dolcini (n 68) 279; Demirbaş (n 65) 409.

manevi unsura dâhil olduğundan, suçun tamamlanması için amacın gerçekleşmiş olması şart değildir⁸⁴. Bu ayırım, birbirine benzeyen suçların ayrılması bakımından önem taşımaktadır⁸⁵.

Olası kast halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir. (TCK m. 22/3).

b. Taksir

Taksir tarihsel olarak uzun süre kast kavramının gölgesinde kalmış, zamanla sanayileşmenin ve kişilerin yaşam ve sağlıkları bakımından tehlikeli olabilecek faaliyetlerin artmasıyla önem kazanmıştır⁸⁶. Taksirli suçlar ancak açıkça belirtilen hallerde cezalandırılır (TCK m. 22/1)⁸⁷. TCK'nın 22/2.maddesinde taksir, "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın 22/3. maddesinde ise bilinçli taksir "*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halî*" olarak tanımlanmıştır. Bilinçli taksir halinde ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

Bilinçli taksir ile olası kast birbirine oldukça yakın ve zaman zaman somut olayda karışması muhtemel iki kavramdır. Kanun metninden açıkça anlaşılmayan ve Kanun'un gerekçesindeki açıklamalarla netleştirilmeye çalışılan bu fark, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği zamandan bu yana öğretinin tartıştığı bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁸.

Bilinçli taksiri olası kasttan ayıran şey failin neticenin gerçekleşmesini istememesi ve bunu göze almamasıdır⁸⁹. Ancak neticenin öngörüldüğü her durumda bilinçli taksirden söz edilemez. Zira basit taksirde de neticenin öngörülebilir olması şarttır⁹⁰. Aksi takdirde kişiye öngöremeyeceği bir neticenin sorumluluğu yüklenir ki bu da objektif sorumluluk anlamına gelir.

Bilinçli taksiri olası kasttan ayırmak için yükümlülüklerine aykırı şekilde güven beslemek⁹¹, yeteneklerine güvenmek, neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmek gibi ölçütler ileri sürülmektedir. Bu noktada kullanılan bir diğer ölçüt Frank formülüdür. Buna göre, fail öyle ya da böyle hareketi gerçekleştirecekti denilebiliyorsa olası kast, fail neticenin gerçekleşeceğini bilseydi hareketi yapmaktan vazgeçerdi denilebiliyorsa bilinçli taksir söz konusudur⁹².

Taksirin unsurları fiilin istenmemiş olması, davranış kurallarının ihlali ve davranış kurallarına uymamanın faile isnat edilebilmesidir. Davranış kuralları yazılı olabileceği gibi (özel taksir), genel ve bilimsel-teknik tecrübenin bir ürünü ve yazısız da olabilir (genel taksir)⁹³. Bu normlar zararlı neticeyi önlemeye yönelik normlardır⁹⁴.

Yazılı davranış kurallarına uymama halinde kuralın zararlı sonucu önlemeye yönelik bir tedbiri içerip içermediğine bakmak gerekir. Eğer kural bu tedbiri içeriyorsa ve fail buna uymadıysa taksirlidir⁹⁵. Öte yandan bu tür örneklerde, meşru davranışın yararsızlığının nedensellik bağıni ortadan kaldırmadığını gözden kaçırmamak gerekir⁹⁶. Fail kurala uysaydı dahi, sonuç her şekilde gerçekleşecekse, cezai sorumluluktan söz edilemez zira bu objektif sorumluluk anlamına gelir.

Ceza hukukunda taksiri sübjektif (tamamen failin niteliklerine göre), objektif (objektif özen yükümlülüğüne göre) ele alan iki anlayışın yansırı, karma teori adı verilen, hem objektif kuralı dikkate alan hem de failin bireysel niteliklerini göz ardı etmeyen bir anlayış da vardır⁹⁷. Bu anlayış İtalyan öğretisinde taksirin ikili değerlendirilmesi teorisi (teoria della doppia misura) şeklinde adlandırılmaktadır⁹⁸. Alman öğretisini benimseyen yazarlarda ise bu anlayış kendisini taksirin çifte fonksiyonu öğretisi adıyla göstermektedir⁹⁹.

⁸⁴ Toroslu ve Toroslu (n 52) 198.

⁸⁵ Demirbaş (n 65) 409.

⁸⁶ Sami Selçuk, Suç Genel Kuramı (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 64.

⁸⁷ İtalyan hukuku bakımından aynı yönde bkz. Marinucci ve Dolcini (n 68) 273.

⁸⁸ Tartışmalar için bkz. Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 378 ve 379; Akbulut (n 49) 459. Özgenç bu noktada öğretinin büyük çoğunluğundan ayrılmakta, bilinçli taksirin klasik suç teorisinin bilme ve istemeye dayalı kast anlayışına dayandığı, istemenin kastın bir unsuru olmadığı düşüncesiyle bilinçli taksir kavramına karşı çıkmaktadır. Bkz. Özgenç (n 3) 290-292.

⁸⁹ Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 377 ve 378.

⁹⁰ İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 255; Türkan Sancar ve Timuçin Köprülü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmalar (3. Bası, Savaş Yayınevi 2016) 271.

⁹¹ İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 252.

⁹² Ölçütler için bkz. Akbulut (n 49) 491 ve 492; Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 464.

⁹³ Toroslu ve Toroslu (n 52) 233-240; Stefano Canestrari, 'La Struttura Soggettiva Della Fattiespecie' in Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa (eds), Trattato di Diritto (Utet Giuridica 2013) 139 ve 140; Ferrando Mantovani, Diritto Penale Parte Generale (7. Bası, CEDAM 2011).341 ve 342.

⁹⁴ Toroslu ve Toroslu (n 52) 233-240.

⁹⁵ Roberto Garofoli, Manuale di diritto penale parte generale (3. Bası, Giuffrè Editore 2006) 557.

⁹⁶ Toroslu ve Toroslu (n 52) 153; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Bası, Beta Yayınevi 2015) 267.

⁹⁷ Garofoli (n 95) 549.

⁹⁸ Garofoli (n 95) 556.

⁹⁹ Bkz. Özbeke ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 494.

Sübjektif teorilerde model ajan ölçütüne başvurulmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar, her olay için tek bir model ajan ölçütü benimseniyordu (iyi bir aile babası, ortalama insan veya zamanının en ileri insanı vb.). Ancak toplum yaşamında insanın karşılaştığı sınırsız sayıdaki ve çeşitli tehlikeler bu kabulün haklı olmadığını ve birden fazla model ajan ölçütüne ihtiyaç olduğunu göstermiştir¹⁰⁰.

Öte yandan objektif özen yükümlülüğünü savunan yazarlar, bu yükümlülüğün belirlenmesinde failin kişisel özelliklerinin kural olarak dikkate alınmayacağı düşüncesini savunmaktadır¹⁰¹. Bu düşünce benimsendiği takdirde, nedensellik bağı dikkatle değerlendirilmeli¹⁰² ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini bertaraf eden ölçüsüz sonuçlara ulaşılmasından kaçınılmalıdır. Bu nedenle biz, failin yükümlülükleri genellenebilir belirgin bir sosyal gruba mensup olduğu hallerde daha objektif, konunun uzmanlık ve teknik bilgi gerektirdiği örnekler bakımından ise failin niteliklerini gözeterek görece sübjektif bir model ajan ölçütlerine başvurulmasını mümkün olduğunu düşünüyoruz. Kanımızca ceza sorumluluğunun kusurluluğu ve şahsiliği ilkelerini ihlal etmeden, hukuki güvenlik ilkesine uygun, öngörülebilir ve makul olan yol budur.

Fail, belirli bir sosyal gruba dâhil kabul edilebiliyorsa (örneğin araç sürücülerinin sahip olması gereken nitelikler görece daha somut ve genellenebilir niteliktedir), bu gruba giren insanların sahip olması gereken nitelikler ve tecrübe, taksirin belirlenmesi konusunda görece daha objektif ölçütler üzerinden değerlendirilebilir¹⁰³. Buna karşın konu, teknik içeriğe sahip olan tedbir kurallarına uyulması olduğunda, birden fazla model ajan ölçütüne başvurulması gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır¹⁰⁴. Bu hallerde model ajanın belirlenmesinde failin yaşı, mesleği, tecrübesi, uzmanlığı gibi içinde bulunduğu tüm şartlar göz önüne alınır. Bu aynı zamanda ceza sorumluluğunun şahsi ve kusura dayalı olmasının da bir gereğidir. Aksi takdirde, en ileri bilim ve tecrübenin esas alınması, süjelerin pek çoğu bu seviyeye ulaşabilir nitelikte olmadıklarından, aşırılığa ve objektif sorumluluğa yol açar¹⁰⁵. Dolayısıyla aynı meslek grubu içinde dahi birden fazla model ajan ölçütü oluşturulabilir. Bu nedenle kaçınılmaz olarak, ceza hukukunda taksir bakımından geçerli olan kusurluluk anlayışı medeni hukuka göre daha sübjektiftir. Failin şahsi becerileri, algılama gücü, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu şartlar itibarıyla, objektif olarak mevcut olan özen yükümlülüğünü öngörece ve buna uygun hareket edecek durumda olması gerekir¹⁰⁶.

İştirak ancak kasıtlı suçlarda mümkündür ancak taksirli suçlarda kişilerin gerek birlikte (örneğin bir ameliyatta birlikte çalışan doktorlar) gerek karşılıklı (birden fazla aracın ve sürücünün karıştığı bir trafik kazası) davranışları, aynı olayda birden fazla failin sorumlu tutulmasına yol açabilir¹⁰⁷. Burada her failin üstüne düşen yükümlülük farklılık gösterebileceğinden, her bir failin durumunun bireysel olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁸. Grup içerisinde diğerlerinin davranışlarını denetlemekle sorumlu olan kişiler ise, sorumlulukları çerçevesinde taksirli fiilden sorumlu olmaya devam eder¹⁰⁹.

Bu durumda TCK'nın 22/4. maddesi uyarınca ceza failin kusuruna göre belirlenir. Bu noktada failin taksirli hareketine mağdurun taksirli hareketinin de eklenmesi, failin kusurlu sayılmasını engellemez¹¹⁰. Ancak mağdurun hareketinin, failin taksirli hareketini anlamsız kılacak düzeye varması halinde, (örneğin fail hız sınırını ihlal ederek araba kullanırken, mağdurun yukarıdan arabanın önüne düşmesi ve failin hız sınırına uysaydı dahi durmasının mümkün olmaması) sorumsuzluk söz konusu olabilir.

