

MÜTERAFİK KUSUR

H. Yılmaz GÜNAL

I. Medenî Hukuk Müessesesi Olarak Müterafik Kusur :

a — Terifi ve Mahiyeti : Müterafik Kusur hali daha ziyade medeni hukuk terimi olarak yerleşmiş olup medenî hukuk tatbikatında müracaat edilir. Haksız fiillerin bahis mevzuu olduğu yerlerde, zararın vukuunda bir tazmin keyfiyeti hatıra gelecektir. Bu taktirde tazminatın tâyini problemi mutazarrının hal ve vaziyetiyle zararın meydana gelmesine veya ağırlaşmasına ne dereceye kadar tesiri olduğunun da bilinmesi gerekecektir. Böylece tazminatın tâyini veya tenkisi haksız fiil neticesinde ortaya çıkıyor ve bu halde de mağdurun müterafik kusuru bahis mevzu olmaktadır.

Müterafik kusur : «Üçüncü bir şahsın kusuruyla zarara uğrayan ve bu sebeble tazmin talebine hakkı olan kimse, zararın husulünde kendisinin de iştiraki bulunursa» (1), vardır. Diğer bir ifadeyle, tazminatın tenkis sebepleri bazan mutazarrının fiili neticesinde olabilir. Bu taktirde üçüncü bir şahıstan tazminat istenemeyeceği açıktır. Bazı hallerde ise failin hatası ile, zarara uğrayanın hatası bir arada bulunabilir. O zaman zarara uğrayanın müterafik kusurundan bahsedilebilir ve tazminattan tenkiset yapılır (2).

Müterafik kusur tabirinde «kusur» kelimesi teknik manada kullanılmamıştır. Zira ferdin kendi hakkına bir nevi tecavüz bahis mevzuudur. Aynı zamanda kusur haksız fiilin sübjektif unsurudur. Bir şahsın kendine karşı haksız fiil işlemesi bahis mevzuu olamayacağı gibi, kusuru da olamaz. Esasen fert kendisini hukuken korumaya mecbur tutulamaz ve tutulmamıştır da, böylece zarar gören kimsenin müterafik kusuru, diğer bir şahsın kusuru gibi tazmin borçu doğurmaz, sadece tazminat miktarının tenkisinde rol oynar. Zarara uğrayan kendi itaatsızlığı ile sebebiyet verdiği mes'uliyete,

(1) Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku*, Cilt: I, II, Ankara 1950 (Üçüncü bası), s. 141.

(2) Théo Guhl, *Le Droit Fédéral des Obligations*, édition polygraphiques, S. A. Zürich, ss. 68, 69.

zararın bir kısmından feragat etmek suretiyle iştirak eder. Müterafik kusur teriminden anlaşılması gerekli kusur «temyiz kudretini haiz bir adamın kendi menfaati bakımından çekineceği veya muktedir olmaması hasebiyle çekinmesi icap edeceği düşüncesiz bir hareket» (3) olarak kabul edilmelidir. Fakat zarar gören şahıs bu zarara uzuv noksanlığı veya tam faaliyette bulunmaması, sağırılık, topallık, körlük gibi kusuruyla sebebiyet vermişse, müterafik kusurlu sayılmaz (4).

b — *Haksız Fiillerde Müterafik Kusur Hali* : Borçlar kanununda ve gerekse mehzaz kanunda müterafik kusur durumu, haksız fiil dolayısıyla ika edilen zararın tazmininin tenkisi halinde bahis mevzuu olmaktadır. Böylece haksız fiil neticesinde ve zarar halinde, müterafik kusur durumuna temas etmek mümkün olmaktadır. Mutazarın bu durumlarda atfedilen kusurlu fiiller muhtelif şekillerde olabilir.

Bazan mutazarın atfedilen fiil, zararın vukuundan evvel yapılmış olabilir. İki kişi kendi aralarında kavga edip, birbirlerine zor kullansalar, bundan da bir yaralanma olsa diğeri tahriki iddia edecektir. Nakliye mukavelesinde, mal sahibi eşyanın müstesna kıymetinden malûmat vermezse, nakliyecinin müterafik kusuru iddia etmesi mümkündür. Otele kıymetli eşyalarını teslim etmeyen müşteri, vukû bulan kayıptan, otelcinin ve kendisinin kusuru olmaması halinde bile müterafik kusurlu sayılır. Otelci ve müstahdemler kusurları halinde mes'uldurlar (5).

Bazan da zarar iki tarafın aynı andaki fiilinden meydana gelebilir. İki tarafın zarara duçar olduğu ve kusurlu bulunduğu trafik kazalarında bahis mevzuu olur (6).

Mağdur sonradan inzıman eden kusurlu fiilinden dolayı da müterafik kusurlu sayılabilir. Zararı önlemek için bazı tedbirler almaması halinde, kurtarma mükellefiyetini yerine getirmemesi veya tehlikenin giderilmesi için zaruri ameliyata rıza göstermemesi veya hastahaneye naklini kabul etmemesinde olduğu gibi.. (7).

