



## Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler

Hülya Atlan Gürer\*

### Öz

Hukukumuzda ve kaynak İsviçre hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kusura dayanan haksız fiillerinden sorumlu oldukları kuralı geçerlidir. Dolayısıyla kanun koyucu, sınırlı ehliyetli küçükler ile tam fiil ehliyetine sahip yetişkinler arasında haksız fiil sorumluluğu bakımından bir fark gözetmemiştir. Ancak bu kural, anayasal ve uluslararası düzeyde korunan küçüklere (çocuklara) ilişkin özelliklerin gözetilmesine engel değildir. Bu anlamda hem sorumluluğun kurulması hem de tazminatın belirlenmesi aşamasında, tazminat yükümlüsünün küçük olmasından doğan özelliklerin göz önünde bulundurulması gerekir. Her şeyden önce sorumluluğun doğabilmesi için küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yetişkinlerin aksine küçükler bakımından ayırt etme gücünün varlığı karinesinden hareket edilemeyeceğinden, bazı hallerde bunun tespiti oldukça güç olabilir. Bu konuda somut duruma göre bir değerlendirme yapılacak olmakla birlikte, özellikle doktrinde ve yargı uygulamasında benimsenen yaş basamakları ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir kılavuz işlevi görebilir. Bu yaş basamakları, ayırt etme gücünün tespiti bakımından hâkime yol gösterecek yardımcı bir kaynak niteliğindedir.

Sorumluluğun kurulmasından başka, tazminatın belirlenmesi aşamasında da tazminat yükümlüsünün küçük olmasının doğurduğu özelliğin dikkate alınması gerekecektir. Bu özellik, yaş küçüklüğünün tazminatın belirlenmesinde bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulması biçiminde ortaya çıkar. Kanunda bu konuda bir açıklık olmamakla birlikte doktrinde yaş küçüklüğü, hafif kusura dayanan bir indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir. İndirimin dayanağının hafif kusur olarak gösterilmesi yeterli bir gerekçe oluşturmadığı gibi, bazı yönlerden isabetli olmayan sonuçlara da yol açabilir. İndirimin dayanağı kusurun ağırlığında değil, bizzat çocukların ve gençlerin özel durumunda aranmalıdır. Bu nedenle yaş küçüklüğü, bağımsız bir indirim nedeni olarak TBK m 51/1'e (OR Art 43/1) göre "durumun gereği" kapsamında değerlendirilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçük, Kusur Sorumluluğu, Yaş Küçüklüğü, Hafif Kusur, Tazminatta İndirim Nedeni

### Reviews on the Characteristic of the Liability for Tort Through Fault of a Minor Possessing the Capacity of Judgment

### Abstract

In Turkish law and its reference Swiss law, minors who possess the capacity of judgment are liable for tort through fault. In this sense, legislators do not discriminate between minors' limited incapacity and adults' full capacity to act in terms of tort liability. However, this statute does not prevent the consideration of the characteristics of children, who are protected at the constitutional and international level. In this sense, these characteristics that arise from a debtor's minor should be considered, both at the phase when liability arises as well as when determining the damages. Above all, in order for a liability to arise, the minor must be determined to possess the capacity of judgment. Contrary to adults, the presumption of the capacity of judgment is not valid for minors and can be quite difficult to determine in some cases.

\* **Sorumlu Yazar:** Hülya Atlan Gürer (Doç. Dr.), Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Balıkesir, Türkiye. E-posta: hulyaatlan@balikesir.edu.tr ORCID: 0000-0002-0895-4410

**Atf:** Atlan Gürer H, "Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler" (2024) 82(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 77. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.1.003>



Though consideration is to be made according to each concrete case in this regard, the age ratings accepted in doctrine and in judicial practice can be used as a guideline when determining the capacity of judgment. These age ratings are supplementary sources for guiding a judge in terms of determining the capacity of judgment.

In addition to the moment when liability arises, the characteristics of a minor as debtor, should also be considered at the stage when determining damages. Consideration of their characteristics arises from the fact that being a minor is considered a reason for reducing the determined damages. Although no certainty on this matter exists in the code, being a minor is considered as a reason for reducing damages based on the doctrine of slight fault. Accepting the basis of the reduction in damages as the doctrine of slight fault is an insufficient justification that may also lead to inaccurate conclusions in some respects. The basis of the reduction should not be considered in terms of the grossness of fault but rather in terms of the characteristics of the minor themselves. For this reason, minority should be considered as a distinct cause of reduction within the scope of the circumstance, as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations (Art. 43/1 of the Swiss Code of Obligations).

**Keywords**

Minor Possessing the Capacity of Judgment, Fault Liability, Minority, Slight Fault, Reason for Reducing Damages

*Extended Summary*

Whether or not a minor is to be held liable for tort through fault and what the scope of a minor's liability is remains a legal policy issue. Therefore, the rules on this matter differ in every legal order according to how minors are approached. According to Turkish and Swiss law, minors possessing the capacity of judgment are liable in tort. Thus, with regard to liability in tort, these minors are considered equivalent to adults who possess the full capacity to act. However, this does not mean that the characteristics of minors are not to be considered in terms of any liability in tort. The legal order protecting minors requires their benefit to also be considered in the field of liability law. For this reason, in cases where a minor is liable for damages, the minor's characteristics need to be considered both in regard to when liability arises and when determining damages.

The first phase, which determines when liability arose, requires examining the minor's characteristics in terms of determining whether the minor possesses the capacity of judgment. In Turkish law, liability of a minor for a fault is based on the presence of the capacity of judgment. Thus, determining a minor's capacity of judgment in concrete cases becomes a very delicate matter. The Turkish and Swiss civil codes contain no provisions regarding how to determine when a minor possesses the capacity of judgment. Unlike the German Civil Code, the Turkish and Swiss civil codes stipulate no strict age limit regarding a minor's capacity for tort liability. Therefore, an assessment should be made on this matter in accordance with each concrete case. Age is the most crucial element of this assessment. For this reason, although neither Turkish nor Swiss civil law stipulate a strict age limit in terms of a minor's capacity for tort liability, in doctrine and judicial practice, some age ratings have been considered for determining the capacity of judgment. In this context, capacity of judgment has been suggested to be ratable, with reduced capacity of

judgment having been created as a third category between the presence and non-presence of capacity of judgment. However, no need is found to create such a concept during the stage of determining when liability arose. This because Turkish law does not differentiate between full and reduced capacity of judgment, and even the presence of a slight fault is sufficient for liability to arise. A minor who has been identified as possessing the capacity of judgment (even at a reduced capacity) is to be held liable for tort. When determining damages, however, being a minor is considered a reason for reducing damages.

Consequently, a minor's capacity of judgment should be determined in Turkish law by considering all the other characteristics of the concrete case, as well as the factor of age. Instead of legally stipulating a strict age rating regarding capacity of judgment, this determination can be based on age ratings that are accepted in doctrine and in judicial practice. These age ratings are supplementary sources for guiding a judge in terms of determining capacity of judgment. This will serve to ensure both justice in the concrete case as well as legal security, as the other characteristics of the concrete case will be able to be considered alongside age.