II. KARŞILAŞTIRMA

A. Ceza Hukukunda Kusursuz Sorumluluk Hali Bulunmaması

Haksız fiil sorumluluğu alanında kural kusura dayalı sorumluluk olmakla birlikte, ceza hukukundan farklı olarak, istisnaî de olsa kusursuz sorumluluk halleri mevcuttur¹¹¹. Zira gelişen teknoloji ve günümüzün karmaşık sosyal ilişkiler ağı içinde meydana gelen zararlar bakımından kusurlu bir davranışın bulunup bulunmadığı, bulunuyorsa kimin kusurlu olduğunun belirlenmesi zor, hatta imkânsız olabilmekte; gerçekleşen zararların tazmininde kusur esaslı bazı durumlarda yetersiz kalmaktadır¹¹². Buna karşın ceza hukuku alanında anayasal teminat altındaki mutlak bir ilke olan "kusursuz suç olmaz" ilkesi geçerli olup, kusursuz sorumluluk yoktur¹¹³. Ancak ceza hukukunda özellikle taksirli suçlara ilişkin verilen kararlarda, taksirli sorumluluğun objektif sorumluluğa varacak şekilde kanunilik ilkesine aykırı biçimde yorumlandığı örneklerle rastlanmaktadır.

¹⁰⁰ Marinucci ve Dolcini (n 68) 298; Giovanni Fiandaca/ Enzo Musco, *Diritto Penale Parte Generale* (6. Bası, Zanichelli Editore 2009) 555; Garofoli (n 95) 554-556.

¹⁰¹ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 443 ve 444; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 258.

¹⁰² İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 259.

¹⁰³ Bkz. Canestrari (n 93) 140.

¹⁰⁴ Bkz. Canestrari (n 93) 141 ve 142.

¹⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu ve Toroslu (n 52) 236 ve 237.

¹⁰⁶ Özgenç (n 3) 274.

¹⁰⁷ Özgenç (n 3) 275; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 263.

¹⁰⁸ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 445; İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 265.

¹⁰⁹ Toroslu ve Toroslu (n 52) 238; Zafer (n 96) 265.

¹¹⁰ Özgenç (n 3) 275.

¹¹¹ Honsell, Isenring ve Kessler (n 13) 76; Etier ve Sträuli (n 4) 57; Tandoğan (n 1) 350; Kılıçoğlu (n 1) 194.

¹¹² Tandoğan (n 1) vd.; Eren (n 4) 568 vd.

¹¹³ Bkz. yukarıda I.B.2.

B. İsnat Yeteneğinin Koşullarının Ayırt Etme Gücünün Koşullarına Nazaran Daha Ağır Olması

Davranışın faile isnad edilebilmesi ceza hukuku bakımından failde isnat yeteneğinin bulunmasına, medenî hukuk alanında ise failin ayırt etme gücünün bulunmasına bağlıdır. İsnat yeteneğinin varlığı için aranan gereklilikler ayırt etme gücüne nazaran daha fazladır¹¹⁴. Cezaî sorumluluğun kabulünde hukukî sorumluluğa nazaran daha sıkı davranılmasının temelinde ceza yaptırımının kişiyi en kıymetli değerlerinden olan ve bir temel insan hakkı olan özgürlüğünden mahrum bırakması yatmaktadır¹¹⁵. İsnat yeteneğinin ayırt etme gücüne nazaran daha zor kabulünün nedeni de budur.

Kişilerin algılama yeteneklerinin ve aklî melekelerinin yaşla birlikte gelişim gösterdiğinde tereddüt yoktur. Ceza hukukunda isnat yeteneği belirli yaş kategorilerine göre tayin edilir ve isnat yeteneğinin kabulü için asgarî yaş gerekliliği vardır. Cezaî sorumlulukta isnat yeteneği bakımından alt sınır çocuklar için 12 yaşın (TCK m. 31), sağır ve dilsizler bakımından ise 15 yaşın (TCK m. 33) tamamlanması olarak belirlenmiştir. Medenî hukuk alanında da yaş küçüklüğü ayırt etme gücünün varlığını engelleyen bir hal teşkil edebilir (TMK m. 13). Ancak medenî hukuk alanında ayırt etme gücü yaş kategorilerine göre derecelendirilmediği gibi, ayırt etme gücünün hangi yaşta kazanılacağına ilişkin asgarî bir yaş sınırı da belirlenmemiştir¹¹⁶. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı belirli bir fiile ilişkin olarak ve somut olayın koşullarına göre değerlendirilir¹¹⁷. Örneğin, normal zekâda 10 yaşında bir çocuk evde bulunan silâhla komşunun çocuğuna ateş ettiğinde, bu davranış bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu, davranışının kusurlu olduğu ve doğan zarardan kendi malvarlığı ile sorumlu olacağı sonucuna varılabilir. Buna karşılık, fiili işleyen çocuğun asgarî yaş sınırına ulaşmadığı için isnat yeteneği ve buna bağlı olarak cezaî sorumluluğu bulunmamaktadır.

Ceza hukukunda ise fiilin niteliği 12-15 yaş arasındaki çocuklar ve 15-18 yaş arasındaki sağır ve dilsizlerin isnat yeteneğinin tayininde belirleyicidir¹¹⁸. Dolayısıyla bu kategoriler bakımından ayırt etme gücü ile isnat yeteneği benzeşmektedir. Zira bir suçun anti sosyal niteliğini kavramak çocuk için son derece kolayken, başka bir suç bakımından böyle olmayabilir¹¹⁹. Bu çocuklar bakımından sosyal inceleme raporu alınması gereklidir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca bu rapor, isnat yeteneğinin belirlenmesinde mahkeme tarafından göz önünde bulundurulur.

C. İsnat Yeteneği İle Ayırt Etme Gücü Arasındaki Benzerlikler ve Farklılıklar

Ceza hukuku alanındaki sorumlulukla medeni hukuk alanındaki sorumluluğu birebir olarak birbiriyle karşılaştırmak ne tamamen mümkün ne de bir bütün olarak imkansızdır.¹²⁰ Bunun nedeni ayırt etme ve isnat yeteneği kavramlarının özünde iki farklı hukuk dalına ait olan ancak benzer amaçlara hizmet eden kavramlar olmasıdır. Biz bu noktada bardağın dolu tarafına bakarak, fikir verebilecek bir karşılaştırmayı mümkün olduğu ölçüde yapmaktayız:

Özünde iki kavram da aynı amaca hizmet etmektedir. Burada amaç kişinin medeni hukuk veya ceza hukuku uyarınca sorumlu olup olmayacağını ve buna dönük ölçütlerin belirlenmesidir. İki kavram ilgili kişinin algılama ve davranışların yönlendirilmesi becerilerine odaklanmaktadır. Ayırt etme gücünü ve isnat yeteneğini kaldıran hallerin de her iki hukuk dalında oldukça benzer olduğu görülmektedir.

Yukarıda görüldüğü üzere medeni hukuk alanında haksız fiil ehliyeti yaş kategorilerine göre derecelendirilmemiştir ve önemli olan her zaman hukuki işlemin veya fiilin niteliğidir. Dolayısıyla ayırt etme gücü medeni hukukta her durumda nisbidir. Ceza hukukunda ise yaş küçüklüğü ve sağır ve dilsizlik bakımından kişilerin cezaî ehliyeti yukarıda ele alınan yaş kategorilerine göre derecelendirilmiştir. Belirli bir yaşın altında kanununda yer alan aksi ispat edilemez karine gereği isnat yeteneği yoktur. Buna karşın çocuklarda 12-15, sağır ve dilsizlerde 15-18 yaş arasında da medeni hukuka benzer şekilde nisbi bir sistem benimsenmiştir. Yine akıl hastaları, geçici nedenler ve irade dışı alınan alkol bakımından da fiilin niteliği belirleyicidir.

Cezaî sorumlulukta isnat yeteneği bakımından çocuklar bakımından alt sınır 12 yaşın, sağır ve dilsizler bakımından ise 15 yaşın tamamlanması olarak belirlendiği halde, tazminat sorumluluğunda ayırt etme gücüne sahip olma bakımından bir alt yaş sınırı yoktur. Ceza hukukunda isnat yeteneğini kaldıran nedenler bulunabileceği gibi azaltan nedenler de bulunabilir. Medeni hukukta ayırt etme gücü ise somut bir davranış bakımından ya vardır ya da yoktur. Haksız fiil ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün azalması değil, ortadan kalkıp kalkmadığı belirleyicidir.

Haksız fiil alanında ayırt etme gücü bulunmayan kişinin istisnâî durumlarda tazminat sorumluluğu bulunabilir. Buna karşılık,

¹¹⁴ Oftinger ve Stark (n 2) 226; Queloz ve Meylan (n 28) 143; Eren (n 4) 945; Kapancı (n 1) 527 dn. 65.

¹¹⁵ Etier ve Strâuli (n 4) 24; Kılıçoğlu (n 1) 197; Kapancı (n 1) 530.

¹¹⁶ Oftinger ve Stark (n 2) 222; Schwenzler (n 24) N 22.08; Tandoğan (n 1) 350; Oğuzman, Selici ve Oktay-Özdemir (n 25) 55; Öz Seçer, "Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Haksız Fiil Hükümleri İle İlişkisi" in Ayşe Nuhoglu, M. Sinan Altunç ve Ceren Zeynep Pirim (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt II* (Beta Yayınevi 2014) 2647, 2651.

¹¹⁷ Bu noktada zarar verici fiilin türü ve tehlikeliliği, failin fiili gerçekleştirdiği andaki özellikleri belirleyicidir. Bkz. yukarıda I.A.1.b.

¹¹⁸ Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 373.

¹¹⁹ Özbek ve Doğan ve Bacaksız (n 64) 375.

¹²⁰ Queloz-Meylan (n 28) 132.

isnat yeteneği bulunmayan kişinin cezaî sorumluluğu söz konusu olmaz. İsnat yeteneğinin azaldığı hallerde ise indirimli ceza verilmesi söz konusu olmaktadır.

D. Ceza Hukukunda Kusurun Varlığı Bakımından Kastın Asıl Olması

Kusurun türü (kast/taksir ayrımı) ceza hukukunda bazı suç tiplerinin oluşması, dolayısıyla cezaî sorumluluğun doğması bakımından önem arz eder. Ceza hukukunda kural, kastla işlenmiş fiillerin cezaî sorumluluk doğurmasıdır. Taksirli sorumluluk ise kanunilik ilkesinin bir gereği olarak ancak kanunda açıkça yazılan hallerde kabul edilmiştir¹²¹. Buna karşılık, haksız fiil alanında tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun türünün önemi yoktur; en hafif kusur dahi kural olarak sorumluluğun doğmasına yol açar. Ceza hukukunda kusurun kabulü için kural olarak kastın gerekli olması, haksız fiil alanında ise ihmalin yeterli olması, bazı fiiller bakımından failin cezaî sorumluluğu bulunmadığı halde tazminat sorumluluğunun bulunması sonucunu beraberinde getirmektedir¹²². Örneğin, bir kişi evinin penceresinin önüne saksıyı özenli yerleştirmedeği için saksı düşüp komşusunun arabasına hasar verse, mala zarar verme suçu kastla işlenen suçlardan olduğundan (TCK m. 151) bu kişinin cezaî sorumluluğu doğmaz, ancak zararı tazmin sorumluluğu söz konusu olur.