Maden kazalarında ise durum mağdur lehine farklı olarak mütâlâa edilip, mağdurun müterafik kusuru bahis mevzu olmayacağı derpiş edilmişti. Böylece işçiyi himaye maksadıyla konulan 4268 sayılı kanunun II. maddesinin Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında bir mebus tarafından sorulan suale verilen ve meclis heyeti tarafından tasvip edi-

(3) Arsebük, a. g. e., s. 142.

(4) Aynı yer.

(5) Guhl, a. g. e., s. 68.

(6) Aynı yer.

(7) Aynı eser, s. 69.

len izahatta madende çalışan kimselerin şahsıyla, müterafik kusur ve hatalarının aranmayacağı belirtilmiştir (8). Maden kanununda aynı şekilde bir tatbikat sağlanması işçi menfaati bakımından olduğu kadar, hüsnüniyet kaidesi içaplarındandır. Yeterki işçinin kasti hareketi olmasın. bundan da bir zarar doğmuş bulunmasın.

c — Tazminatı Tenkiste Önemi: Müsterek hukukta zarara sebebiyet veren kimsenin ihmali, zarara uğrayan tarafın ihmaliyle takas edilir, dolayısıyla müterafik kusurun bir tazmin borçuna meydan vermeyeceği kabul olunurdu. Alman Medeni Kanunu, eski borçlar kanununun 51. maddesinden mülhem olarak hâkime geniş bir taktir hakkı vermiş bu esas borçlar kanunumuzca da kabul edilmiştir. «Federal Mahkeme içtihadına göre müterafik kusur halinde durumu hâkim res'en nazara alır» (9).

Hâkim zararı tenkis ederken, tarafların kusur derecelerini mukayese eder. Eğer fail kasten zarara sebebiyet vermişse, mutazarrır olan tarafın zararı nazara alınmaz. Meselâ : İstihdam olunan kimsenin emniyeti suistimali, iş sahibinin mürakabedeki ihmalden doğmuştur denemez. Fakat işçinin kefilî borçlar kanununun 500 üncü maddesinin II. fıkrası gereğince mürakebenin yapılmamış olduğunu ileri sürebilir. Zarar failin kasdi hareketinden doğmamışsa, mutazarrırın ihmali hesaba katılarak, kusurların derecelerine göre, hâkim ya zarar ziyana hükmeder veya zarar ve ziyana hükmetmez. Yolun solundan giden bir bisikletliye, çok hızlı gelen bir otomobil tarafından çarpılsa, şöföre daha fazla kusur isnat edilebilirse de, bisikletlinin de yolun solundan gitmek suretiyle müterafik kusuru vardır denebilir (10).

Müterafik kusur halinde bizzat zarar görenin kusurlu hali, borçlar kanununun 44. maddesiyle tanzim edilmiştir. Kanun ne gibi hareketlerin müterafik kusur sayılabileceğini ne gibi hareketlerin de tazminatı tenkise tabi tutabileceğini tesbit ediyor.

(8) Böylece maden kazalarında, mutazarrırını himaye bakımından bu hüküm derpiş edilmişti. Borçlar Kanunu 44. maddeye göre tazminatın tenkisi yapılmıyacaktır. Fakat mutazarrır fiiliyle zararın doğmasına veya ağırlaşmasına yardım etmişse ve meselâ : Makul bir kimsenin yapmaması kendi menfaati icabı olan bir hareket yapıldığı taktirde zararın doğum veya ağırlaşmasına yardım etmiş olur. Bu takdirde zararlar mütecavizin hareketi arasında illiyet rabıtasının tesbiti gerekir. Her hâdiseye göre durumun tesbiti ile B. K. 44. maddeye göre hareket edilir. (K. Fikret Arık, Maden Kazaları ve Mutazarrırın Müterafik Kusuru, Adliye Dergisi, Eylül 1944, Sayı : 9, ss. 757, 760)

(9) Arsebük, a. g. e., s. 143.

(10) Aynı yer.

Buna göre hâkim ya zarar ziyânı indirir veya tazminata hükmetmekten vazgeçebilir (11).

Eğer mutazarrır olan taraf zarara razı olursa, araya bazı hâdiselerin girmesiyle kuvvetinden bir hayli şeyler kaybeden bu durum, mehzaz kânunda, rızanın zarara değil fiile taallûk etmesi gerektiği şeklinde hal tarzı bulmuştur. Fransızca metinden iktibas edilen kanunumuzda bu hususta sarahat yoktur.