Another characteristic of the liability for tort through fault of a minor as debtor arises at the stage of determining damages. Turkish and Swiss legal doctrines are of the prevailing opinion that, if a child is found liable, damages should be reduced due to being a minor, as based on the doctrine of slight fault. Thus, filling the deficiency that arises from the lack of any explicit legal provision on this matter is expediently attempted through doctrine and judicial practice. However, explaining the doctrine of slight fault as the basis for reducing damages within the scope of "grossness of fault" as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations (see also Art 43/1 of the Swiss Code of Obligations) is unsatisfactory. This is simply because the presence of slight fault does not automatically lead to a reduction in damage as commonly accepted. In order to reduce damages through slight fault, other characteristics of the concrete case should justify the reduction. Therefore, considering the slight fault alone may be insufficient to ensure that being a minor is considered a factor affecting the damage amounts in any case. For this reason, being a minor should be considered a distinct reason for reduction within the scope of the circumstances stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations. The basis for reduction should be the distinction between minor and child rather than grossness of fault. From this study's point of view, accepting being a minor as a reason for reducing damages is based on the idea of protecting the child, which in turn derives from the Constitution and various international treaties and documents. The best interest and protection of a child require the minor's age to be considered as the reason for reduction when determining the amount of damages, the minor is obliged to pay. The basis for this in liability law should be the circumstance, as stipulated by Art. 51/1 of the Turkish Code of Obligations.

## Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçüğün Kusura Dayanan Haksız Fiil Sorumluluğuna Özgü Bazı Değerlendirmeler

### Giriş

Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin<sup>1</sup> kusurlu bir fiille başkasına vermiş oldukları zarardan doğan sorumluluk konusunda hangi ilkenin benimseneceği, küçüklere yönelik yaklaşıma göre her hukuk düzeninde farklılık arz edebilecektir. Bu anlamda, küçüğün haksız fiillerinden sorumluluğu konusunda tam sorumluluk kuralı benimsenebileceği gibi, kendilerini gözetmekle yükümlü kişilerin sorumluluğu karşısında onların sorumluluklarının sadece ikincil nitelikte olabileceği veya sadece hakkaniyet esasına göre sorumlu tutulabilecekleri ya da hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacakları esası benimsenebilir<sup>2</sup>. Hukukumuzda ve kaynak İsviçre hukukunda, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu bakımından küçüklerin, ayırt etme gücüne sahip olmaları koşuluyla haksız fiillerinden bizzat sorumlu oldukları kuralı geçerlidir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler ise (hakkaniyet esasına dayanan sorumluluk hali saklı kalmak üzere) haksız fiillerinden sorumlu tutulamazlar. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip (sınırlı ehliyetsiz) küçükler, haksız fiil sorumluluğu bakımından tam fiil ehliyetine sahip yetişkinlerle eş tutulduklarından, kendilerini büyük bir yük altına sokabilecek tazminat borcuyla doğrudan ve bizzat karşı karşıya kalabileceklerdir. Bu nedenle, haksız fiil sorumluluğu bakımından küçüğün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı; ayırt etme gücü bulunuyor ise, tazminatın belirlenmesi aşamasında yaş küçüklüğünün bir indirim sebebi olarak dikkate alınıp alınmayacağı, küçüklerin kusur sorumluluğu bakımından ayırt edici iki husus olarak ön plana çıkmaktadır.

Hukukumuzda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların yetişkin ve küçük arasında bir ayırım yapılmaksızın düzenlenmiş olması, küçüklerin tazminat sorumluluğu bakımından onlara ait özelliklerin hiçbir şekilde dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. On sekiz yaşından küçük olup, henüz erginliklerini kazanmamış olan çocukların hukuk düzeni tarafından korunması gereği sorumluluk hukuku alanında da geçerli olup, “küçüğün yararı” burada da gözetilmesi gereken üstün

<sup>1</sup> Pozitif hukukta açık tanımına rastlanmayan “küçük” veya “çocuk” kavramı, erginlik yaşının altında bulunan insanları ifade etmek üzere kullanılmaktadır (Müberra Algan, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 26-27). Bu anlamda, Türk Medeni Kanunu’na (TMK’ya) göre on sekiz yaşını doldurmayan, diğer deyişle kural olarak ergin olmayan herkes küçük sayılır (Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979) 109-110; Ömer Arbek, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk* (Yetkin Yayınları 2007) 23). Çocuk hukuku bakımından da özel korumaya alınan çocuklar, on sekiz yaşından küçük olup, henüz erginliklerini kazanmamış olan çocuklar şeklinde tarif edilmektedir (Bu konuda bkz Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (Genişletilmiş İkinci Bası, Vedat Kitapçılık 2005) 2 vd, özellikle 10. Ayrıca bkz Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020) 102 vd; Remzi Demir, ‘Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması’ (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271, 274). Başka bir ifadeyle çocuk, kişiliğın başladığı sağ ve tam doğum anından itibaren, ergin olunan ana kadarki zaman aralığında bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir (Ali Naim İnan, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968) 17). Anayasa ve çeşitli kanunlarda ergin olmayan kişileri ifade etmek üzere kullanılan “küçük”, “çocuk”, “genç” kavramları bu çalışmada aynı anlamda kullanılmıştır (Ayrıca bkz Algan (n 1) 26, dn 71).

<sup>2</sup> Bu konuda çeşitli hukuk düzenlerini karşılaştıran bir çalışma için bkz Helmut Koziol, ‘Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet’ iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 89 vd.

menfaat olarak ön plana çıkar. Bu nedenle, gerek sorumluluğun kurulması aşamasında ayırt etme gücünün tespiti bakımından gerek tazminatın belirlenmesi aşamasında yaş küçüklüğünün tazminatın miktarına etkisi yönünden sorumlunun küçük olmasının yarattığı özellik göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada ilk olarak sorumluluğun kurulması bakımından küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesinde ortaya çıkan özellik üzerinde durulacak, daha sonra ise sorumlunun küçük olmasının, bu kez tazminatın belirlenmesi aşamasında yarattığı bir özellik olarak yaş küçüklüğünün bir indirim nedeni sayılması hususu değerlendirilecektir.