E. Ceza Hukukunda ve Medenî Hukukta Kast Kavramına Verilen Anlamların Benzer Olması

Kast kavramı gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta bilme ve isteme unsurlarını içermektedir. Ceza hukuku alanında da medenî hukuk alanında da kasten hareket eden fail hukuka aykırı neticeyi bilmekte (öngörebilmekte) ve bu neticeyi doğrudan istemekte ya da en azından göze almaktadır¹²³. Hukuken korunan bir değeri bilerek ve isteyerek ihlâl eden failin iradesini hukuk düzeninin tasvip etmeyeceği biçimde kullandığı açık olduğundan, kastla hareket edilmiş olması durumunda kınanabilirliğin varlığında tereddüt yoktur. Kastla hareket eden failin sorumluluğu gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta taksirle/ihmalle hareket eden faile nazaran daha ağırdır.

F. Ceza Hukukundaki Taksir Kavramının Medenî Hukuktaki Muadilinin İhmal Kavramı Olması

Ceza hukukunda kusurluluğun bir türü olan taksir, medeni hukukta ihmal kavramıyla karşılanmaktadır. Bu noktada ceza hukukunda hareketin bir türü olan ihmal kavramının, bu konunun dışında olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Ceza hukukunda hareket, ihmali veya icrai olabilir¹²⁴. İhmali hareket kasıtlı sorumluluğa yol açabileceği gibi (örneğin görevi kötüye kullanma, kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleşmesi), taksirli sorumluluğa da konu olabilir (örneğin taksirle ölüme sebebiyet verme). Dolayısıyla hareketin ihmali veya icrai olmasıyla, sorumluluğun kasıtlı veya taksirli olması birbirinden farklı konulardır.

Öte yandan ihmalin ceza hukuku bakımından normatif bir kavram olduğunun da altını çizmek gerekir.¹²⁵

G. Klasik Suç Teorisi Uyarınca Manevi Unsur Suçun Bir Unsuru İsnat Yeteneği ise Failin Bir Niteliği Olmasına Karşın Haksız Fiil Alanında Objektifleştirilmiş Kusur Anlayışının Hâkim Olması

Ceza hukukunda kusurun değerlendirilmesi bakımından subjektif kusur anlayışı hâkim iken, sorumluluk hukuku alanında objektifleştirilmiş kusur anlayışı hâkimdir¹²⁶. Ceza hukuku suçluyu bulmayı ve onu cezalandırmayı amaçlarken, özel hukuk borçluyu aramakta ve zararı tazmin etmeyi amaçlamaktadır¹²⁷.

Klasik suç teorisi uyarınca suçun işlendiğinin kabulü için suçun maddi unsurunun yanı sıra manevi unsurun da gerçekleşmiş olması (kast veya taksir) ve olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması gerekir. Bu değerlendirme isnat yeteneğine ilişkin değerlendirmeden bağımsızdır. Dolayısıyla fiil suç teşkil etse dahi, isnat yeteneği bulunmayan bir bireyin kınanması mümkün olmadığından, failin cezalandırılması mümkün değildir.

Ceza hukukunda isnat yeteneğine sahip failin bireysel psikolojik, zihni, fizikî eksiklikleri, yetenek veya eğitim düzeyindeki eksiklik kusurun varlığının kabulüne engel olabilir. Oysa haksız fiil sorumluluğunda asıl amaç, sorumluyu cezalandırmak değil, zararın giderilmesi esas itibarıyla de malvarlığındaki azalmanın telâfisidir¹²⁸. Elbette ki bir kişiyi “suçlu” olarak nitelendirmenin ve özgürlüğünden mahrum bırakmanın koşulları, onu “borçlu” olarak nitelendirmenin ve tazminat ödemek zorunda bırakmanın koşullarına

¹²¹ Bkz. yukarıda I.B.3.b.

¹²² BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 200; Werro (n 4) 69; Scyboz (n 4) 30 dn. 12; Tandoğan (n 1) 350; Kılıçoğlu (n 1) 194; Kapancı (n 1) 529.

¹²³ Bkz. yukarıda I.A.2.a. ve I.B.3.a.

¹²⁴ Davranışın türünün belirlenmesi ve ihmal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yaprak Öntan, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 126 vd.; Selman Dursun, Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021) 193 vd.

¹²⁵ Öntan (n 124) 136.

¹²⁶ Oftinger ve Stark (n 2) 226; Werro (n 4) 62; Tandoğan (n 1) 350; Koçhisarlıoğlu (n 14) 79; Arslan (n 13) 323; Gümüş (n 14) 451.

¹²⁷ Koçhisarlıoğlu (n 14) 79.

¹²⁸ Etier ve Sträuli (n 4) 17; Deschenaux ve Tercier (n 1) 26; Eren (n 4) 592.

nazaran daha sıkı olmalıdır. Bu bakımdan, haksız fiil sorumluluğunda, failin ondan beklenen özeni gösterip göstermediğinin belirlenmesinde onun bireysel nitelikleri değil, objektif olarak aynı hal ve şartlarda ortalama makul tipten beklenebilecek davranış biçiminden sapıp sapmadığı esastır. Kusur değerlendirmesinde failin bireysel yetersizliklerinin (örneğin, yeteneksizliğinin, ayırt etme gücü bulunmak kaydıyla zekâ eksikliğinin, düşüncesizliğinin) dikkate alınmadığı, böylece objektif ve daha sıkı bir ölçünün uygulandığı haksız fiil sorumluluğu alanında kusurun varlığının kabulü, ceza hukukuna nazaran daha kolaydır¹²⁹.

Ceza hukuku alanında özen yükümlülüğünün kapsamı objektif ölçülere göre tespit edilirken, özen yükümlülüğüne aykırı davranışın faile kusur olarak izafe edilmesi bakımından subjektif bir ölçü kullanılmakta; bu kapsamda failin bireysel özellikleri göz önünde tutulmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu hususu pek çok kararında ifade etmiştir¹³⁰. Öte yandan özellikle taksirli sorumluluk konusunda, ceza hukukunda daha öngörülebilir ve genel ölçütlere yönelik bir arayış olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle failin belirli bir sosyal gruba ait olduğu örneklerde ve özel taksir hallerinde, genel taksire kıyasla daha somut ölçütlerden hareket etmenin mümkün olduğu görülmektedir.

Ceza hukukuna ilişkin yargı içtihatlarında failin bireysel özelliklerinden hareketle kusursuz bulunduğu pek çok olayda, haksız fiil sorumluluğu açısından failin kusurunun varlığı sonucuna varılabilir:

Ceza hukukunda failin deneyimsizliği, yeteneklerinin sınırlı olması gibi bireysel özellikler faile kusur izafe edilmesine engel olabilmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin gerekli güvenlik önlemlerini almadan yerleştiği garaj çıkış kapısının bir çocuğun sıkışarak ölümüne yol açtığı bir olaya ilişkin ceza yargılamasında, failin konuyla ilgili özel eğitiminin bulunmaması, deneyimsizliği gibi bireysel özelliklerini göz önünde tutarak subjektif anlayışa göre yaptığı kusur değerlendirmesi neticesinde faili kusursuz bulmuştur¹³¹. Bu kusur değerlendirmesi cezaî sorumluluk alanında doğru kabul edilebilse dahi, haksız fiil sorumluluğu bakımından meseleye yaklaşıldığında, objektif değerlendirmeye göre makul, ortalama tipin davranışından uzaklaşıp gerekli güvenlik tedbirlerini almamış olan işçi, ihmal ile hareket etmiştir ve kusurludur¹³².

Ceza hukukunda failin duyduğu acı, telâş gibi bireysel mazeretler de kusurun kabulüne engel olabilmektedir. Örneğin, Yarg. 12. CD, 2016/10968 E., 2018/6917 K., 19.06.2018 T.: “*Sanığın olay günü kardeşi de olduğu halde kendilerine ait kamyonet tipi araçla geceleyin şehir içinde seyrettikleri sırada aracın mazotu bitmesi sebebiyle artzalandığı, (. . .) sanığın (. . .) elindeki mazot bidonu ile araca yakıt takviyesi yaptığı tekrar filtreyi yerine takmak isterken havanın karanlık olması dolayısıyla filtreyi takacağı yeri görebilmek için çakmağı ateşlediği sırada yüzünün alev aldığı, can havliyle elindeki mazot bidonunu fırlattığı, bidonun kardeşi olan İ. . . ye isabet ederek yandığı, (. . .) yanık sebebiyle üç gün sonra hayatını kaybettiği, (. . .) olayın oluş biçimi göz önüne alındığında sanığın yüzünün yanması sebebiyle içinde bulunduğu tehlikeli durumu savuşturmak için can havliyle elindeki bidonu fırlattığı sırada bidonun kardeşine isabet ederek yanmasında sanıktan dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmasının beklenemeyeceği nazara alındığında, sanığa kusur izafe edilemeyeceği (. . .)*”¹³³. Oysa bu olayda, failin alev alabilecek mazotun yanında çakmağı ateşlemiş olması da alev alan bidonu nereye isabet edeceğine bakmadan fırlatmış olması da haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal derecesinde kusurun bulunduğunu göstermektedir. Buna karşın ceza hukuku bakımından fail sorumsuzdur.

Bazı ceza davalarında özellikle köylerde küçük çocukların ölüm veya yaralanması ile sonuçlanan olaylarda, özen yükümlülüğünü ihlâl eden ana babaya köy koşulları içindeki işlerin ağırlığı nedeniyle çocukların gözetimi için zamanı bulunmaması (yoğunluk) gibi bireysel mazeretler nedeniyle kusur izafe edilmediği de görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin bir kararında “*İçinde bulunduğu köy yaşam koşulları, bilgi ve eğitim düzeyi, sosyal imkanları göz önüne alındığında, olay tarihinde sanığın eşinin başka köyde oturan annesini ziyarete gittiğinden ölen kızına sanığın baktığını, evin önünde odun keserken 2 yaşındaki kızının da yanında oynadığı anda ölenin evin önünde hayvanların su içmesi için su dolu olan çeşme oluğuna düşerek öldüğü olayda sanığa izafe edilebilecek ve kendisinin de içinde bulunduğu yaşam şartlarına aykırı düşün bir hareketinin olmadığı gözetilmeden (. . .) mahkumiyet hüküm tesisi, (. . .) Bozmayı gerektirmiş (tir)*” ifadelerine yer verilmiştir¹³⁴. Bu olayda 2 yaşındaki çocuğun su kaynağına yakın biçimde oynarken sürekli gözetim altında tutulmamış olması, objektif olarak aynı şartlar altındaki makul,

¹²⁹ Oftinger ve Stark (n 2) 226; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 14; Deschenaux/Tercier (n 1) 83 vd.; Koçhisarhoğlu (n 14) 80 vd.