Zarara uğrayan tarafın fiili, zararın ihdasına veya zararın çoğalmasına yardım ederse her iki tarafın kusur derecesi nazara alınır. Bu da çeşitli şekillerde olabilir (12).

aa. Zarar gören kimsenin hareketi zararı gerektiren hadisenin meydana gelmesini kolaylaştırır. Meselâ : Bir zarfa büyük miktarda para koyup biriyle gönderen kimsenin zarfın içindeki para miktarını söylemesi lâzımdır. Eğer söylemez, götüren adamda parayı kaybederse, zararı tazminden mes'ul tutulamaz (13).

bb. Zarar gören kimse, zararı mucip bir hâdisenin zararlı neticelerini bertaraf etmeye çalışmazsa mutazarrır müterafik kusurlu sayılır. Yaralanan bir hayvan tedavi ettirmeyerek ölümüne sebebiyet vermek halinde olabileceği gibi..

cc. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, bir kazanın vukûnda her iki tarafta mutazarrır olur ve her ikisinin de kusuru bulunursa, zararları yekûnu toplanarak, zarara uğrayanlar arasında kusurlarının ağırlık derecelerine göre mütenasiben taksimi gerekir. İki otomobil çarpışmasında iki tarafta aynı derecede kusurlu ise, taraflardan birinin zararı 100, diğ-

(11) Marcel Planiol, Geoges Ripert, *Tratéque de Droit Civil Français, Obligations*, Cilt : VI, Paris, 1952, ss. 961 vd. Zararın tazmini ve şekilleri için Bkz.

(12) Arsebük, a. g. e., ss. 144 vd.

(13) Borçlar kanununun 438 inci maddesinin ikinci fıkrası da aynı şekilde mes'uliyeti tâyin eder. Eşyanın kıymetinden nakliyeciye haberdar etmeme mursilin kusuru sayılır diye belirtilmektedir. Aynı şekilde posta kanununun 49. maddesi PTT. idaresinin sorumdan kurtulması hallerinden bahsederken, mutazarrırın müterafik kusuru haline temas eder. Bu kusurlu hal PTT. yi mes'uliyetten tamamen kurtarıcı durumdadır. Zarar ve hasar zorlayıcı sebeplerden veya göndericinin kusurundan ileri gelirse, gönderilen maddenin içine yasak şeyler konmuşsa, hak sahipleri tarafından itirazsız kabul edilen posta maddelerinden dolayı mes'uliyet bahis mevzu olmuyor bu da diğer tarafın kusurudur.

rinin ki 60 lira olsa $100 + 60 = 80$ ortalama zarar olacak. Böylece 100 lira zarar eden ancak 20 lira alabilecektir (14).

Zararı önlemek için mutazarrır ne gibi tedbirler almalıdır? suali hatıra gelebilir (15). Hâdiselerin hususiyetine göre cevap vermek mümkündür. Fakat umumiyetle doğru düşünen bir adamın kendi menfaatlarını korumak için ittihaz edeceği tedbirler bu hususta bir kıstas teşkil edebilir. Bununla beraber zarar gören kimsenin sıhhatını ve hayatını tehlikeye koyacak tedbirler alması istenemez. Fakat tehlike meselesi sübjektif ve mistik bir mahiyet arzeder. Meselâ : Mutazarrırın tehlikesiz bir ameliyat neticesinde vücudunda hiç bir arıza kalmayacağını farzedelim. Halbuki ameliyat olunmaktan korkulabilir. Rıza gösterilmeyerek çalışma kabiliyetinin yarısı kaybedilebilir. Görüleceği üzere ameliyat olmak suretiyle mutazarrırın kaideten bir müterafik kusuru vardır. Bu hal zarar ziyanın tazminini icap ettirecekmi? Federal mahkeme ameliyat mecburiyetini çok dar sahalara inhisar ettiriyor. Bununla beraber ameliyat tehlikeli olmadığı ve fazla ızdırap vermediği ve ameliyat neticesinde malûliyetin zail olacağı katiyetle bilindiği fail ameliyat masraflarını peşin olarak verdiği taktirde, mutazarrır olan taraf ameliyat olmaya mecburdur. Aksi taktirde tazminat miktarı indirilir (16).

Zararı bertaraf etmek veya azaltmak için zarar gören kimsenin ittihaz edeceği makul derecedeki tedbirlerin masrafı zarar yapan şahsa aittir. Çünkü bu zarar masraflarda bir unsurdur. Mutazarrır olan tarafın önüne geçmek için borçlu hesabına tedbirler alması hakkı, müterafik kusura sebebiyet vermemek mecburiyetinden daha ileriye gider, o derecede ki ittihaz olunmadığı taktirde Borçlar Kanununun 44. maddesine göre müterafik kusur teşkil edemeyecek olan tedbirleri de alabilmek mutazarrır olan taraf için bir hakdır (17).

II. Ceza Hukukunda Müterafik Kusur :

Mağdurun müterafik kusuru suç failinin mesuliyetini kaldırır yahut azaltabilirmi? Yahut ceza tâyin edilirken bu durum ne dereceye kadar nazara alınacaktır (18). Bazı hukukçular şöyle bir tefrik yapıyorlar, eğer

(14) Arsebük, a. g. e., s. 518.

(15) René Chapus, *Résponsabilité Privé*, Paris, 1954, ss. 487 vd.

(16) Arsebük, a. g. e., s. 146.

(17) Aynı eser, s. 147.