## I. Sorumluluğun Kurulması Aşamasında Ortaya Çıkan Özellik: Ayırt Etme Gücünün Belirlenmesinde Yaş Basamaklarının Rolü

### A. Genel Olarak

Türk ve İsviçre hukukunda, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu oldukları kuralı geçerlidir [TMK m 16/2 ve İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Art 19/3]. Buna göre, küçüklerin kusur sorumluluğu kapsamında haksız fiillerinden<sup>3</sup> sorumlu tutulabilmelerinin temel koşulu, ayırt etme gücünün bulunmasıdır. Küçükler, ancak ayırt etme gücüne sahip iseler haksız fiil ehliyetine de sahip olabilir ve dolayısıyla yol açtıkları kişi veya malvarlığı zararlarından sorumlu tutulabilirler. Böylece hukukumuzda, ayırt etme gücüne sahip (sınırlı ehliyetsiz) küçüklerin haksız fiillerinden eksiksiz ve kişisel olarak sorumlu oldukları kuralı benimsenmiştir<sup>4</sup>. Buna karşılık, ayırt etme gücüne sahip olmayan (tam ehliyetsiz) küçükler, kusur ehliyetleri bulunmadığından<sup>5</sup> haksız fiillerinden sorumlu olmazlar (TMK m 15)<sup>6</sup>. Onlar ancak,

<sup>3</sup> TMK m 16/2'de yer verilen küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olacağına ilişkin ifadenin dar olduğu, bunun, sadece haksız fiillerden değil, tüm kusurlu davranışlardan sorumlu olunacağı şeklinde anlaşılması gerektiği, bu anlamda küçüklerin sözleşmeye aykırılıklarından da sorumlu tutulabileceklerine ilişkin olarak bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Rona Serozan, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011) 408 vd. Yine, ayırt etme gücü bulunan küçüğün, fiil ehliyetine sahip olduğu konusunda başkasını aldatarak bir işlem yapması halinde (TMK m 452/2), karşı tarafın güven zararının haksız fiil bağlamında tazmin edilmesi gerektiği, burada küçüğün culpa in contrahendo kapsamında sorumlu tutulmasının küçüğü koruma amacıyla bağdaşmayacağı belirtilmektedir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 100; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 399 vd).

<sup>4</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 100; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 399 vd; Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (C. II m. 49-82)*, m 49 (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) N 161.

<sup>5</sup> Selim Kaneti, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi', *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu (Ankara, 21-22 Ekim 1977)* (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980) 50.

<sup>6</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Halük Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010) 57; Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB- Rechts- und Handlungsfähigkeit* (2. Aufl, Stämpfli Verlag 2017) Art 16 N 7 ve Art 19 N 349; Halük N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınevi 2021) 186, N 115; Hardy Landolt, 'Kinder als Täter und Opfer – sozialversicherungsrechtliche Aspekte' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 191-92.

Aynı şey, zarar görenin ortak kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmesi bakımından da geçerlidir. İlginin özel olarak korunmaya layık olması ve sosyal sorumluluk, ayırt etme gücünün zarar gören bakımından da sağlanmış olmasını gerektirir (Manfred Dähler, 'Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungs begründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 32. Ayırt etme gücünün, zarar gören ve ortak kusur bakımından da aranması gerekliliğinin temellendirmesi için ayrıca bkz Stephan Weber, 'Reduktion von Schadenersatzleistungen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2007: Tagungsbeiträge* (Schulthess Verlag 2007) 125-126). Bu halde tazminatta indirim yapılabilmesi, ayırt etme gücünün varlığını gerektirir. Bu anlamda

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 65'e [İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art 54] göre hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulabilir<sup>7</sup> veya onların davranışları nedeniyle ev başkanının sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>8</sup>.

Sorumluluk hukukunda kusurun ilk işlevi, genel kusur sorumluluğu bakımından sorumluluğun kurulmasına (TBK m 49, OR Art 41), ikinci işlevi ise tazminatın belirlenmesinde (TBK m 51, OR Art 43) bir kriter olarak dikkate alınmasına ilişkindir<sup>9</sup>. Bu anlamda ayırt etme gücüne sahip küçüklerin haksız fiillerinden sorumlu olduğu kuralı, genel kusur sorumluluğu bakımından ilk olarak sorumluluğun kurulması aşamasını ilgilendirir. Sorumluluğun kurulması bakımından, zarar verenin tazminatla yükümlü tutulup tutulamayacağına ilişkin sübjektif koşul, TMK m 16/2'de haksız fiil ehliyeti olarak düzenlenmiştir<sup>10</sup>. Kusur sorumluluğu, haksız fiil veya kusur ehliyetini, dolayısıyla ayırt etme gücünü şart koşar<sup>11</sup>. Ayırt etme gücü haksız fiil ehliyetinin zorunlu koşuludur. Hatta haksız fiil ehliyeti, ayırt etme

çok küçük bir çocuğun ortak kusurundan söz edilemez (Roland Brehm, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl, Stämpfli Verlag 2021) Art 44 N 23; Ingeborg Schwenzler, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli Verlag 2016) § 16 N 16.05; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7 ve Art 19 N 327, 349. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 28, 31; Martin A. Kessler, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015) Art 44 N 7. Bu konudaki bir karar için bkz BGE 93 II 89, E 5d, Bernhard Stehle ve Sebastian Reichle, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (10. Aufl, Schulthess Verlag 2021) Art 44 N 11). Birkaç yıldır ve düzenli olarak kayak yapan on buçuk yaşındaki bir çocuğun, kayağın tehlikelerini öngörebilirdi olması gerektiğine, hazırlanmış pistten saparak ağır biçimde yararlanan çocuğunun ortak kusur bakımından ayırt etme gücünün bulunmasına, hatta doktrinde, spesifik olarak kayak bakımından ayırt etme gücünün okul çağının başlamasından itibaren kabul edilmesi gerektiğinin ileri sürüldüğüne ilişkin bir İsviçre Federal Mahkemesi karar için bkz BGER 4A\_206/2014, 18.09.2014, E 4.4, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 17.07.2023). Bir başka kararında Federal Mahkeme, ormandaki marangozluk işlerinin yakınında bulunan, stabil olmayan bir ağaç gövdesinin altında oturan yaklaşık on iki yaşındaki bir çocuğun ortak kusurunun bulunmadığına karar vermiştir (BGE 4A\_520/2007, E 5.3, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 19.07.2023. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 147).

<sup>7</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993) 499 vd; Tandoğan (n 6) 58; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 187, N 115.2; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2021) 322-323; Arbek (n 1) 53 vd; Landolt (n 6) 191-92; Dähler (n 6) 26, 32; Schwenzler (n 6) § 22 N 22.10; Koziol (n 2) 100-101; Brehm (n 6) Art 41 N 183a. Ayrıca bkz Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52 N 27. Bu halde, tarafların malvarlığı durumunun özellikle önem taşıdığı belirtilmektedir (Koziol (n 2) 100-101. Ayrıca bkz Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 323).

Zarar görenin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde TBK m 65'e (OR Art 54) kıyasen ortak kusurun göz önünde bulundurulabileceği ve tazminatta bir indirim yapılabileceğine ilişkin olarak bkz Tandoğan (n 6) 325; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 598; Haluk N. Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Yayınevi 1996) 128; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku, Cilt: I Sözleşme Dışı Sorumluluk* (1. Bası, Turhan Kitabevi 2002) 133; Kessler (n 6) Art 44 N 7; Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 7-8; Schwenzler (n 6) § 16 N 16.05. Ayrıca bkz Weber (n 6) 126. Federal Mahkeme de bir kararında, on bir buçuk yaşındaki bir çocuğun, ayırt etme gücü bulunmadığından ortak kusurlu sayılamayacağı; ancak OR Art 54'e (TBK m 65) kıyasen tazminatta bir indirim yapılabileceği sonucuna ulaşmıştır (BGE 60 II 38, E 3, <https://entscheide.weblaw.ch>, Erişim Tarihi 22.07.2023).