¹³⁰ Örneğin, Yarg. CGK, 2008/1-150 E. 2008/192 K. 15.7.2008 T.: “5237 sayılı Yasanın getirdiği sistemde, taksirli haksızlıktan dolayı sorumluluk için fail kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımıyla belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak tutulacaktır. Burada, ortalama bir insan ve sair ölçü olarak alınmaz. Failin kendi içinde bulunduğu durum ve kişisel özellikleri dikkate alınmalıdır.” Aynı ifadelerle yer verilen diğer bir karar için bkz. Yarg. CGK, 2018/1-451 E. 2019/456 K. 28.5.2019 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹³¹ Olayda, işveren bu konuda özel bir eğitimi bulunmayan işçiye bir binanın garaj kapısına ayrıca bir çıkış kapısı yerleştirme işini tevdi eder. İşçi çıkış kapısını yerleştirir, ancak çıkış kapısı açıldığında garaj kapısının çalışmasını engelleyen bir güvenlik sistemi koymaz. Dört yaşındaki bir çocuk çıkış kapısı ile oynarken garaj kapısı açılır ve çocuk çıkış kapısı ile duvar arasında sıkışarak ölür. İşçi hakkında taksirle ölüme sebep olma iddiasıyla ceza davası açılır. Nitelikli ve deneyimli olmayan bir işçinin işverenin talimatları ile hareket ettiği bu olayda İsviçre Federal Mahkemesi, işçinin meslekî eğitiminin bulunmaması, deneyimsizliği, işverene bağımlı çalışması unsurlarını göz önünde tutarak, çıkış kapısının yerleştirilmesinin bir başkasının hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından tehlike arz edebileceğini düşünmemiş olmasından dolayı kınanamayacağından bahisle, işçinin kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir. BGE 122 IV 145. <www.swisslex.ch> E.T. 1.9.2023.

¹³² Haksız fiil sorumluluğu bakımından bu olayda işçinin kusuru bulunduğu konusunda bkz. Werro (n 4) 63.

¹³³ Karar için bkz. Serap Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 63 vd.

¹³⁴ Yarg. 2. CD, 2001/37653 E. 2002/5298 K. 1.4.2002 T. <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023.

ortalama kişiden beklenebilecek davranıştan sapma teşkil ettiği için, haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal vardır¹³⁵. Bu tür olaylarda, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin asıl sebebi çoğu zaman işlerin ağırlığı ve yoğunluğu gibi özel hukuk alanında kusursuz sayılmak için mazeret olarak kabul edilmeyen bireysel nedenlerdir. Söz konusu olaylarda ana babanın içinde bulunduğu sosyal kategorideki bireyler eğitim düzeyleri düşük olsa da çok küçük çocukların gözetim altında tutulmadıkları takdirde zarara uğrayabileceğini öngörebilecek durumdadır. Bu nedenle köy şartlarında yaşayan objektif örnek tipten de çok küçük çocuğu devamlı gözetim altında tutması beklenir.

Aslına bakılırsa 765 sayılı TCK döneminde gerçekleşen bu olayda failin ceza hukuku bakımından da kusursuz olduğunu söylemek güçtür. Yargıtay o dönemde, 5237 sayılı TCK ile hukukumuzda giren ve taksirli suçlarda kişinin ailevi ve kişisel durumunu bir cezasızlık nedeni¹³⁶ sayan TCK m. 22 f. 6 hükmü¹³⁷ benzeri bir düzenleme olmaması nedeniyle¹³⁸, acılı aile bireylerine ceza vermemek için dolambaçlı ve o dönemde hukuka uygun olmayan yollar izlemekteydi. TCK m. 22 f. 6 hükmüyle getirilen yerinde düzenlemeyle failin yaptığı şeyin suç olduğu ve kusurlu olduğu kabul edilebilmekte ancak failin kişisel ve ailevi şahsi durumunu dikkate alarak ceza vermemek hukukun çizdiği sınırlar içinde mümkün olabilmektedir¹³⁹. Her olayda hâkim, failin mağduriyetinin derecesini ve bu hususun ceza verilmesini gereksiz kılıp kılmadığını gerekçeli olarak değerlendirecektir¹⁴⁰. Görüldüğü üzere bu değerlendirme failin suç ve failin kusurlu olduğu tespit edildikten sonra yapılmakta ve insani bir şekilde kişinin bireysel durumu ve yaşadığı acı dikkate alınmaktadır.

H. Taksir ve İhmalin Derecelendirilmesinin Farklı Olması

Ceza hukukunda taksirin söz konusu olduğu hallerde, cezaî sorumluluğun kapsamı, taksirin bilinçli olup olmamasına göre farklılaşır. Taksirin türü tespit edildikten sonra ise, failin kusurluluğu cezanın belirlenmesinde etkili olur. TCK'nın 61. maddesi uyarınca (m. 61/1-f), hâkim failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, temel cezanın belirlenmesinde dikkate almalıdır. Tazminat sorumluluğunun kapsamının tespitinde ise belirleyici olan ihmalin ağır veya hafif olmasıdır¹⁴¹. Kanaatimizce bu farkın nedeni taksirin/ihmalin derecelendirilmesinde de taksirin/ihmalin varlığına ilişkin değerlendirmede olduğu gibi ceza hukukunda failin subjektif niteliklerinin göz önünde tutulmasına karşılık, tazminat sorumluluğunda başvuru ölçütün objektif olmasıdır. Zira bilinçli taksiri bilinçsiz taksirden ayıran husus failin neticeyi fiilen öngörmüş olup olmamasıdır¹⁴². Yani, ayırmda failin subjektif durumu esas alınmaktadır. Oysa tazminat sorumluluğunda ağır ihmal-hafif ihmal ayırımında ölçüt özen yükümlülüğüne aykırılığın objektif derecelendirilmesidir. Her makul kişinin göstereceği özeni göstermemiş olan fail ağır ihmalle, ancak dikkatli kişilerin göstereceği özeni göstermemiş fail ise hafif ihmalle hareket etmiş kabul edilmektedir¹⁴³.

İ. Zararın Birden Çok Kişinin Kusurlu Davranışıyla Meydana Gelmesi

Zararın meydana gelmesine birden çok kişinin kusurlu davranışı sebep olmuş olabilir. Haksız fiil alanında birden çok kişi birlikte bir zarara sebep olduklarında, bu kişiler zarar görene karşı tazminatın tamamından müteselsil olarak sorumludur (TBK m. 61). Ancak kendi aralarındaki iç ilişkide bu tazminatın sorumlular arasında paylaşılması, payına düşenden fazlasını zarar görene ödeyenin bu fazlalık tutarında diğer sorumluya rücu imkânının bulunması gerekir. Sorumluların birbirine karşı rücu ilişkisinde (iç ilişkide) tazminat bu kişiler arasında "bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu" göz önünde tutularak paylaşılır (TBK m. 62 f. 1). Haksız fiil sorumluların ortak veya bağımsız kusurlarından doğmuşsa, rücu düzeni belirlenirken, öncelikle sorumluların kusur dereceleri göz önünde tutulur¹⁴⁴. Örneğin, (A) ve (B), kusurlarıyla (C)'nin yaralanmasına yol açmışlar ve (C) 100.000 TL. maddî zarara uğramıştır. (A) da (B) de (C)'ye karşı tazminatın tamamı olan 100.000 TL.'nin ödenmesinden sorumludur. (A) ve (B) eşit kusurlu ise (yani % 50- % 50 kusurlu iseler), kendi aralarındaki iç ilişkide (A) tazminatın 50.000 TL kısmından, (B) de 50.000 TL. kısmından sorumludur. Görüldüğü üzere, iç

¹³⁵ Benzer bir karar için bkz örneğin, Yarg. 2. CD, 2000/39 E. 2000/449 K. 31.01.2000 T.: "İçinde bulunduğu köy yaşam koşulları bilgi ve eğitim düzeyi sosyal imkanları göz önüne alındığında, bulgur kaynatmak için evin damında bulgur ayıklarken 3 yaşındaki oğlunun damdan düşerek ölmesi olayında sanığa izafe edilebilecek ve kendisinin de içinde bulunduğu yaşam şartlarına göre aykırı düşen bir hareketinin olmadığı gözetilmeden (...) mahkumiyet hükmü tesisi, Bozmayı gerektirmiş (...)" <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023. Söz konusu olayda 3 yaşındaki çocuğun damda sürekli gözetim altında tutulmamış olması nedeniyle haksız fiil sorumluluğu bakımından ihmal vardır.

¹³⁶ Düzenlemenin hukuki niteliğine yönelik ayrıntılı bir tartışma ve sonuç olarak bir şahsi cezasızlık sebebi değil, cezayı kaldıran şahsi neden olduğu yönünde bkz. Meraklı (n 53) 355 ve 356.

¹³⁷ TCK m. 22 f. 6'ya göre "Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmaz".

¹³⁸ O dönemde yapılan, bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu yönünde eleştiriler için bkz. İçel ve Özgenç ve Sözüer ve Mahmutoğlu ve Ünver (n 52) 268.

¹³⁹ Hükmün yerinde olduğu yönünde bkz. Centel ve Zafer ve Çakmut (n 55) 391. Düzenlemenin daha iyi şekilde nasıl formüle edilebileceğine ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. Meraklı (n 53) 360-363.

¹⁴⁰ Artuk ve Gökçen ve Alşahin ve Çakır, (n 49) 469.

¹⁴¹ BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 196 vd.; Eren (n 4) 665.

¹⁴² Koca ve Üzülmöz (n 3) 232.

¹⁴³ Oftinger ve Stark (n 2) 219 vd.; BK-Brehm (n 11) Art. 41 N 197a, 199; Eren (n 4) 665.

¹⁴⁴ Eren (n 4) 940.

ilişkide tazminatın sorumlular arasında paylaştırılabilmesi için bu kişilerin kusurlarının belirli yüzdeler ile tespit edilmesi (kusurun oransal tespiti) gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Oysa cezaî sorumluluk bakımından birden çok kişinin kusurlu davranışı neticesinde zarar meydana gelmişse, bu kişilerin kusurlarının oransal olarak rakamla ifade edilme gerekliliği bulunmamaktadır. Hatta bu tür oransal kusur hesabının, örneğin kusurun toplamı 8/8'e tekabül edecek biçimde dağıtılmasının kişilerin yanında yola, hayvanlara da kusur dağıtılması gibi yanlış uygulamalara sebebiyet verebileceği belirtilerek bu tür uygulamalar eleştirilmektedir.¹⁴⁵ Kanaatimizce de tazminat hukukunda zorunlu olan kusurun birden çok sorumlu arasında oransal (rakamsal) dağıtımına, ceza hukukunda gerek yoktur. Haksız fiil alanında birden çok kişi bir zarara kusurları ile sebep olduklarında tazminat taktır. Zarar gören fail sayısı kadar tazminata hak kazanmaz, tutarı belli tek bir tazminata hak kazanır. İç ilişkide ise bu tek tazminatın sorumlular arasında paylaştırılması gerekir. Oysa cezaî sorumlulukta, birden çok fail bulunduğu tek bir cezaya hükmedilip bu tek cezanın da failer arasında paylaştırılması söz konusu değildir. Her bir faille suçuna ilişkin olarak ayrı ceza verilir. Sorumluluğun paylaştırılmasının gerekli olmadığı yerde, paylaştırmada esas alınma zorunluluğu bulunan bir oransal (rakamsal) kusur tespitine de gerek yoktur.