(18) Vidal - Magnol, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, Huitième édition, Paris, 1935, ss. 174, 175.

mağdurun fiili olmasa zararlı netice meydana gelmiyecek idiyse bu halde mağdur neticeyi kabullenecektir. Fakat faile de ayrıca, dikkatsizlikten dolayı bir kabahat cezası düşünülebilir. Yahut bilâkis zarar mağdurun bir hatasının neticesi değilse ve onsuz meydana gelmişse, tamdır. Bununla beraber içtihat böyle bir tefrik kabul etmemiş her hal için zararın kanunî failini mes'ul tutmuştur. Kanunun mazur gördüğü haller dışında ki suç mazur görülemez. Müterafik kusur varsa hâkimler bir tahfif sebebi görebilirler (19). Cezai sorumluluk ancak mağdurun bizatihi fiilinin neticesi zarar husule geldiği hallerde mazur görülebilir.

a. *Bazı Nazariyelere Tatbik İmkânı* : Suçun maddi unsurlarının tetkiki sırasında, hareketi neticeye bağlama veya neticenin hareketin sonunda meydana geldiğini tesbit için çeşitli illiyet nazariyeleri ortaya atılmıştır. Bunlardan müterafik kusur halini izah bakımından şart nazariyesi ve son şart nazariyesine kısaca temas edeceğiz. Böyle bir halde müterafik kusurlu failin hareketinin neticesi olarak meydana gelen neticenin, ilk failin fiiline ne dereceye kadar bağlanabileceğini, yahut ilk failin bu neticeden (mağdurun müterafik kusurlu bulunmasından dolayı) ne dereceye kadar mes'ul tutulabileceğini izah bakımından bu iki nazariyeden faydalanacağız.

Son şart nazariyesine göre (20), sebep; bir hâdisenin zaruri ve kâfi öncesidir. Yani o hâdisenin tahakkuku için zaruri şartların heyeti umumiyesidir. Şartların hepsi bir bütün olarak neticeye tesir eder. Onların bir tanesi dahi olmasa netice meydana gelmezdi. Hareketten önceki, hareketten sonraki şartlar neticesinin meydana gelmesine tesir etmiş sayılırlar. Fakat bunların şart sayılması, hareketinde şart sayılmasına yani netice ile hareket arasında sebebiyet alâkasının kabulüne mani olmaz. Eğer hareket olmasa o netice meydana gelmeyecek idiyse, hareket zaruri bir şarttır ve hareket ile netice arasında sebebiyet alâkası vardır. Eğer failin hareketi olmadan da netice meydana gelebilecek idiyse, yani hareket ile

(19) Hususi hukukta iki kişinin zarar ika ettiği hallerde olduğu gibi, bunun fail ve mutazarrır olması halinde de hâkim zararın tazmin nisbetini tâyin eder. Fakat çoğu kere şartları tam tesbit imkânı olmadığı için, hâkim hakkaniyete göre hareket eder. Ceza hukukunda cezanın suçlular arasında taksimi bahis mevzu olamayacağından, ancak cezanın tâyininde bu hal hâkimin takdir hakkına tesir eder. (Nurullah Kunter, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1955, ss. 193, 194).

(20) Kunter, aynı eser, ss. 149 vd; bu hususta ayrıca Bkz.: Tahir Taner, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, 3. Bası, İstanbul, 1953, ss. 309. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Ceza Hukuku, Umumi Kısım*, Cilt. I, İstanbul, 1959 ss. 462 vd.

netice arasında bir zaruret münasebeti yoksa sebebiyet alâkası da mevcut değildir. Bu halde hareketten müstakil başka bir sebebiyet zincirinin neticeyi meydana getirdiği anlaşılır. Meselâ: Bir kimse balıkçıyı öldürecek derecede yaralansa, fırtınalı bir havada kayık batarak kayıkçı ölse, yaralama hâdisesi normal olarak ölümü tevhit etmez. Fakat kayıkçının yarasının tesiriyle iyi yelken kullanamamasından batması halinde, hareket ile ölüm arasında bir münasebet vardır. Fail ölüm neticesinden mes'ul tutulacak yaralının iyi yelken kullanamaması kusurundan (müterafik kusur) bahsedilemeyecektir. Böylece bu nazariye taraftarlarına göre failin hareketi neticenin zaruri şartlarından sayılmaktadır. Yaralama hareketi ile ölüm arasında sebebiyet alakasının bulunduğu söylenecek, yaralı olarak iyi yelken kullanamaması (müterafik kusur) olarak nazara alınmayacaktır.

Vanini, bu nazariyeyi bilhassa İtalya'da müdafaa edenler arasındadır. Battaglini ise müşahhas hâdiseyi her zaman meydana getiren herhangi şartın sebep sayılabileceğini belirtmiştir. Ancak birbirini takip edisin, kâfi gelmediğini, her çeşit oluşluluk, yahut her zaman aynı oluşluluğun aranması gerektiğini söylemektedir. Buna göre: Kaldırımdan giden bir kalp hastasının, otomobilin dönemeci dönerken kaldırıma çıkması ve bundan korkup ölmesi halinde, her zaman normal olarak böyle bir neticeyi meydana getirmesi düşünülemediğinden, illiyet bağı yoktur. Ölüm neticesinden şöfor mes'ul tutulamıyacak, mağdurun şahsından bir dereceye kadar neş'et eden (müterafik kusurluluk hali) nazara alınmayacaktır (21).