<sup>8</sup> Heinrich Honsell, Bernhard Isenring ve Martin A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl, Schulthess Verlag 2013) 78; Brehm (n 6) Art 41 N 183a; Landolt (n 6) 192. Ayrıca bkz Ağah Kürşat Karauz ve Yakup Çokkaş, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 48, dn 26.

<sup>9</sup> Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2019) N 1972; Brehm (n 6) Art 43; Brehm (n 6) Art 41 N 183a; Landolt (n 6) 192. Ayrıca bkz Ağah Kürşat Karauz ve Yakup Çokkaş, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 48, dn 26.

<sup>10</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 318; Antalya (n 9) 69 vd.

<sup>11</sup> Dähler (n 6) 22-23; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 321.



gücünden başka bir şey değildir<sup>12</sup>. Dolayısıyla haksız fiil ehliyeti bakımından tam fiil ehliyetine sahip yetişkinler ile ayırt etme gücüne sahip küçükler arasında bir ayırım bulunmamaktadır<sup>13</sup>. Şu hâlde, TBK m 49/1 hükmüne göre sorumluluğun kurulması (ki küçükler bakımından sorumluluk çoğu zaman bu hükme dayanacaktır) bakımından, yetişkinler (erginler) için aranan koşulların küçükler için de aynı şekilde gerçekleşmesi gerekir<sup>14</sup>. Bununla birlikte, sorumluluğun kusur unsuru bakımından küçükler, yetişkinler karşısında farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Öyle ki, doktrinde kusurun sübjektif yönü olarak değerlendirilen ayırt etme gücünün<sup>15</sup> varlığı, sorumluluğun kurulması bakımından küçük ve yetişkinlerde bir farklılık arz etmemekle birlikte, yetişkinler bakımından geçerli olan “ayırt etme gücünün varlığı” karinesinin<sup>16</sup> küçükler bakımından da yürürlükte olduğu söylenemez. Bu anlamda, küçüklerde ayırt etme gücünün varlığını kendiliğinden geçerli saymak mümkün değildir<sup>17</sup>. Her seferinde somut duruma göre bir değerlendirmenin yapılacağı bu halde, özellikle küçüklerin ortalama gelişimi ve aşağıda açıklanacak olan yaş basamakları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>18</sup>. Somut durumda ayırt etme gücünün ve dolayısıyla haksız fiil ehliyetinin varlığı bir defa tespit edilen küçük, artık her türlü kusurundan sorumlu tutulabilecektir. Zira TBK m 49’a göre sorumluluğun kurulması bakımından kusurun yoğunluğu veya derecesinin bir önemi bulunmaz. Bu aşamada kast, ağır veya hafif ihmâl arasında bir fark bulunmaz. Kusurun derecesi, tazminat miktarının belirlenmesi aşamasında işlevsel olur<sup>19</sup>. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda yaş küçüklüğünün kusurun derecesini ve tazminat miktarını etkileyip etkilemediği ise sonraki başlık altında incelenecektir.

<sup>12</sup> Dähler (n 6) 21-22.

<sup>13</sup> Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1992) 247. Bu anlamda ayırt etme gücüne sahip küçükler, kusur sorumluluğu bakımından adeta tam fiil ehliyetine sahiptirler (Roland Fankhauser ve Anna Bleichenbacher, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK- Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl, Orell Füssli Verlag, 2021) Art 19 N 7).

<sup>14</sup> Dähler (n 6) 25.

<sup>15</sup> Brehm (n 6) Art 41 N 179-180; Huguenin (n 9) N 1989, 1891; Schönenberger (n 9) Art 41 N 30. Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 4; Eren ve Dönmez (n 4) m 49 N 160; Kılıçoğlu (n 7) 371. Ayrıca bkz Schwenzen (n 6) § 22 N 22.04-05.

<sup>16</sup> Huguenin (n 9) N 1989, 1891; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290, 295.

<sup>17</sup> Dähler (n 6) 25. Aynı yönde bkz Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77 vd; Heinz Rey, *Aussvertragsliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2008) N 833.

Küçüklerin bu bakımdan yetişkinlere göre daha ayrıcalıklı konumda olduğu, onlar için farklı bir çıkış noktasının bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre, küçüklerde ayırt etme gücü ancak sınırlı olarak varsayılabilir (Dähler (n 6) 21). Yetişkinlerin aksine küçüklerde ayırt etme gücünün bulunmayışının karine olduğuna ilişkin olarak bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 16; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 77. Ayrıca bkz Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku-Cilt II- Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2022) 61. Buna ayırt etme gücünden yoksunluk karinesi de denilmektedir (Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 295-296). Benzer biçimde, ayırt etme gücünün varlığına ilişkin karinenin, çocuğun yaşının küçüklüğü oranında zayıfladığı veya ortadan kalktığına ilişkin olarak bkz Kaneti (n 5) 51.

<sup>18</sup> Bu yönde bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52; Landolt (n 6) 191-192.

<sup>19</sup> Manuel Jaun, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2007) 212; Dähler (n 6) 26; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2023) N 157; Hüseyin Hatemi ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Vedat Kitapçılık 2011) 139; Tülay Aydın Ünver, ‘Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi’* (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Ulsan’a Armağan, C. I) 233, 237; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 129; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 496; Tandoğan (n 6) 46, 55; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 186, N 114.1; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 56, 66. Ayrıca bkz Ahmet M. Kılıçoğlu, ‘Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi’ (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 194.

## B. Yaş Basamaklarının Öncü Rolü

Haksız fiil ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün hangi andan itibaren kazanılacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TMK m 13 hükmü sadece, yaş küçüklüğü nedeniyle akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğunu öngörmektedir. Bu da somut duruma göre bir değerlendirme yapılmasını gerektirir ki, ayırt etme gücünün hukukumuzda (hukuki işlem ehliyetinde olduğu gibi haksız fiil ehliyetinde de) göreceli olduğunun ifadesidir<sup>20</sup>. Başka bir deyişle, yaş küçüklüğünün makul davranışı etkileyip etkilemediği her somut olaya göre incelenir<sup>21</sup>.