J. Zarar Görenin Ortak Kusurunun Sorumluluğa Etkisi

Zarar görenin zararın meydana gelmesinde veya artmasındaki ortak kusuru (müterafik kusuru), failin eylemi ile zarar arasındaki nedensellik bağımlı kesmedikçe gerek ceza hukukunda gerekse de özel hukukta failin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak zarar görenin ortak kusurunun failin gerek cezaî sorumluluğunun gerekse de tazminat sorumluluğunun kapsamını azaltan etkisi vardır.¹⁴⁶ Örneğin, trafik kazalarında hem araç şoförünün hem de yayanın trafik kurallarına uymaması nedeniyle ölüm ve yaralanmalar meydana gelebilmektedir. Ceza hukukunda zararlı sonucun gerçekleşmesinde failin yanında mağdurun da taksiri varsa, taksirler arasında bir takas/mahsup söz konusu olmaz, fail taksirli hareketi nedeniyle kusuruna göre sorumlu tutulur.¹⁴⁷ Mağdurun da kusurunun bulunduğu durumlarda failin cezaî sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte, mağdurun ortak kusuru, failin taksirinin daha hafif değerlendirilmesine ve böylece failin daha az ceza almasına yol açabilir.¹⁴⁸ Haksız fiil alanında da zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olan kusuru tazminattan indirim sebebi olarak düzenlenmiştir (TBK m. 52 f. 1). Bu alanda da zarar görenin ortak kusuru fail ile zarar görenin kusurlarının mahsubuna yol açmamakta, ancak tazminatın indirilmesi sebebi teşkil etmektedir.¹⁴⁹

Bu noktada ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusurluluğu ilkeleri mutlak sınırdır. Özel taksirin varsayılan bir taksir olduğu görüşü kesinlikle kabul edilemez, zira bu varsayım bahsedilen sınırı aşar. Özel taksirin objektif sorumluluk hipotezlerini gizleyen bir maskeye dönüşmemesi için, yazılı normların daima gerçek anlamda önleyici kuralları düzenlemesi gerekir. Öte yandan önleyici yazılı normlara uymama, neden olunan tüm neticeler için değil, yalnızca bu normun koruma alanında kalan neticeleri kapsar. Bu neticeler dışında kalan sürpriz sayılabilecek neticeler, cezai sorumluluğa yol açamaz.¹⁵⁰

Bir diğer olasılık olarak mağdurun veya diğer kişinin hareketinin, failin hareketiyle nedensellik bağımlı kesmesi de söz konusu olabilir. Kaza, mücbir sebep, tesadüf, cebir ve tehdit gibi hallerde failin neticeyi görüp engelleyememesi dolayısıyla kusurlu sayılması mümkün değildir.¹⁵¹ Örneğin fail hız kurallarını ihlal ettiği sırada, karanlıkta karşıdan karşıya geçilmesi mümkün olmayan bir yerden karşıya geçen koyu renkli kıyafet giyen bir kişiye çarparsa, failin hız kuralına uysaydı dahi bu kişiyi göremeyeceği sonucuna varılabiliyorsa, bu durum failin cezai anlamda sorumlu tutulmasının önüne geçebilir.

K. Ceza Mahkemesinin Kusurun Varlığı Konusundaki Kararlarının Hukuk Hâkiminin Kararına Etkisi

Ceza mahkemesinin kararının failin kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin kısmının aynı eylem bakımından hukuk mahkemesinde açılan tazminat davasına etkisi beraat kararları ve mahkûmiyet kararları bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

¹⁴⁵ Taksirli hareketlerin birleşmesi halinde, zarar yol açan birden çok kişiden her biri kendi kusurlu fiilinden ötürü kendi kusuruna göre sorumlu tutulmalıdır. Mülga 765 s.lı TCK'nın düzenlemeleri karşısında uygulamada kabul gören taksirli suçlarda kusurun 8/8 ilâ 1/8 üzerinden dağıtılması esasına dayalı değerlendirmenin yeni TCK bakımından dayanağı bulunmadığı doktrinde ifade edilmektedir. Özgenç (n 3) 276 vd.

¹⁴⁶ Yılmaz Günel, "Müterafik Kusur" [1961] 16 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 208, 220. Haksız fiil alanında zarar görenin kusuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal (n 16) 514 vd.

¹⁴⁷ Özgenç (n 3) 279; Koca ve Üzümler (n 3) 228.

¹⁴⁸ Cengiz Topel Çiftcioğlu, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir" [2013] 3 Ankara Barosu Dergisi 317, 328.

¹⁴⁹ Bazı yazarlar, haksız fiil alanında TBK m. 52 uyarınca fail ile zarar görenin kusurlarının mahsubu imkânının bulunduğunu ifade etmektedirler. Örneğin, bkz. Arslan (n 13) 322; Kılıçoğlu (n 1) 194. Ancak kanaatimizce TBK m. 52 ile hukuk hâkimine tanınan imkân fail ile zarar görenin kusurlarını mahsup imkânı değildir. Zira öyle olsaydı, fail ile mağdurun kusurlarının ağırlığı eşit ise, mahsup sonucu failin kusuru kalmaz, tazminat sorumluluğu da doğmazdı. Oysa böyle bir durumda failin tazminat sorumluluğu doğar, ancak tazminattan indirim yapılır.

¹⁵⁰ Bkz. Toroslu ve Toroslu (n 52) 240-242.

¹⁵¹ Zafer (n 96) 265 ve 266.

1. Beraat Kararı Verilen veya Sübut Yönünden Bir Karar Verilmeksizin Sonuçlanan Davalar Bakımından

Hukuk hâkiminin failin kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi konusunda aynı olay bakımından ceza mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararı ile bağlı olmadığı TBK m. 74 f. 1'de açıkça ifade edilmiştir. Tazminat davasında hukuk hâkimi ceza mahkemesince önceden verilen beraat kararına rağmen, failin kusurunun varlığına ve tazminat ödemesine hükmedebilir¹⁵².

Suçsuzluk karinesi bir yönüyle, ceza muhakemesinin mahkûmiyet dışında bir şekilde sonuçlandığı örneklerde, bu durumdaki kişiler hakkında yapılan paralel veya sonraki yargılamalar diyebileceğimiz; disiplin yargılamasında, hukuk yargılamasında ve idari davalarda ilgili makamların kişinin suçsuz olduğuna yönelik kabule saygı gösterilmesini gerektirir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun verdiği *Barış Baş*¹⁵³ ve *Hüseyin Sezer* başvurularında¹⁵⁴ idari yargı kolunda oluşan ihlaller bağlamında önemli tespitlere yer verilmiştir. Bu genel tespitleri göz önünde tutarak biz burada, hukuk muhakemesiyle ilgili bir başvuru olan *Ahmet Teyit Keşli* (4)başvurusunda verilen ihlal kararını ön plana çıkartmak istiyoruz:

Başvurucunun özel evrakta sahtecilik suçunu işlediği iddiasıyla Bursa 2. Asliye Ceza Mahkemesinde (Ceza Mahkemesi) yargılandığı davada 2.2.2012 tarihli ek kararla 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine (kararın verildiği tarihte istinaf kanun yolu yürürlüğe girmemiş), Yargıtay tarafından temyiz inceleme tarihine kadar dava zamanışımının dolduğu gerekçesiyle 27.09.2012 tarihinde düşme kararı verilmiştir. Başvurucu; ceza yargılamasına ilişkin temyiz incelemesinde zamanışımı sebebiyle esasa ilişkin bir inceleme yapılmamasına rağmen hukuk yargılamasına ilişkin gerekçeli kararda kendisinin suçlu gibi gösterildiğini, ceza yargılamasına konu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının karara yansıtıldığını belirterek suçsuzluk karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁵⁵.

Olayda hem yerel mahkeme (asliye hukuk) hem de bölge adliye mahkemesinin hukuk dairesi, kararlarında başvurusunun özel belgede sahtecilik suçundan mahkûm olduğunu ifade etmiştir¹⁵⁶. Oysa ilk derece mahkemesinde kişi suçlu bulunduktan sonra dava zamanışımı nedeniyle düştüğünden, kişinin nihai durumda mahkûm olduğunu söylemek mümkün değildir.

AİHM, ceza muhakemesinin uyuşmazlığı esastan çözen bir karar ve veya beraatle sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, mağdurlar tarafından yapılan hukuki tazminat taleplerini içeren davalarda, tazminat yargılamasında cezai sorumluluğa hükmedilmemiş olmasına saygı gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak bu, daha az katı bir ispat yükümlülüğü temelinde aynı olaylardan kaynaklanan tazminat ödeme sorumluluğunun tesis edilmesine engel değildir. Öte yandan, tazminata ilişkin kararda, davalı tarafın cezai sorumluluğu olduğuna dair ifadeler yer alması halinde, bu durum suçsuzluk karinesini ihlal eder¹⁵⁷.

Beraat kararı verilen örneklerde ise, verilen beraat kararının dayanağı ve bu dayanaktan yola çıkılarak yapılan değerlendirmeler konunun önemli noktasıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda beraat hükmüyle bağlantılı ve konumuzla ilgili iki hüküm vardır. Bunlardan biri yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması (CMK 223/2-b), diğeri ise yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasıdır. (CMK 223/2-e) Uygulamada suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması nedeniyle beraat kararının oldukça az sayıda verildiği görülmektedir. Bu kararın daha çok sanığın olay yerinde olmadığını ispatladığı (alibi gösterebildiği) örneklerde verildiği bilinmektedir.

Suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasına (CMK 223/2-e) ilişkin bende ise sıklıkla başvurulmaktadır. Ancak bu tür kararlar bakımından ceza mahkemeleri dışındaki yargı organlarında CMK'nın 223/2-b bendi uyarınca verilen beraat kararlarını

¹⁵² Oftinger ve Stark (n 2) 226; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 14; Tandoğan (n 1) 350-351; Kılıçoğlu (n 1) 197. Yarg. 10. HD, 2016/6546 E. 2018/5380 K. 31.05.2018 T.: "ceza davasında kusur yokluğu nedeniyle verilen beraat kararları hukuk hakimini bağlamaz. Yukarıdaki ilkelere çerçevesinde davalıların kusurunun bulunup bulunmadığı uzman bilirkişi heyeti tarafında düzenlenecek raporda irdelenmelidir." <www.kazanci.com> E.T. 15.08.2023.