Temyiz mahkemesi bazı kararlarında şart nazariyesini kabul etmiştir (22). Meselâ: Yaralanan bir kimsenin ihmali yüzünden ölüm meydana gelmişse, müteveffa kasten hareket etmediği cihetle sebebiyet alâkasının kesilmediğini, suçlunun cürüm fiilinin neticesinin baki kaldığı, ancak ceza kanununun 452. maddesine göre cezanın tenzil edileceği belirtilmekle müteveffanın ihmalden mütevellit kusuru (müterafik kusur), cezanın azalması şeklinde tecelli ederek bir nevi tazminatın (kanunda derpiş edilen cezadan bu hareketin bir indirim sebebi teşkil etmesi nazara alınarak) tenkisine benzetebiliriz. Aynı şekilde uçurumlu bir arazide bir kimseyi kovalayan şahsın, kovalama hareketi ile, o kimsenin ayağı ka-

(21) Şart nazariyesi; ilmi, rasyonel olmadığı, şartların heyeti umumiyesinin sebebi teşkil ettiği esastan hareket edilerek sadece bir şarta sebep denemeyeceği, sebebiyet alâkasının fiili bir vakıa olduğu, mes'uliyet sahasını çok genişlettiği bakımından tenkit edilmiştir. Bkz.: Kunter, a. g. e., ss. 153 vd.

(22) Aynı yerden naklen

yıp uçurumdan aşağı düşmesi ve ölmesi arasında illiyet bağının bulunmadığının kabul edilmiş olması, müteveffanın kusurlu haline göre de cezada tenkifat yapılmasını gerektirmiştir.

Son şart nazariyesi taraflarına göre (23), sebebiyet zincirini tamamlayan ve son halkayı teşkil eyleyen müsbet şartı sebep saymakta, zira neticeyi onun tâyin ettiğini iddia etmektedir. Daha ziyade sebep değil, mes'uliyet meselesini halle yarayan bu nazariye Temyiz Mahkememizce de kabul edilmiştir. Meselâ : Bir kimsenin iade etmek istediği silâhı açık pencereden içeri bırakması, sonra çocuğun onunla oynarken silâhın ateş alıp ölmesinden bırakma hareketi ile ölüm neticesi arasında sebebiyet alâkası görülmemiş, araya başka bir fiil girdiği münasebet ve rabitanın ani olmadığı söylenmiştir. Yine Temyiz Mahkememiz, değirmenci yokken girip değirmeni işletirken yaptığı kazada yaralanan kimsenin yaralanmasından değirmenciye mes'ul tutmamak için sebebiyet alâkasının yokluğuna dayanılmış, değirmencinin hareketi ile netice arasında doğrudan doğruya irtibat olmadığı söylenmiştir. Keza şoförün kamyonu suratla sürmesinden telaşlanarak kendini atan mağdurun ölümü ile şoförün hareketi arasında doğrudan doğruya illiyet rabitası olmadığı belirtilmiş böylece müterafik kusurlu sayılabilecek mağdurun, kendisi neticeye katlanma durumunda kalmış, failin cezasında ise tenkifat yapılmıştır (24).

b. *Umumi Hükümlerde «Müterafik Kusur» hali* : Ceza kanunumuzun umumi hükümler kısmında mağdurun kusurlu fiillerinin, faile verilecek cezada tahfif edici bir rol oynadığı görülmektedir.

aa. *Haksız tahrik halinde «Müterafik Kusur» hali* : Haksız tahrik halinde, mağdurun durumu müterafik kusura benzetilebilir (25). Haksız tahrikte bulunan kimsenin aynı zamanda zarara uğrayan kimse olması halinde bu durum bahis mevzu olur. Demiryolu bekçisine her geçişinde kızdırmak için düdüğü çalan ve ayrıca küfreden bir marşandiz makinisti düşünelim. Bir gün uzaktan aynı katarın, düdüğünü işiten bekçinin kapıldığı hiddet buhranı için de geçidi kapamaması ve bundan husule gelen kazada marşandiz makinistin yaralanması, bekçi lehine haksız tahrikin düşünülmesine vesile olabilir. Aksini düşünmek için hiçbir sebep yoktur denebilir (26).

(23) Aynı eser, s. 176.

(24) Son şart nazariyesinin aleyhinde olanlar, her zaman aynı neticeye sebep olanın, son hareket veya doğrudan doğruya hareket olmadığı noktasında toplanmaktadır (Kunter, a. g. e., s. 177).

(25) Faruk Erem, *Türk Ceza Hukuku*, cilt : I, Genel Hükümler, Ankara 1958, s. 406.

(26) Faruk Erem, *Haksız Tahrik*, Adliye Dergisi, 1946, Sayı : 7, s. 680.

Temyiz Mahkememizin mağdurun, neticenin vukuuna sebep olan failin fiilinin ikasına vesile olması halini haksız tahrik kabul edip cezada indirme yapılacağı yolunda içtihatları vardır (27). Bu hususun tesbit ve tâyini ise, sanıkla en yakın münasebette bulunan hâkime aittir (28).