Ceza kanunlarından farklı olarak Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında ayırt etme gücünün kazanılmasına ilişkin kesin bir yaş sınırı öngörülmüş olmayıp, bu konudaki sınır değişkendir<sup>22</sup>. Haksız fiil ehliyetinin temelini oluşturan ayırt etme gücünün yaş basamaklarına göre derecelendirilmediği bu hukuk düzenlerinde, her bir somut durum bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Bu anlamda ayırt etme gücünün; zararın meydana gelme olasılığını öngörmeyi, haksızlık bilincini ve zarar verici veya tehlikeli davranıştan kaçınma iradesini gerektirdiği kabul edilmektedir<sup>23</sup>. Nitekim İsviçre yargı kararlarında, vermiş olduğu zarardan hangi andan itibaren sorumlu olacağına ilişkin sorun bakımından küçüğün, davranışının tehlikesini bilip bilmediği ve davranışının arz ettiği tehlikenin bilincinde olsaydı farklı bir davranışta bulunup bulunmayacağı göz önünde bulundurulmaktadır. Bu anlamda, küçükler bakımından yapılacak değerlendirmede önemli olan, onların genel olarak ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları değil, belirli bir yasağı biliyor olmaları ve söz konusu somut fiille bir tehlike yarattıklarının bilincinde olmalarıdır<sup>24</sup>. Somut durumda ayırt

<sup>20</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>21</sup> Heinz Hausheer ve Pasqualina Perrig-Chiello, 'Selbstbestimmung- auch eine Frage des Alters' (2012) (148) ZBJV 773, 777; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Dähler (n 6) 22; Huguenin (n 9) N 1995; Dural ve Ögüz (n 17) 58. Hukuki anlamda ayırt etme gücü kavramının; büyüme çağındaki çocuğun artan bağımsızlığı (özerkliği) ile kendi davranışlarının yol açtığı hukuki sonuçlara karşı azalan korunması arasında sürekli bir denge kurulması anlamına geldiğine, bilişsel ve psikososyal gelişim ile uyum içinde olduğuna ilişkin olarak bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776.

<sup>22</sup> Tekinay (n 13) 228; Kaneti (n 5) 51; Dural ve Ögüz (n 17) 58; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290, 292; Antalya (n 9) 318; Cüneyt Bellican, 'Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu' (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi 34, 34; Aydın Ünver (19) 236; Karauz ve Çokkaş (n 8) 60. İsviçre hukuku bakımından bkz Vito Roberto, *Hafpflichtrecht* (1. Aufl., Stämpfli Verlag 2013) N 07.33; Huguenin (n 9) N 1995; Brehm (n 6) Art 41 N 182; Schwenzler (n 6) § 22 N 22.08; Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 10; Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Koziol (n 2) 100-101. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 145; Schönenberger (n 9) Art 41 N 30. İsviçre hukukunda ayırt etme gücüne ilişkin asgari bir yaş sınırının öngörülmediği; normal durumda başkasının iradesini etkileme girişimine karşı koyabilen kişinin makul davranma ehliyetine sahip bulunduğu ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 90 II 9/11 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 41 N 182).

Türk Ceza Kanunu (TCK) ise, on iki yaşını doldurmamayan çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığını; on iki-on beş yaş aralığındaki çocukların ceza ehliyetinin varlığının araştırılacağını, ceza ehliyetinin bulunması halinde cezanın indirilmi olarak uygulanacağını; on beş-on sekiz yaş aralığında ise ceza ehliyetinin bulunduğunu; ancak cezanın indirilmi uygulanacağını öngörmektedir (TCK m 31. Bu konuda bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 12 vd). Hukuk hakiminin, haksız fiil ehliyetinin tespiti bakımından TCK'da öngörülen yaş sınırlamaları ile bağlı olmadığı belirtilmelidir (Kılıçoğlu, 'Haksız Fiillerden Sorumluluk' (n 19) 195; Aydın Ünver (19) 236). Ceza hukukundan farklı olarak medeni hukuk bakımından çocuk-geçen ayrımının ve buna ilişkin yaş derecelendirmelerinin bulunmadığı, on sekiz yaşını doldurmamayan herkesin küçük kategorisinde yer aldığına ilişkin olarak ayrıca bkz Dähler (n 6) 17-18.

<sup>23</sup> Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 6; Brehm (n 6) Art 41 N 179-180; Dähler (n 6) 20-21. Ayrıntılı açıklama için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 138 vd.

<sup>24</sup> Dähler (n 6) 18, 22. Bu yöndeki bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 72 II 198, E 2 b (<https://www.servat.unibe.ch>,



etme gücüne sahip olduğu bir defa tespit edilen küçük, hukuki işlem ehliyetinden farklı olarak haksız fiil ehliyetini sınırsız olarak kazanmış olur<sup>25</sup>.

Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarından farklı olarak Alman Medeni Kanunu (BGB), küçüklerin haksız fiil ehliyeti bakımından katı bir yaş sınırı öngörmektedir<sup>26</sup>. Buna göre, yedi yaşını doldurmayan küçükler, kendi fiilleriyle bir başkasına vermiş oldukları zarar nedeniyle hiçbir sorumluluk yüklenemez (BGB § 828/1). Yine, yedi ila on yaş aralığındaki küçükler, bir motorlu taşıt veya demiryolu aracının dâhil olduğu bir kazada, kasıtlı olmadan yol açtıkları zararlardan sorumlu değildirler (BGB § 828/2). Bu haller dışında, henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan küçükler, zarar verici fiili işlediklerinde sorumluluğu kavramak için gerekli idrake sahip değil iseler sorumlu tutulamazlar (BGB § 828/3)<sup>27</sup>. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda her ne kadar böyle bir yaş kademelenmesi öngörülmüş değilse de doktrinde ve yargı uygulamasında, haksız fiil ehliyeti anlamında ayırt etme gücünün tespitinde yaş derecelendirmesi belli bir ölçüde dikkate alınmaktadır<sup>28</sup>. Bu anlamda, yedi yaşından önce ayırt etme gücünün varlığı kural olarak reddedilmektedir<sup>29</sup>. On dört yaşından itibaren ise ayırt etme gücünün bulunduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>. Esas sorun ise, yedi ila on dört yaş aralığında bulunan çocukların ayırt etme gücü bakımından ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, doktrinde genel yaşam deneyimlerine göre kural olarak ayırt etme gücünün bulunmadığının kabul edildiği erken çocukluk yaşını aşmış; ancak henüz erginlik yaşına yakın bir yaşta (ki genel yaşam deneyimlerine göre bu yaştan itibaren ayırt etme gücünün bulunduğu varsayılır) bulunmayan küçükler bakımından

Erişim Tarihi 25.07.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 182a).

<sup>25</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13. Ayrıca bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>26</sup> Koziol (n 2) 101. Ayrıca bkz İlhan Helvacı, 'Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine' (1997) 55 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145, 146, dn 5.

<sup>27</sup> Küçükün sorumlu tutulmadığı söz konusu hallerde, BGB § 829'a göre hakkaniyet sorumluluğu devreye girebilecektir (Koziol (n 2) 101).

<sup>28</sup> Dähler (n 6) 23; Landolt (n 6) 192.

<sup>29</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 145; Roberto (n 22) N 07.33. Yine aynı yönde olmak üzere, erken çocukluk döneminde ayırt etme gücünün hiçbir şekilde bulunmadığına ve bu kişilerin davranışının hukuken sorumluluk doğurmayacağına ilişkin olarak bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776. Ayırt etme gücünün okul çağından önce nadiren kabul edildiği; söz konusu davranışa göre on-on bir yaşına kadarki çocuklarda dahi ayırt etme gücünün reddedilebileceği yönünde bkz Schwenzer (n 6) § 22 N 22.08. Ayırt etme gücünün genelde yedi-on yaş aralığında kazanıldığına ilişkin olarak bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 13.