¹⁵³ *Barış Baş* başvurusunda, ceza mahkemesi öğretmen olan sanığın öğrenciyeye tokat attığının sabit olmadığını belirterek şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca beraat kararı vermiştir. İdare mahkemesi bu tespiti tartışmaya açacak şekilde kişinin yüzünde oluşan kızamıklarının aslında atılan tokat nedeniyle oluştuğu konusunda bir takım çıkarımlar yapmıştır."64. Somut olayda disiplin makamları, incelemelerinin kapsamını başvurusunun M.İ.ye tokat atması failinin dışındaki eylemlerle (örneğin başvurusunun öğrenciyeye bağırması, onu kravatından sertçe tutarak başını çevirmesi fiilleri) sınırlı tutmamış; aksine tokat atma failine ilişkin olarak da değerlendirme yapmıştır. Tokat atma faili Ceza Mahkemesinde yargılama konusu olmuş ve başvuru bu suçlamadan beraat etmiştir. Ancak Bölge İdare Mahkemesi kararlarında, başvurusunun Ceza Mahkemesindeki yargılamadan beraat etmesine rağmen beraate konu fiil tekrar tartışılmıştır. Bölge İdare Mahkemesi, gerekçesini özellikle Ceza Mahkemesinin beraat kararında dayanan argümanlara cevap verecek şekilde oluşturmuştur. (...) 65. Bölge İdare Mahkemesi, ceza mahkemesi kararında ulaşılan sonucu tartışmaya açmanın yanında kararı okuyanlarda başvurusunun nitelikli yaralama suçunu işlediği izleniminin oluşmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla masumiyet karinesinin ikinci boyutu ihlal edilmiştir. 66. Ayrıca ceza mahkemesinin ulaştığı kanaatin isabetli olmadığını veya hatalı olduğunun düşünülmesinin idari mahkemenin başvurusunun masumiyetine saygı gösterme yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Ceza Mahkemesi kararındaki isabetsizlik masumiyet karinesine istisna getirilmesini gerektiren bir durum değildir. Masumiyet karinesine saygı gösterilmesindeki kamusal yarar, bazı durumlarda haksızlık teşkil eden faili işleyen disiplin yönünden yaptırımsız kalmasını bile haklılaştırarak derecede önemlidir." *Barış Baş* başvurusu [GK], 02.07.2020.

¹⁵⁴ Hüseyin Sezer Hüseyin Sezer [GK], 02.07.2020.

¹⁵⁵ Ahmet Teyit Keşli (4), 25/2/2021, § 8 ve 20.

¹⁵⁶ "39. Mahkeme kararında "...Ne var ki davacı özel evrakta sahtecilik suçundan da mahkûm olmuştur..."", Bölge Mahkemesi kararında ise "...davacı avukatın özel evrakta sahtecilik suçundan mahkûm olmasının davalı şirket tarafından öğrenilmesi üzerine 6/3/2013 tarihinde davalı şirket tarafından yapılan azil haklı görüldüğünden ...başka bir anlatımla davacı avukatın özel evrakta sahtekarlık suçundan mahkûm olması..." şeklinde yer alan ifadelerle başvurusunun kendisine isnat edilen eylemlen suçlu bulunduğu yönünde ve başvurusuna cezai sorumluluk yükler nitelikte bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Kararlarda geçen ifadelerin gerek kullanılan dil gerekse bağlantı itibarıyla ceza hukuku anlamında ve teknik unsurlarıyla ceza davasına konu suçun işlendiğine işaret ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

40. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Mahkemece hakkında herhangi bir mahkûmiyet kararı bulunmayan başvurusunun ceza yargılamasına konu eylemleri işlendiğinin sabit olduğu varsayımına dayanılarak karar verildiği anlaşıldığından başvurusunun Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." Ahmet Teyit Keşli (4), 25/2/2021, § 39 ve 40.

¹⁵⁷ Vella/Malta, § 56; Ringvold/Norveç, 11.02.2003 § 38. Aynı yönde bkz. Jean-François Renucci, *Droit Européen des Droits de l'Homme*, (2. édition, Paris 2012) 551; Buzelli ve Casiraghi ve Cassibba ve Concolino ve Pressacco, (n 78) 93.

“*esaslı beraat*” sayma, buna karşın CMK’nın 223/2-e bendi uyarınca verilen beraat kararlarını sorgulama şeklindeki yaygın bir yaklaşım göze çarpmaktadır. Oysa AİHM içtihadında da açıkça edildiği üzere¹⁵⁸, beraat kararından sonraki davalarda, sanığın masumiyetine ilişkin şüphelerin dile getirilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez ve bu açıdan yerel mahkemeler tarafından kullanılan dil kritik öneme sahiptir.

Öncelikle belirlemek gerekir ki CMK’nın 223/2-e bendi uyarınca verilen kararların delil yetersizliğinden beraat şeklinde anılması, suçsuzluk karinesini açıkça ihlal eden bir yaklaşımdır. Zira delil yetersizliği demek aslında “*sanığın suçunun sabit olduğu biliniyor, ancak delil bulunmadığı için mahkûm edilemiyor*” demektir. Oysa bir mahkemenin, delile dayanmayan bir yargısı olamaz, zira delil yoksa sübut ve ispat yoktur. Aksi bir mantıkla, ceza mahkemesinde şüpheden sanık yararlanır ilkesinden faydalanarak beraat eden kişilerin aynı fiilin gerçekleştiği yönünde bir kabule dayanarak hukuk yargısı önünde tazminata mahkûm olması veya aldıkları disiplin cezasının hukuka uygun bulunması kabul edilemez¹⁵⁹.

Dikkat edilirse burada konu, farklı hukuk alanlarının sorumlulukla ilgili ilkelerinin birbirinden farklı olması değildir. Böyle olduğu takdirde, elbette farklı yargı kollarında farklı sonuçlar çıkabilir. Benzer şekilde bir hukuk mahkemesi veya idare mahkemesinin ele aldığı olayın kapsamı, ceza hukukunda suç teşkil eden fiilden çok daha geniş olduğu için, beraat eden dolayısıyla ceza hukuku kapsamında fiili işlemediği sabit olan sanığın, bu daha geniş kapsamda tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁶⁰. Sonuç olarak ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, suç teşkil eden fiili gerçekleştirdiği kabulüne dayanan her türlü karar, suçsuzluk karinesini ihlal eder. Bu nedenle sonraki ve paralel yargılamaları yapan mahkemeler bu kabule saygı gösterecek şekilde ve tabi oldukları mevzuata bağlı kalarak karar vereceklerdir. Ancak bu kararlar her yargı kolunun, kendi alanında hukuku baştan yazdığı bir düzene dönüşmediği ve birbirini tamamladığı ölçüde hukuka, Anayasa’ya ve adil yargılanma hakkına uygun olur.

2. Mahkûmiyet ve Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararları Bakımından

TBK m. 74 f. 2 hükmünde ceza mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararının kusurun varlığına ilişkin kısmının hukuk hâkimini bağlayıp bağlamadığı hususu açık değildir. Tazminat davasında hukuk hâkimi ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla kusurunun bulunduğu hükmettiği bir failin kusurunun bulunmadığına hükmedebilir mi? Mesele tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı kusurun varlığı konusunda hukuk hâkimini bağlar. Ceza hukukunda kusur kavramı özel hukuka nazaran daha dar olduğundan, ceza mahkemesi kusurun varlığını tespit etmişse, artık özel hukuk bakımından da kusurun varlığı evleviyetle kabul edilmelidir¹⁶¹. Bazı Yargıtay kararları da bu yönde olup, davalı hakkında ceza mahkemesinde mahkûmiyet kararı verilmişse, hukuk davasında da davalıya her halde bir miktar kusur verilmesi gerektiğine hükmedilmektedir¹⁶². Bir başka görüşe göre ise, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı kusurun varlığı konusunda hukuk hâkimini bağlamaz. Her ne kadar mahkemelerin birbirine zıt kararlar vermesi yargıya güveni zedeleyebilecek bir durum olsa da amaç adaletin gerçekleşmesi olduğundan, hukuk hâkimine önemli nedenlerin bulunması halinde -farklı sonuca varmasının gerekçesini açıklamak kaydıyla- ceza mahkemesinin kusurun varlığı hakkındaki kabulünden ayrılma imkânı tanınmalıdır¹⁶³. Bazı Yargıtay kararlarında da ceza mahkemesinin sanığın kusurunun varlığına ilişkin kararının hukuk hâkimini bağlamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁴.

Kanaatimizce, haklı gerekçelerin bulunduğu istisnaî durumlarda özellikle yalancı tanıklık yapılmış olması, yeni olay ve delillerin bulunması gibi ceza hukuku bakımından hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilecek durumlar (CMK m. 311) varsa, hukuk hâkimi adaletin sağlanması bakımından ceza mahkemesinin kusurun varlığına ilişkin kararının aksine bir karar verebilmelidir. Zira aksi yönde bir kabul, ikna edici bir gerekçe bulunmaksızın adaletin sağlanmasına engel olur. Şu halde örneğin ceza davasında tanıkların ifadeleri ile failin kusurlu olduğu sonucuna varılmış, ancak ceza davasını takiben açılan tazminat davası sırasında ortaya çıkan ve yeni bir delil olarak sunulan kamera kayıtları ile olayın farklı bir şekilde geliştiği sonradan ortaya çıkmışsa, hukuk hâkimi davalının kusuru bulunmadığı gerekçesiyle tazminat davasını reddedebilmelidir. Bu tür bir kabul suçsuzluk karinesine de aykırılık teşkil etmez. Bu örnekte birey ceza davasında zaten mahkûm olduğu için, suçsuzluk karinesinin devreye girmesi söz konusu değildir.

¹⁵⁸ Fleischner/Almanya, 03.10.2019, § 61; *Vella/Malta*, 11.02.2014, § 57; *Allen/Birleşik Krallık*, 12.07.2013, § 126.

¹⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, ‘Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme’ in Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenme Hakkı Sempozyum Kitabı (Özel Ofset 2022) 74-77.

¹⁶⁰ Cezaî ve hukukî sorumluluğunun farklı vakalara dayandığı tespiti için bkz. Fleischner/Almanya, § 68.

¹⁶¹ Tandoğan (n 1) 352; Kılıçoğlu (n 1) 202; Seçer (n 116) 2655; Bahattin Aras, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin Yayınları 2014) 126.

¹⁶² Yarg. 10. HD, 2020/319 E. 2020/4122 K. 30.06.2020 T.: “ceza davasında kusurun varlığına ilişkin maddi olgu hukuk hâkimini bağlayacağından, kesinleşen ceza mahkemesi kararı ile mahkûm olanlara da herhalde bir miktar kusur verilmesi gereği gözetilmeksizin karar verilmiş olması isabetsiz olmuştur.” Aynı yönde: Yarg. 10. HD, 2020/9936 E. 2021/671 K. 25.01.2021 T. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶³ Keller Alfred, *Hafpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl., Stämpfli Verlag 2002) 126; BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 19; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 30) 712 vd.; Kocayusufpaşaoğlu (n 2) 579 vd.; Oğuzman ve Öz (n 13) 84; Eren (n 4) 946.

¹⁶⁴ Yarg. 17. HD, 2016/14262 E. 2019/6782 K. 27.05.2019 T.: “hukuk hâkimi, (...) kusurun bulunup bulunmadığı ve oranına ilişkin ceza mahkemesi kararı ile bağlı olmadığı gibi, (...) ceza davasının sadece araç sürücüsü olan davalıya karşı açıldığı ve anılan kusur raporu gereği verilen mahkûmiyet kararının temyiz incelemesinden geçmeden kesinleştiği görülmektedir.” Yarg. 3. HD, 2018/3332 E. 2018/7499 K. 3.07.2018 T.: “ceza davasında kusur dağılımı yapılmakla birlikte orada belirlenen kusur oranı ceza kurallarına göre araştırılıp tespit edildiğinden hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte değildir. Bu durumda mahkemenin bilirkişilerden ek rapor alarak, yangının çıkmasında davalıların kusuru olup olmadığı ve varsa oranı belirlendikten sonra (...) karar vermesi gerektiği”. <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

Ceza verilmesine yer olmadığına yönelik kararlar da, mahkemenin sübut konusunda açıkça belirleme yapması bakımından mahkumiyet kararlarına benzemektedir. Bu kararlarda failin fiili işlediği tespit edilmekte ancak buna karşın ceza hukuku bakımından kınanabilir olmadığı kabul edilmektedir. Bu kararlar bakımından hukuk hakimi, özel hukuk alanının kuralları uyarınca kusurluluk meselesini değerlendirecek ve buna göre tazminata hükmedecektir.