Bu gibi hallerde mağdurun haksız tahrikinin derecesine göre, faile verilecek ceza da değişecektir. Eğer tahrik ağır ve şiddetli değilse, suç ölüm cezasını gerektirirse, yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkûm olunur, sair hallerde cezanın dörtte biri indirilir. Tahrikin ağır olması halinde ise bu indirim ölüm cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet hapis yerine de onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilip sair hallerde ceza üçte ikiye kadar azaltılabilir (29).

bb. Taktire bağlı hafifletici sebep ve «Müterafik Kusur»: Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece fail lehine cezayı hafifletici takdiri sebepler, mağdurun müterafik kusurundan da neş'et edebilir. Bu haller mahkemenin tesbiti halinde idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine de 30 sene ağır hapis cezasına hükmedilir. Diğer cezalar altı da bir nisbetinde azaltılır. Ceza Kanunumuzun 59. maddesi daha ziyade cezaların şahsileştirilmesi (30) müessesesinde tatbik imkânı bulmakla beraber, mağdurun müterafik kusurlu sayılabileceği hallerde yani failin şahsıyla ilgili olmayan hallerde de kabili tatbiktir. Mağdurun haksız ve kusurlu bir fiili neticesinde fail ya suçu işlemiş veya vahamet derecesi artmıştır. Bu gibi hallerde hâkim cezayı azaltacaktır. Temyiz mahkememizin bu yol da çeşitli içtihatları olup, mağdurun

(27) «Maktulun, sanığın omuzuna belin sapı kırılacak derecede iki defa vurması» (T. I. CD. 21.4.1949, E : 592, K : 770); «Mağdurun elinde sopa olduğu halde mussiren sanığı takip ederek dövmesinin» (T. 4. CD. 29/4/1949 E : 5259, K : 6594); «Mağdurun avlusunu çeviren anlağı, daha önce sökmüş bulunan sanığın bu yüzden çıkan münakaşada mağduru iterek elindeki balta ile üstüne hücum etmesi» (T. I. CD; 4/5/1949 E : 3097 K : 2354), haksız tahrik kabul edilip bu vaziyetlerde mağdurun kusuru müşahede edilmektedir. Faile verilecek ceza muayyen nisbetlerde indirilmektedir. İchtihatlar için Bkz.: Sadık Perinçek, Cahit Özden, Türk Ceza Kanunu ve buna ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, 3. tabı, İstanbul, 1959, s. 87.

(28) «Tahrikin derecesini taktir etmenin, sanığın tahammül ve teessürü dereceleri hakkında yakinen bilgi edinen yargıca aittir.» (T. 4. CD. 7/4/1951, E : 9338, K : 9338); «Tahrikin derecesini taktir keyfiyeti mahkemenin yetkisi cümlesindedir». İchtihatlar için Bkz.: Perinçek - Özden, aynı eser, s. 88.

(29) Erem, a. g. e., s. 407.

(30) Bkz.: Burhan Köni, Cezanın tâyininde suçlunun şahsiyeti, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt : XI, sayı : 3, ss. 50 vd.

müterafik kusurlu hali tebaruz ettirilmiş taktiri tahfif sebebi kabul edilmesi ve cezanın indirilmesi belirtilmiştir (31).

Ölüme rıza gösterme halinde de, mağdurun neticeye rızasında ve bunu kabullenen failin de kusuru vardır. Burada da müterafik kusurluluk hali kabul edilebilir. Fakat kanunumuzda mağdurun rızası üzerine katil halinde hususi bir hüküm bulunmadığına göre, adiyen veya gerekirse müşeddideli katil hükmünü tatbiki fakat mağdurun bu duruma rıza göstermesi halini müterafik kusurluluk kabul ederek cezanın 59. maddeye göre taktire bağlı cezayı azaltıcı sebebin kabulü isabetli olur (32).

c. *Hususi Kısımdaki Hükümlerde «Müterafik Kusur»*: Ceza kanunumuzun hususi kısmında bulunan maddelerde mağdurun müterafik kusurlu hallerine yer yer temas edilerek, cezanın azaltılacağı ve hattâ tamamen ortadan kalkacağı durumlara işaret edilmiştir. Biz bunlardan üçü üzerinde duracak, adam öldürmede, hakarete ve memurun memuriyet hududunu tecavüz eyleyen keyfi hareketlerine temas eyleyeceğiz.

aa. Adam öldürmede cezanın tenkisi : İki fiil birbirini takip etseler, vakıalar arasında sebep rabıta ve münasebeti bizzat mağdurun veya üçüncü şahsın zaruri olmayan fiil ve hareketleriyle yahut tabiat hâdiseleriyle kesilmiş olursa husule gelen neticenin mes'uliyeti, fiili işleyene tahmil edilemez. Meselâ : Öldürmek kastı ile birisi diğerini yaralasa mağdur yarasına mikroplu bir bez sarsa, kangıran olup ölse netice ile