Bu kapsamda, basit bir yasağın ihlali bakımından (kibrit çöptüyle oynama, otomobil karoserini çizme, pencereye taş atma gibi), küçükün gelişimine göre okula başlama çağıyla birlikte ayırt etme gücüne erişildiği, hatta daha öncesinde bile ayırt etme gücünün bulunabileceği ileri sürülmektedir (Brehm (n 6) Art 41 N 182. Ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1995; Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 11). Daha karmaşık olaylar bakımından ise (kimyasal maddelerin kullanılmasında olduğu gibi) daha yüksek bir yaşa erişilmiş olması aranır (Huguenin (n 9) N 1995).

<sup>30</sup> Dähler (n 6) 24. Ayırt etme gücünün varlığının on iki yaşından itibaren kabul edildiğine ilişkin olarak bkz Roberto (n 22) N 07.33; Schwenzer (n 6) § 22 N 22.08. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, on dört yaş ile on altı yaş aralığındaki çocuklar, daha basit olaylar bakımından büyük ölçüde yetişkinlerle eş tutulur (BGer, 31.3.2008, 4A\_520/2007, E 5.3 ve bu kararda anılan diğer kararlar (www.bger.ch, Erişim Tarihi 22.07.2023). Bu konuda ayrıca bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52; Landolt (n 6) 192; Brehm (n 6) Art 41 N 183; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 148). Tıbbi müdahaleler bakımından ayrıca bkz Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 780.

bir karine benimsemiş değildir<sup>31</sup>. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespitinde en zorlu yaş aralığını oluşturan bu yaş grubundaki küçükler bakımından yürütülen tartışmalardan birini de - tıpkı ihmalde olduğu gibi - ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin mümkün olup olmadığı oluşturmaktadır. Medeni Kanun (TMK m 13 vd, ZGB Art 16 vd), sadece “ayırt etme gücü bulunan ve bulunmayan” ayırımı yapmakta olup, ayırt etme gücünün derecelendirilmesinden söz etmemektedir<sup>32</sup>. Bu kapsamda ileri sürülen bir görüşe göre, ceza hukukundan farklı olarak, medeni hukuk kurallarına göre ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesi mümkün değildir<sup>33</sup>. Buna karşılık doktrinde ileri sürülen bir başka görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi, ayırt etme gücünün tamamen varlığı ile yokluğu arasında üçüncü bir kategori olarak *indirilmiş/azaltılmış ayırt etme gücünün* varlığını kabul ederek, ayırt etme gücünün derecelendirilmesini mümkün görmektedir<sup>34</sup>. Buna göre, ayırt etme gücünün yokluğundan varlığına geçişin (veya tersinin) her bir somut davranışa göre kademeli olarak gerçekleşeceği şüphesizdir. Bu durumu göz önünde bulundurmak isteyen bir hukuk düzeni, ayırt etme gücünü ara aşamalara ayırmalıdır; ki bu durum indirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasına yol açar. Zarar verenin çocuk yaşta olması nedeniyle akla uygun davranma yeteneği bütünüyle bulunmamakla birlikte, bunun tamamen olmadığı da söylenemiyorsa, ayırt etme gücünün indirilmesi/azaltılması gerekir<sup>35</sup>. Bu kapsamda, yedi yaşından on dört yaşına kadarki çocukların, kural olarak sadece indirilmiş ayırt etme gücüne sahip oldukları ileri sürülmektedir. Bu halde, çocuğun gelişimi ve somut durumda zarara yol açan (veya ortak kusur olarak nitelendirilebilen) davranışın değerlendirilmesi gerekir. Özellikle on iki yaşına kadarki çocuklar bakımından, çoğu halde kusur ehliyetinde büyük bir indirim yapılması gerektiği belirtilmektedir<sup>36 37</sup>.

<sup>31</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 160. Somut duruma göre bir değerlendirmenin yapılması gerektiği bu halde, ayırt etme gücüne ilişkin ispat yükü, küçük lehine yapılacak yorumla ayırt etme gücünün bulunduğunu iddia edene yükletilmelidir (Benzer yönde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 16).

<sup>32</sup> Landolt (n 6) 191 Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 348.

<sup>33</sup> Theo Guhl ve Alfred Koller, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Aufl, Schulthess Verlag 2000) § 24 N 44; Ignacio Moreno, ‘Kürzung von Schadenersatzleistungen- zu wenig oder zu viel’ (2014) (4) HAVE 437, 440. Yine bu görüşte bkz Helvacı (n 26) 148, dn 15. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 22.

<sup>34</sup> Karl Oftinger ve Emil W. Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Schulthess Verlag 1995) § 5 N 123; Brehm (n 6) Art 41 N 181a; Antalya (n 9) 71. Bu yöndeki bir Federal Mahkeme kararına göre; ZGB Art 16-19 hükümlerinin sadece ayırt etme gücüne sahip olan ve olmayan arasında bir ayırımı yaptığı, söz konusu hükümlerin, ceza hukukunda geçerli indirilmiş ceza ehliyeti ile karşılaştırıldığında, bir ara derece olarak indirilmiş ayırt etme gücünü tanımadığı şüphesizdir. Ancak bu, medeni hukukta böyle bir ara aşamanın hiçbir şekilde göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez. Ayırt etme gücüne sahip olanın kural olarak haksız fiil ehliyetine de sahip olduğu, ayırt etme gücü bulunmayanın ise haksız fiil ehliyetinden yoksun olduğu doğrudur. Ancak sorumluluğun kapsamının, diğerlerinin yanında kusurun büyüklüğüne göre de belirlendiği haksız fiilin sonuçlarının değerlendirilmesinde ayırt etme gücünün derecesi de dikkate alınır (BGE 102 II 363, E 4, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 25.07.2023). Bu konuda ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1996; Schwenzer (n 6) § 22 N 22.09.

<sup>35</sup> Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 123.

<sup>36</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 146. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 183. İsviçre Federal Mahkemesi, ok ve yaylarla oynayan ve bunlardan birinin gözünü kaybettiği dokuz yaşındaki üç çocuğun (BGE 104 II 184); bir yüksek gerilim direğinin vidalarını söken on iki yaşındaki bir çocuğun (BGE 90 II 9/14) ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul etmiştir (Söz konusu kararlar için bkz Rey (n 17) N 823-824). Ancak Yüksek Mahkeme, söz konusu kararlarda yaş küçüklüğünü göz önünde bulundurarak tazminatta indirim yapmıştır (Bkz aşağıda, dn 69 ve dn 72).