L. Ceza Mahkemesinin Kusurun Ağırlığı Konusundaki Kararlarının Hukuk Hâkimin Kararına Etkisi

Ceza mahkemesinin gerek beraat kararı (TBK m. 74 f. 1) gerekse de mahkûmiyet kararı (TBK m. 74 f. 2) kusurun değerlendirilmesi (kusurun ağırlığının tayini) bakımından hukuk hâkimini bağlamaz. Bu çerçevede, ceza mahkemesinin belirlediği kusur oranları da hukuk hâkimini bağlamaz¹⁶⁵. Yargıtay da bazı kararlarında bu hususa işaret etmiştir¹⁶⁶. Öte yandan Yargıtay'ın son yıllardaki bazı kararlarında ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında kabul edilen kusur oran ve aidiyeti ile hukuk davasında kabul edilecek kusur oran ve aidiyeti arasında çelişki bulunmaması gerektiği yönünde ifadeler yer almaktadır¹⁶⁷. Kanaatimizce, söz konusu ifadeler hukuk hâkiminin ancak gerekçelerini açıklamak suretiyle ceza mahkemesinin kusur değerlendirmesinden ayrılma imkânı bulunduğu biçiminde anlaşılmalıdır. Zira TBK m. 74 f. 2'nin kusurun değerlendirilmesi konusunda hukuk hâkiminin ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bağlı olmadığına ilişkin açık düzenlemesi karşısında, hukuk davasında ceza davasındaki kusur oranlarından farklı kusur oranı tayin edilemeyeceğine hükmedilmesi kanunun açık hükmüne aykırı olur.

Son olarak bu noktada en önemli sorunun, bilirkişiden kusur tespiti yapmasının istenilmesi olduğunun altını çizmek istiyoruz. Hem hukuk hem de ceza muhakemesinde sıklıkla görülen bu durum, CMK'nın 63. HMK'nın ise 266. maddelerinde birebir aynı şekilde yer alan "hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" kuralına aykırıdır. Zira kusurun değerlendirilmesi tamamen hukuki bir konudur. Burada bilirkişinin görevi tarafların yükümlülüklerinin, bunu ne kadar yerine getirdiklerinin veya getirmediüklerinin ve zararın kendi uzmanlık alanlarına giren teknik boyutuyla belirlenmesidir¹⁶⁸. Bilirkişi raporları bu sınırlarda kalmalı, hâkim söz konusu raporu değerlendirerek kusur tespitini kendisi yapmalıdır. Bunun yapılmaması halinde uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere kast, taksirin ve ihmalin iş güvenliği uzmanları, mühendisler ve hukuk fakültesi mezunu olmayan çeşitli meslek grupları tarafından değerlendirilmesi suretiyle, ceza sorumluluğunun temel ilkelerine aykırı sonuçlara ulaşılması kaçınılmaz olur.

SONUÇ

Kusur, hukukî sorumluluğu ve cezaî sorumluluğu kuran temel unsurlardan biridir. Kusur kavramına medenî hukuk ve ceza hukuku alanlarında verilen anlamlar birbiriyle tam olarak örtüşmez. Haksız fiil kusuru ve cezaî kusur bazı yönleriyle benzerlik arz etmekle birlikte iki farklı alanın kendine has özellikleri, özellikle farklı amaç ve yaptırımları çerçevesinde kusur anlayışları da farklı şekillenmiştir. Kişinin toplumsal menfaatleri ihlâl etmiş bir "suçlu" olduğu yargısına varmanın ve onu özgürlüğünden yoksun bırakmanın koşulları, kişinin bireysel menfaatleri ihlâl etmiş bir "borçlu" olduğu yargısına varmanın ve ona tazminat ödetmenin koşullarına nazaran elbette daha ağır olmalıydı. Nitekim bugün gelinen noktada cezaî kusurun varlığının kabulü, haksız fiil kusuruna nazaran daha zor bir hal almıştır.

Kusur kavramına haksız fiil ve suç bakımından verilen anlamlar arasındaki benzerlikler ve farklar konusunda bu çalışmada tespit ettiğimiz başlıca hususlar şunlardır:

1. Kusur kavramı hem haksız fiil hem de suç bakımından hukuk düzeni tarafından kınanma yargısına dayanır. Ancak neyin kınanabilir olduğunun belirlenmesinde ceza hukukunda kanunla belirlenmiş, bireysel ve mümkün olduğu ölçüde objektifleştirilmeye çalışılan ölçütlerin ön plânda olduğu fail odaklı bir yaklaşım, medenî hukuk alanında ise toplumsal, hukukî ölçütlerin öne çıktığı davranış odaklı bir yaklaşım hâkimdir.

2. Günümüz toplum hayatında kusur sorumluluğunun bazı durumlarda meydana gelen zararların tazmininde yetersiz kalabilmesi nedeniyle haksız fiil sorumluluğu alanında istisnaî de olsa kusursuz sorumluluk halleri vardır. Anayasa'da ceza sorumluluğunun

¹⁶⁵ Deschenaux ve Tercier (n 1) 212; Tandoğan (n 1) 352 vd.; Eren (n 4) 946; Kılıçoğlu (n 1) 201; Kapancı (n 1) 527; Aras (n 157) 123. Hukuk hâkimi olayda kast mı ihmal mi olduğunu, ihmal varsa hafif mi ağır mı olduğunu kendisi değerlendirir. BK-Brehm (n 11) Art. 53 N 19a.

¹⁶⁶ Örneğin bkz. Yarg. 21. HD, 2019/2833 E. 2019/8066 K. 24.12.2019 T.: "Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve yerleşik yargıtay uygulamasına göre; hukuk hâkimi, ceza davasındaki kusur oranları ile bağlı değilse de, kesinleşen ceza mahkemesi kararıyla saptanmış maddi olgularla bağlıdır." <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶⁷ Yarg. 10. HD, 2021/7819 E. 2021/11974 K. 11.10.2021 T.: "Ceza dosyası kapsamında alınan bilirkişi raporuyla, eldeki dosyada bozma sonrası hükme esas alınan bilirkişi kusur raporu arasında meydana gelen olay ile ilgili farklı oran ve aidiyetler belirlenerek çelişkinin oluştuğu anlaşılmakla, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile konusunda uzman bilirkişi heyetinden; ceza dosyası ile arasındaki çelişki gözetilip giderilmek suretiyle, maddi oluşturma ve kanuna uygun olarak kusur oran ve aidiyetleri usulünce belirlenmek suretiyle, yeniden kusur raporu alınmalı (dır)." <www.kazanci.com> E.T. 1.9.2023.

¹⁶⁸ Zafer (n 96) 262; Özgenç (n 3) 275. Nitekim bu husus TCK m. 22 hükmünün gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir: "Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin (...) ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne suretle ihlâl edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan herhangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak, bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. Bunun dışında, bilirkişi tarafından münhasıran hakimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır." <www.lexpera.com> E.T. 15.9.2023.

kusurluluğu ilkesine yer verilmemiştir. Ancak anayasal teminat altına alınmış iki temel ilke olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve suçsuzluk karinesi, kusursuz suç olmaz ilkesini iki koldan teminat altına almaktadır.

3. Ceza hukukunda isnat yeteneği bakımından küçükler ile sağır ve dilsizler bakımından asgarî yaş gerekliliği öngörüldüğü halde, medenî hukuk alanında ayırt etme gücü bakımından bu tür alt yaş sınırı bulunmamaktadır. Ceza hukukunda öngörülen asgarî yaş sınırına ulaşmadığı için isnat yeteneği bulunmayan bir kişinin haksız fiil alanında ayırt etme gücünün bulunduğu ve kusurlu davrandığı sonucuna ulaşılabilir. 12-15 yaş arasındaki çocuklar bakımından ise isnat yeteneği file göre belirlenmekte ve bu yönden ayırtım gücüne ilişkin değerlendirmeyle benzeşmektedir.

4. Cezaî sorumluluğun doğması için kural olarak fiilin kastla işlenmiş olması gerektiği halde, hukukî sorumluluğun doğması için hafif ihmal dahi yeterlidir.

5. Kusurun kast türüne verilen anlam ceza hukukunda ve medenî hukukta benzer olup, failin hukuka aykırı neticeyi bilmesini ve neticeyi istemesi veya en azından göze almasını ifade etmektedir. Hukuken korunan bir değeri bilerek ve isteyerek ihlâl eden kişinin, iradesini hukuk düzeninin tasvip etmeyeceği biçimde kullandığı açık olduğundan, gerek ceza hukukunda gerekse de medenî hukukta kast düzeyinde kusur bakımından kınanabilirliğin varlığında tereddüt yoktur.

6. Ceza hukukundaki taksir kavramının medenî hukuktaki karşılığı ihmaldir. Ancak ceza hukukunda taksir bakımından subjektif anlayış hâkimdir. Her ne kadar failden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü objektif bir ölçüt üzerinden belirlense de, failin bu yükümlülüğü yerine getirmediği için kınanıp kınanamayacağı onun bireysel özelliklerine göre belirlenir. İsnat yeteneğine sahip kişinin psikolojik, zihni, fiziksel zayıflıkları veya yetenek eksikliği gibi bireysel özellikleri cezaî kusurun varlığını kabule engel olabilir. Kusurluluk hukuki bir yargıdır ve zamanla ahlâktan bağımsız bir nitelik kazanmıştır. Buna karşılık, haksız fiil alanında toplumsal hayatta duyulan güvenlik ihtiyacının bir gereği olarak ihmalin ölçüsü objektifleştirilmiştir. Failin bireysel yetersizlik ve mazeretleri kusur değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Ayırt etme gücüne sahip fail, dâhil olduğu sosyal kategoride yer alan ortalama makul tipten aynı şartlar altında beklenebilecek olan davranış biçiminden sapmışsa, kendi yetenek ve kapasitesi çerçevesinde elinden geleni yapmış olup ahlâkî açıdan bir eksikliği bulunmasa dahi ihmalin bulunduğu kabul edilir. Haksız fiil sorumluluğunun faili cezalandırma amacı yoktur. Bireylerin toplum hayatına dâhil olan kişilerin başkalarına zarar vermemek bakımından en azından ortalama yetenek ve niteliklere sahip olmaları gerektiğine ilişkin haklı beklentileri karşısında, haksız fiil alanında kusurun varlığı için faile ahlâken yöneltebilecek bir sitemin bulunması zorunluluğu yoktur; normatif bir kınanabilirlik yeterli görülmektedir. Bu noktada objektif değerlendirmenin sınırı subjektif bir durum olan failin ayırt etme gücünün varlığıdır.