(31) «Sanığın tarlasına akmakta olan suyu dâvacının kendi tarlasına çevirmesi yüzünden hâdisenin çıktığı anlaşıldığına göre» (T. 2. CD. 15/2/1946, E : 1282, K : 1341); «Sanığın kendi oğlunu dövdüğü kanaatıyla mağdura tecavüzde bulunduğu kabul edildikten sonra bunun tahrik mahiyetinde olmadığı kararda gösterilmekle iktifa edilerek cezayı azaltıcı takdiri sebep olup olmadığının tartışılmaması yolsuzdur» (T. 2. CD. 19/9/1947, E : 8272, K : 9000); «Mağdurun köy sınırlarına hayvan sokmalarının hâdiseye yol açmış olmasına göre tahfife yer olup olmadığının tartışılmaması yolsuzdur. «(T. 4. CD. 19/2/1949, E : 5863, K : 5803);» «Şöforün sola kırmasına rağmen mağdurun sola gitmesinin hâdiseye müessir olmasına göre» (T. 4. CD. 31/5/1949 E : 5246, K : 8361) içtihatlar için Bkz.: Perinçek - Özden, a. g. e., ss. 101. Yine aynı şekilde «mağdurun borcunu vermemesi hâdiseye sebep olmadığına göre» diyerek ve bunda mağdurun müterafik olarak kusurlu kabul edileceği bir hal bulunmasına rağmen bunun nazara alınmayarak cezada gerekli bir indirim yapılmaması yüksek mahkemece bozmayı mucip olarak mütalâa edilmiştir. Ceza hukuku bakımından mağdurun faille beraber aynı neticeden kusurlu sayılması ancak faile verilecek ceza nisbetinin azalması şeklinde müsbet bir tesir fail lehine oynamaktadır.

(32) Faruk Erem, *Adam Öldürme*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1953 Cilt : X, sayı : I - 4, ss. 36, 37.

fiil arasına mağdurun zaruri olmayan fiili girmiş bulunması dolayısıyla hasıl olan neticeden (mağdurun müterafik kusuruda nazara alınarak) mes'ul tutmak ve ceza kanununun 451. maddesine göre cezadan tenkis yapılmalıdır (33).

Ceza kanunumuzun 451. maddesine göre iki hafifletici sebep tesbit edilmektedir. Ya failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi yüzünden ölümün vukua gelmesi veya failin iradesinden hariç ve gayri melhuz sebeplerin inzimamı yüzünden ölümün husule gelmesi gibi (34). Buna benzer hallerde «müşterek sebep» (35) ten bahsedilebilir. Bu ya failin fiilinden önce mevcuttur, yaralanan şahısta şeker hastalığı bulunması gibi bünyevi bir sebeptir, veya fiilden sonra husule gelir. Hafifce yaralanan mağdurun yarasına örümcek ağı koyarak (mağdurun müterafik kusurlu hali) ölüme sebep olması gibi hallerde durum böyledir. Bu vaziyetlerde ceza kanununun 451. maddesine göre cezada indirim yapılacaktır.

Temyiz Mahkememiz, yaralının hekimler tarafından lüzum görülen ameliyata muvafakat etmemesinin ölüm husule getirmesi halini de mağdurun (müterafik kusuru) kabul edilerek ceza kanununun 451. maddesine göre cezadan indirim yapılmasının uygun olacağı içtihadındadır (36).

bb. Karşılıklı Hakarete Cezanın Azaltılması : Ceza Kanunumuzun 485. maddesi karşılıklı tahkir veya sebebiyet verme halinde, faile hükmedilecek cezanın ne şekilde azaltılacağı hattâ kaldırılabilceğini belirtmekte böylece mağdurun müterafik kusurunun neticesine işaret edilmektedir.

Karşılıklı tahkir adı verilen müessesenin medeni hukukta ve Roma Ceza Hukukunda hususi suçlar hakkında cari olan «takas» nazariyesinin ceza hukukuna tatbiki denilmektedir. Diğer bir görüş ise karşılıklı tahkiri, takasla izah etmenin doğru olmadığını belirtmektedir (37). Mağdurun haksız hareketiyle, sebebiyet vermesi hali kanuni tahfif sebebi olarak kabul edilip, karşılıklı tahkir halinde cezanın kaldırılması ise bir mazeret sebebidir. Vaziyete göre taraflardan biri veya iki tarafta istifade edebilmektedir (38).

(33) Taner, a. g. e., s. 451.

(34) Sulhi Dönmezer, Ceza Hukuku Hususi Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1957, s. 39.

(35) Erem, «Adam Öldürme.», s. 60.

(36) Cemal Köseoğlu, Haşiyeli Türk Ceza Kanunu, 8. Bası, İstanbul 1955, s. 502.

(37) Sahir Erman, Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul, 1950, s. 220.

(38) Aynı eser, s. 221.

Hakaretin karşılıklı olmasından maksat bu husustaki Temyiz içtiha-dında da (39) olduğu gibi, şahsın yüzüne karşı olması hakaret ve sövme-lerin karşılıklı telâkki edilmesi için şarttır. Yüze karşı olmayan hakaret-lerde ise, mukabele hakaret veya sövmeye ıttılâ kesbedildiğinde yapılmış olması lâzımdır (40).