<sup>37</sup> Özel olarak karayolları trafiği bakımından da ayırt etme gücünün yaşa göre derecelendirildiği görülmektedir. Gerçekten bir görüşe göre trafik bakımından, okul öncesi yaştaki ve birinci sınıfta bulunan çocuklar ayırt etme gücünden tamamen

Ayırt etme gücünün yukarıda belirtildiği şekilde derecelendirilmesi ve bu kapsamda indirilmiş ayırt etme gücünden hareket edilmesi, kanaatimizce ayırt etme gücünün varlığının belirlenmesi ve dolayısıyla sorumluluğun kurulması aşamasında bir işleve sahip değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere kusurun ve bu kapsamda ayırt etme gücünün her derecesi, sorumluluğun kurulması için yeterli olacaktır. İndirilmiş ayırt etme gücü kabul edilse bile bunun, olsa olsa haksız fiilin sonuçlarının belirlenmesi, özellikle tazminatta yapılacak indirim bakımından bir etkiye sahip olup olmayacağı üzerinde durulabilir<sup>38</sup>. Yoksa ayırt etme gücünün belirlenmesinde “ya hep ya hiç” ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bir kişi ayırt etme gücüne ya tam olarak sahiptir ya da sahip değildir<sup>39</sup> ve bu anlamda ya sorumludur ya da değildir<sup>40</sup>. Aksini ileri sürmek pratik bir değer taşımayacağı gibi, ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir karmaşaya da yol açacaktır. Şu hâlde ayırt etme gücünün (indirilmiş de olsa) varlığı halinde çocuğun sorumlu olduğu kabul edilmeli; ancak yaş küçüklüğü, tazminatın belirlenmesi aşamasında bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulmalıdır<sup>41</sup>.

Ayırt etme gücüne ilişkin kesin bir yaş sınırının öngörülmediği hukukumuzda ve İsviçre hukukunda, küçüğün ayırt etme gücünün tespiti için yaş unsurundan hareket edilerek birtakım kavramlar yaratmak suretiyle çözüm bulunmaya çalışılsa da en

yoksundurlar. Dokuz-on dört yaş aralığındaki çocuklar ise indirilmiş/azaltılmış ayırt etme gücüne sahiptirler. Daha büyük çocuklar (gençler) ayırt etme gücüne sahip kişiler olarak nitelendirilir (Rolf P. Steinegger ve Lorenz Luginbühl, ‘Schuldhaftes Verhalten von Kindern im Strassenverkehr, unter Berücksichtigung der entwicklungsneurologischen Voraussetzungen des kindlichen Verhaltens’ Collezione Assista (1998) 721, Dähler (n 6) 24’ten naklen). Bu kapsamda, yaya geçidinin önünde duran bir kamyonu dikkat etmeksizin yaya geçidinde koşan altı yaşındaki bir çocuğun ayırt etme gücünün bulunmadığına ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 89 II 56 (Karar için bkz www.bger.ch, Erişim Tarihi 25.07.2023. Ayrıca bkz Rey (n 17) N 827). Federal Mahkeme’nin bir başka kararına göre, yolun boş olup olmadığından emin olmadan, trafiği yoğun olan bir ana caddede bisikletiyle karşıya geçen dokuz yaşındaki bir çocuk ayırt etme gücüne sahiptir (BGE 111 II 89/93. Karar için bkz Rey (n 17) N 822).

Daha önceden okulda trafik dersi almış ise, ikinci sınıftan itibaren çocukların belli bir oranda kusurlu kabul edilebileceğine; ancak trafikte, on iki yaşın altındaki çocukların tam ayırt etme gücünün kural olarak bulunmadığına, özellikle ağır kusurun alt sınırının yaklaşık olarak on dört yaş olduğuna ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 41 N 183b ve orada anılan Federal Mahkeme kararları. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 33. Yine bu kapsamda, trafiğe tam anlamıyla bir uyumun ancak on beş-on altı, hatta bazı durumlarda on yedi yaşından itibaren başlayacağı ileri sürülmektedir (Dähler (n 6) 33). Yaştan bağımsız olarak, trafiğe katılan gençlere karşı, bunlar diğerlerinin algısında küçük olarak görünüyorsa, ihtiyatlı olma yükümlülüğünün bulunduğuna ilişkin olarak bkz BGE 6S.13/2006 vom 30. August 2006 (Dähler (n 6) 24). Çocukların karayolları trafiği bakımından eksik olan idrak kabiliyetlerinin hesaba katılması gerektiğine ilişkin haklı isteğin, kusur ehliyeti bakımından kesin bir yaş kademelenmesi öngörmeyen tüm hukuk düzenlerinde kolaylıkla dikkate alınabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz Koziol (n 2) 108.

<sup>38</sup> Bu yönde bkz Dähler (n 6) 23. Bu konuda ayrıca bkz aşağıda, II, A, 2. Ayırt etme gücünün derecelendirilemeyeceğine, derecelendirilebileceği kabul edilse dahi, bunun kusurun ağırlığının derecesini etkilemeyeceğine, ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun, sadece kusurun ve kusur sorumluluğunun varlığını veya yokluğunun tespitine yarayacağına, ayırt etme gücünün derecesinin, olsa olsa davranış kuralının içeriği belirlenirken hesaba katılabileceğine ilişkin benzer bir görüş için bkz Cengiz Koçhisarlıoğlu, ‘Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi’ (2004) 53 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 14 vd. Yukarıda anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararında da (BGE 102 II 363, bkz yukarıda dn 34) esasen bu sonuç vurgulanmaktadır.

<sup>39</sup> Anton K. Schnyder, Wolfgang Portmann ve Markus Müller-Chen, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (2. Aufl., Schulthess Verlag 2013) 84. Aynı yönde bkz Kessler (n 6) Art 41 N 52. Ayrıca bkz Rey (n 17) N 831.

<sup>40</sup> Jaun (n 19) 212. Yazara göre, kural olarak kısmi bir tazminat sorumluluğundan ve muhtemel bir kusurdan söz edilemez (Jaun (n 19) 212). Benzer biçimde, ayırt etme gücünün derecelendirilebileceğinin kabul edilmesi halinde, ayırt etme gücünün derecesi oranında sorumluluktan söz edileceğine, ayırt etme gücüne kısmen sahip olan kişinin, genel davranış kurallarını kısmen ihlal etmiş sayılacağına ilişkin olarak bkz Koçhisarlıoğlu, ‘Derecelendirme’ (n 38) 7.

<sup>41</sup> Ayrıca bkz Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 12. Bir indirim nedeni olarak yaş küçüklüğü hakkında bkz aşağıda, başlık II altındaki açıklamalar.