7. Haksız fiil birden çok kişinin kusurlu davranışıyla meydana gelmişse, bu kişiler zarar görene karşı tazminatın tamamından müteselsil olarak sorumlu olmakla birlikte, sorumluların kendi aralarındaki iç ilişkide bu tek tazminatın her birinin kusurunun ağırlığı göz önünde tutularak sorumlular arasında paylaşılması gerekir. Bu paylaşımın yapılabilmesi için söz konusu kişilerin kusurlarının oransal olarak tespiti zorunluluğu vardır. Buna karşılık, ceza hukuku bakımından birden çok kişinin kusurlu davranışı neticesinde bir suç meydana geldiğinde her bir faile ayrı ayrı ceza verilir. Cezaî sorumlulukta sorumluluğun paylaşılması söz konusu olmadığından, paylaşım için bir zorunluluk olan oransal kusur tespitine ceza hukukunda gerek yoktur.

8. Zararlı sonucun meydana gelmesinde failin yanında mağdurun da kusuru varsa, mağdurun bu ortak kusuru, failin eylemi ile sonuç arasındaki nedensellik bağına kesmedikçe cezaî veya hukukî sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Mağdurun ortak kusuru, cezaî sorumluluğun ve tazminat sorumluluğunun ağırlığını azaltabilir.

9. Hukuk hâkimi failin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti konusunda aynı fiile ilişkin ceza mahkemesinin daha önce vermiş olduğu beraat kararı ile bağlı değildir (TBK m. 74 f. 1). Ceza mahkemesinde beraat eden kişinin, aynı fiil dolayısıyla hukuk yargılamasında kusurlu bulunarak zarar görene tazminat ödemesine hükmedilmesi mümkündür. Ancak suçsuzluk karinesi, kişi hakkındaki ceza yargılamasının mahkûmiyet dışında sonuçlandığı durumlarda, farklı yargı düzenlerinde yapılan sonraki yargılamalarda yargı makamlarının kişinin suçsuz olduğuna yönelik kabule saygı göstermelerini gerektirir. Ceza yargılamasında kişi hakkında şüpheden sanık yararlanır ilkesi doğrultusunda CMK m. 223/2-e bendi uyarınca verilen beraat kararlarının hukuk mahkemesinde kişinin fiili gerçekleştirdiği yönünde bir ön kabule dönüşmesi kabul edilemez.

10. Aynı fiil bakımından ceza mahkemesi failin kusurlu olduğunu kabul ederek mahkûmiyet kararı vermişse, hukuk hâkimi ancak haklı gerekçelerin bulunduğu (örneğin ceza hukuku bakımından da yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edebilecek durumların ortaya çıktığı) istisnaî durumlarda failin kusurlu davranışının bulunmadığına hükmedebilir.

11. Aynı fiil bakımından ceza mahkemesi tarafından verilmiş gerek beraat kararı gerekse de mahkûmiyet kararı, kusurun ağırlığının belirlenmesi bakımından sonraki tazminat yargılamasında hukuk hâkimini bağlamaz (TBK m. 74).

12. Kusurun varlığının ve ağırlığının değerlendirilmesi hukukî bir konudur. Gerek ceza yargılamasında gerekse de hukuk yargılamasında bilirkişilerin görevi tarafların yükümlülüklerini, bu yükümlülüklere uyup uymadıklarını, zarara yol açan etkenlerin neler olduğunu kendi uzmanlık alanlarına giren teknik boyutuyla belirlemekten ibarettir. Kusurun varlığı ve ağırlığı konusunda değerlendirme yapmak hâkimin görevidir (CMK m. 63, HMK m. 266).

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Yazar Katkıları: Çalışma Konsepti/Tasarım- L.M.K., F.G.T.; Veri Toplama- L.M.K., F.G.T.; Veri Analizi/Yorumlama- L.M.K., F.G.T.; Yazı Taslağı- L.M.K., F.G.T.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi- L.M.K., F.G.T.; Son Onay ve Sorumluluk- L.M.K., F.G.T.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Author Contributions: Conception/Design of Study- L.M.K., F.G.T.; Data Acquisition- L.M.K., F.G.T.; Data Analysis/Interpretation- L.M.K., F.G.T.; Drafting Manuscript- L.M.K., F.G.T.; Critical Revision of Manuscript- L.M.K., F.G.T.; Final Approval and Accountability- L.M.K., F.G.T.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declare that this study has received no financial support.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bası, Adalet Yayınevi 2021).
- Akdağ H, *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2020).
- Alacakaptan U, *Suçun Unsurları* (1. Bası, Sevinç Matbaası 1970).
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale parte generale* (14. Bası, Giuffrè Editore 1997).
- Aras B, *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi* (Yetkin Yayınları 2014).
- Arslan A İ, “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)” [1980] 6 (3) Yargıtay Dergisi 295-323.
- Artuk M E ve Gökçen A ve Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Adalet Yayınevi 2021).
- Atamer Y, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (Beta Yayınevi 1996).
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76* (Onikilevha Yayınevi 2019).
- Brehm R, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2021).
- Bucher A, *Personnes physiques et protection de la personnalité* (Editions Helbing u. Lichtenhahn 1985).
- Buzelli S ve Roberta C ve Cassibba F ve Concolino P ve Pressacco L, ‘Diritto a un equo processo’ in Giulio Ubertis ve Francesco Viganò (eds), *Corte di Strasburgo e giustizia penale* (1. Bası, Giappichelli Editore 2016) 128-135.
- Canestrari S, ‘La Struttura Soggettiva Della Fattiespecie’ in Alberto Cadoppi ve Stefano Canestrari ve Adelmo Manna ve Michele Papa (eds), *Trattato di Diritto Penale* (Utet Giuridica 2013) 89-207.
- Centel N ve Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Bası, Beta Yayınevi 2020).
- Çiftcioglu C T, “Türk Ceza Kanunu’nda Taksir” [2013] 3 Ankara Barosu Dergisi 317-338.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Deschenaux H ve Steinauer P H, *Personnes physiques et tutelle* (2. éd., Editions Stämpfli 1986).
- Deschenaux H ve Tercier P, *La responsabilité civile* (2. éd., Stämpfli Verlag 1982).
- Dönmez S ve Sahir E, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt-2* (12. Bası, Beta Yayınevi 1999).
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (23. Bası, Filiz Kitabevi 2022).
- Dursun S, *Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (27. Bası, Yetkin Yayınları 2022).
- Erkan V U ve Yücer İ, “Ayırt Etme Gücü” [2011] 60 (3) AÜHFD 485-522.
- Etier G ve Sträuli B, “Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale” in Christine Chappuis ve Bénédict Winiger (éd.s) *Responsabilité civile Responsabilité pénale*, (Schultess Editions Romandes 2015) 11-71.
- Fischer W, Böhme A, Gähwiler F, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, OFK - Orell Füßli Kommentar* (4. Aufl., Orell Füßli Verlag 2023).
- Garofoli R, *Manuale di diritto penale parte generale* (3. Bası, Giuffrè Editore 2006).
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021).
- Günal Y, “Müterafik Kusur” [1961] 16 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 208-220.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Bası, US-A Yayıncılık 2021).
- Honsell H, Isenring B ve Kessler M A, *Schweizerische Haftpflichtrecht* (5. Aufl., Schulthess Verlag 2013).
- İçel K ve Özgenç İ ve Sözüer A ve Mahmutoglu F S ve Ünver Y, *Suç Teorisi* (1. Bası, Beta Yayınevi 1999).

- Kapancı KB, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)” [2016] 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 511-552.
- Kapancı KB, *Ahlâka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)* (Vedat Kitapçılık 2016).
- Karakehya H ve Usluadam A K, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Sucun Manevi Unsuru Bağlamında Suc Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, [2015] 3 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 1-24.
- Kaygusuz S, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (3. Bası, Adalet Yayınevi 2022).
- Keller Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht-Band I* (6. Aufl., Stämpfli Verlag 2002).
- Kılıçoğlu A M, “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî hukuk İlişkisi” [1973] 29 (3) AÜHFD 185-225.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Kocayusufpaşaoğlu N, “L’effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l’action civile en droit turc”, in *Türkisch-schweizerische Juristenwoche 1980 in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band 2* (Schulthess Verlag 1981).
- Koçhisarlıoğlu C, *Haksız Eylem (Fiil) Kusuru* (Seçkin Yayınevi 2022).
- Mantovani F, *Diritto Penale Parte Generale* (7. Bası, CEDAM 2011).
- Marinucci G ve Dolcini E, *Manuale di diritto penale* (3. Bası, Giuffrè Editore 2009).
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (2. Bası, Seçkin Yayınevi 2020).
- Merle R ve Vitu A, *Traité de droit criminel, T. I* (3. Bası, Editions Cujas 1997).
- Niggli M A ve Muskens L F, “Eine Straftat ist keine unerlaubte Handlung? Die objektive Widerrechtlichkeitstheorie aus strafrechtlicher Perspektive” in Belsler E. Maria, Pichonnaz Pascal ve Stöckli Hubert (eds) *Mélanges pour Franz Werro* (Stämpfli Verlag 2022) 495-512.
- Oftinger K ve Stark E W, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Schulthess Verlag 1995).
- Oğuzman M K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2020).
- Oğuzman M K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2014).
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (1. Bası, Beta Yayınevi 1985).
- Öntan Y, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Özbek V Ö ve Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Queloz N ve Meylan P, “Capacité de discernement et capacité pénale: une comparaison” in Rumo Jungo Alexandra, Pichonnaz Pascal, Hürlimann Bettina ve Fountoulakis Christiana (eds) *Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli Verlag 2013) 131-143.
- Renucci J François, *Droit Européen des Droits de l’Homme* (2. Bası, L.G.D.J 2012).
- Roberto V, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (Schulthess Verlag 2002).
- Sancar T ve Köprülü T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmalar* (3. Bası, Savaş Yayınevi 2016).
- Schwenzer İ, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (5. Aufl., Stämpfli Verlag 2009).
- Scyboz G, *L’effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l’action civile* (Éditions Universitaires Fribourg Suisse 1976).
- Seçer Ö, “Ceza Hukuku Kurallarının Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Haksız Fiil Hükümleri İle İlişkisi” in Ayşe Nuhoğlu, M. Sinan Altunç ve Ceren Zeynep Pirim (eds) *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt II* (Beta Yayınevi 2014) 2647-2676.
- Selçuk S, *Suç Genel Kuramı* (1. Bası, Seçkin Yayınevi 2021).
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet)* (Vedat Kitapçılık 2010).
- Taner F G, ‘Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkının Kapsamı Bağlamında Bir Değerlendirme’ in Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı Sempozyum Kitabı (1. Bası, Özel Ofset, 2022) 68-80.
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz Kitabevi 1993).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bası, Savaş Yayınevi 2019).
- Ubertis G, *Principi di procedura penale europea* (2. Bası, Cortina Editore 2009).
- Werro F, *La responsabilité civile* (Stämpfli Verlag 2005).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Bası, Beta Yayınevi 2015).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Kurt LM, Taner FG, “Comparison of the concept of fault in terms of tort and crime according to classical crime doctrine” (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 133.