* Temyiz Mahkememiz muhtelif içtihatlarıyla mağdurun kusurlu hali-nin nazara alınmamasını, müterafik kusuruyla cezanın fail lehine azaltıl-mamasını veya tamamen kaldırılmamasını tenkit ederek ceza kanunumu-zun 485. madde tatbikatını aydınlatmıştır (41).

cc. Mağdurun memuriyet hududunu tecavüz eyleyen keyfi hareket-leri «memurun müterafik kusuru»: Ceza kanunumuzun ikinci kitabının dokuzuncu faslında resmi sıfatı haiz olanlar aleyhine işlenen cürümlerden bahsediliyor. 272. Madde ise bu cürme, memurun kusurlu hareketi me-muriyet hududunu aşma ve keyfi hareket şeklinde tecelli eder ve aley-hindeki fiilin vukuna bu şekilde sebebiyet verirse, ceza muayyen nisbet-te indirileceği gibi, hâdisenin oluş ve şekline göre de büsbütün kaldırılabilir.

Memurun hâdiseye sebebiyet vermedeki bu müterafik kusurunu tes-bit ve takdir mahkemeye ait olmakla beraber temyiz mahkememiz bu hususu içtihatlarıyla (42) belirtmeye gayret etmiştir.

(39) «Kanunda bir zamanda kaydı mevcut olmamakla (karşılıklı) keli-menin lûgat manasına müracaat zaruri olmasına göre yüze karşı ha-karete, yani mecliste olan mukabelenin karşılıklı olarak kabulü doğru ise de, gıyapta olan hakarete mukabelenin derhal olması im-kân dışında olduğundan mağdurun ıttılâından sonra mukabelede hakaretin karşılıklı sayılması zaruridir». (T. 4. CD; 10/4/1945, E : 3819, K : 3962); «Hakaretin karşılıklı sayılması için aynı zamanda ve aynı surette yapılması şart değildir» (T. 4. CD., 15/9/1953, E : 6261, K : 817); Dönmezer, a. g. e., s. 164 - den naklen.

(40) Dönmezer, aynı eser, ss. 164 vd.

(41) «Haksız hakareten dolayı hakaret eyleme» (T. 2. CD; 4/5/1948 E : 4492, K : 4724); «Sopa ile dövmekten ileri gelen teessürün devam et-tiği sırada hakaretin vukubulması» (T. 2. CD; 18/2/1949, E : 1422, K : 1286); «Sanığın dövüldükten sonra mağdura karşı sövdüğü ka-bul olduğu halde 485. maddenin son fıkrası hükmü göz önünde tu-tulmaması yolsuzdur» (T. 2. CD; 7/12/1951 E : 13972, K : 14026); «Kendisine atılan çimdikle hakkında şiddet kullanılmış olmasına göre 485 inci maddenin son fıkrası yerine 2. fıkrasının tatbiki yol-suzdur». (T. 2. CD. 19/6/1952 E : 8100, K : 8387). Bu misallerde mağ-durun müterafik kusuru nazara alınmıştır. Perinçek - Özden, a. g. e., ss. 841.

(42) «Memur muracaat eden kimsenin işini her zaman yapmakla mükel-lef olduğu halde yarın gel demek suretiyle ve bu keyfi hareketiyle

III. Neticce :

Müterafik kusur daha ziyade, borçlar hukukunda haksız fiilden doğan zararların tazminin tenkisinde bahis mevzu edilen bir müessesedir. Haksız fiili mağdurun sebebiyet veya neticeyi ağırlaştırması müterafik kusur olarak kabul edilmekte, faile hükmedilecek tazminat miktarında bu husus nazara alınmaktadır.

Ceza hukuku bakımından müterafik kusurluluk halindeki durum biraz farklıdır. Taraflardan biri ya suçludur veya değildir. Suçluluğun iki tarafa taksimi gibi bir durumun düşünülmesi oldukça zordur. Ancak müterafik kusurluluk hali, faile hükmedilecek cezanın miktarının tenkisinde rol oynamaktadır. Umumi kısımlarda ceza şahsileştirilirken, temel ceza tesbit edilirken bu durum nazara alınarak failin hal ve durumu ile ilgili ve uygun ceza verilir. İkinci kitabında bulunan suçlar için failin müterafik kusurlu hali (sebebiyet vermek şeklinde anlaşılacak) yine faile verilecek cezanın azaltılması veya kaldırılması yolundadır. Yalnız bu düzen içinde dahi mağdur ne derece ve nisbette faille beraber müterafik kusurlu sayılacak ve buna göre de ceza fail lehine tenkis edilip kaldırılacak. Bir kıstas halinde durumu tesbite yarayıcı vasıtalar olmamakla beraber, her hâdisede hâkim durumu takdir edip, kararını verecektir.

hâdiseye sebebiyet verip vermediğinin düşünülmemesi yolsuzdur» (T. 4. CD. 28/5/1945, E : 7915, K : 8530); «Görev sırasında görevle ilgili olmayan sebepten ötürü yapılan taarruz ve hareketlerde 272. madde uygulanabilir.» (T. 4. CD. 28/5/1945, E : 7915, K : 8530); Perinçek - Özden, a. g. e., ss. 437, 438.