nihayetinde yine, ayırt etme gücünün somut duruma göre belirlenmesi kuralına geri dönülmektedir. Dolayısıyla ayırt etme gücü, her halükârda yaştan bağımsız olarak, somut durumun tüm özelliği göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmek zorundadır<sup>42</sup>. Nitekim doktrinde, yaş unsurunun yanı sıra fiziksel ve ruhsal gelişim, olgunluk, eğitim ve öğrenim durumu da küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının belirlenmesinde başvurulabilecek kriterler arasında değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. Bu bağlamda, ayırt etme gücünün kanunla katı bir yaş sınırı öngörülerek belirlenmesi, her ne kadar hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla hizmet edebilirse de somut olay adaletini sağlamada yetersiz kalacağından, isabetli olmaz<sup>44</sup>. Diğer taraftan, küçüğün yaşının (ve bu konuda doktrin ve yargı uygulaması yoluyla yaratılan yaş kategorilerinin), ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde esas alınacak en temel unsur oluşturduğu da tartışmasıdır<sup>45</sup>. Bize göre hem hukuk güvenliğinin hem de somut olay adaletinin sağlanması bakımından tercih edilecek en uygun yol, yaş unsurunun bu konudaki öncü rolünün kabul edildiği; ancak somut durumun diğer özelliklerinin göz ardı edilmediği yoldur. Bu kapsamda, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı konusunda hâkimin kanaat edinmesini sağlamak üzere, küçüklerin olağan gelişimine göre belirli yaş sınırları esas alınabilir<sup>46</sup>. Bu yaş sınırlarının belirlenmesinde kaynak İsviçre hukukundan, özellikle yargı kararları ile benimsenen yaş basamaklarından yararlanılması mümkündür. Sadece Türk hukuk doktrini ve yargı uygulaması değil, kaynak İsviçre hukuk doktrini ve yargı uygulaması da hâkime yardımcı nitelikte önemli birer bilgi kaynağı niteliğindedir<sup>47</sup>. Söz konusu yaş basamakları mutlak olmayıp, hâkim bunlarla bağlı değildir. Bunlar, ayırt etme gücünün belirlenmesi konusunda kılavuz işlevi gören birer referans noktası olarak değerlendirilmelidir<sup>48</sup>. Yargı uygulamasında ve doktrinde kabul edilen yaş basamaklarının bir ölçüt olarak esas alınması, sosyal korumaya muhtaç olan küçükler bakımından bir belirlilik yaratarak hukuk güvenliğini sağlamaya hizmet edebilir. Alman hukukunda olduğu gibi kanunla katı/değişmez bir yaş derecelendirmesi öngörmek yerine, ayırt etme gücünün tespitini kolaylaştıracak ve hâkime bu konuda yol gösterecek yardımcı kaynak niteliğindeki söz konusu yaş basamaklarından yararlanılması, hem hukuk güvenliğinin sağlanmasına hem de yaş unsuru dışındaki somut durumun diğer özelliklerinin kolaylıkla göz önünde bulundurulabilmesine hizmet edecektir.

<sup>42</sup> Kessler (n 6) Art 41 N 52; Antalya (n 9) 71.

<sup>43</sup> Dähler (n 6) 24. Ayrıca bkz Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 8; Schnyder, Portmann ve Müller-Chen (n 39) 84; Roberto (n 22) N 07.33; Arbek (n 1) 48. Trafığe uyum sağlama veya trafik alışkanlığı kazanma unsurunun, özellikle de trafik kazası bakımından okuldaki trafik derslerinin, ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde bir kriter olarak dikkate alınabileceği konusunda ayrıca bkz Dähler (n 6) 24.

<sup>44</sup> Bu konuda katı bir yaş sınırının benimsenmemesi gerektiği görüşünde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7.

<sup>45</sup> Hausheer ve Perrig-Chiello (n 21) 776. Ayrıca bkz Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 7) 290.

<sup>46</sup> Bu yönde bkz Koziol (n 2) 103-104.

<sup>47</sup> Bu konuda bkz M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2011) 118 vd.

<sup>48</sup> Bu konuda bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 16 N 8; Rey (n 17) N 820.

## II. Tazminatın Belirlenmesi Aşamasında Ortaya Çıkan Özellik: Yaş Küçüklüğünün Bir İndirim Nedeni Olarak Göz Önünde Bulundurulması

### A. İndirimin Dayanağının Hafif Kusur ile Açıklanması

#### 1. Hafif Kusurun Tazminatın İndirilmesindeki Rolü

Daha önce belirtildiği üzere, sorumluluğun kurulmasındaki işlevinin yanı sıra kusur, tazminatın belirlenmesi aşamasında başvuru olan ölçütlerden biri olması itibariyle ikinci bir işleve daha sahiptir<sup>49</sup>. Gerçekten TBK m 51/1, tazminat belirlenirken durumun gereğinin ve özellikle kusurun ağırlığının göz önünde bulundurulacağını öngörmektedir. Yine bu kapsamda TBK m 52, tazminatın indirilmesine veya tamamen ortadan kaldırılmasına yol açabilecek halleri düzenlemektedir. Farklı kenar başlıklarla düzenlenmiş olmakla birlikte her iki hüküm de tazminatın belirlenmesi aşamasına ilişkin olup<sup>50</sup>, hâkim bu aşamada söz konusu hükümleri birlikte değerlendirerek bir sonuca ulaşmalıdır<sup>51</sup>. Bu anlamda hâkim, sadece TBK m 52’de belirtilen sebeplerle değil, TBK m 51/1’e göre durumun gereğine, özellikle de kusurun ağırlığına dayanarak da tazminatta bir indirim yapabilecektir<sup>52</sup>. TBK m 51 ve 52 hükümleri bir bütün olarak zararın paylaşılması aşamasına ilişkin olup, zarar verenin uğranılan zararın ne kadarına katlanacağı; zarar verenin kusurunun derecesi, zarar görenin kusuru, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşüp düşmeyeceği gibi hususlar dikkate alınarak belirlenir. Böylece zarar veren, söz konusu hükümler kapsamında tazminatın sadece bir kısmını ödemekle yükümlü olabilecektir<sup>53</sup>. Başka bir ifadeyle hâkim, söz konusu hükümlere göre TBK m 49/1’de öngörülen tam tazmin ilkesinden ayrılarak tazminatın bir kısmına hükmedebilecek, hatta tazminatı tamamen ortadan kaldıracaktır<sup>54</sup>. Kural tam tazmin ilkesi olmakla birlikte, özel durumlar söz konusu ise hâkim, bu durumun tazminat miktarına etki edip etmediği, etki etmekte ise bunun oranını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> Bkz yukarıda, I, A’daki açıklamalar.

<sup>50</sup> Schönerberger (n 9) Art 43 N 1.

<sup>51</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 485 vd. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 43 N 31. İsviçre yargı kararlarında çoğunlukla, tazminat yapılan indirimin dayanağının OR Art 43 ve 44 (TBK m 51 ve 52) hükümleri ayrılmaksızın bir bütün olarak gösterildiğine ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 43 N 88. Ayrıca bkz Tiftik (n 9) 83-84.

<sup>52</sup> Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 66; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 485.

<sup>53</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 483-484. Ayrıca bkz Kılıçoğlu (n 7) 122.

<sup>54</sup> Tazminat sadece TBK m 52/1 kapsamında değil, TBK m 51/1’e göre de tamamen kaldırılabilir (Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 492-493). Bu karşılık, hâkimi tazminatı tamamen kaldırmaya yetkili kılan OR Art 44’ün (TBK m 52) aksine OR Art 43’ün (TBK m 51) böyle uç bir çözümden söz etmediği, bu nedenle burada sadece tazminatta indirim halinin göz önünde bulundurulduğu, şimdiye kadarki yargı uygulamasında da tazminatın OR Art 43 (TBK m 51) kapsamında tamamen reddedilmiş olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 49. Aynı yönde bkz Antalya (n 9) 560; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 68, dn 27; Tiftik (n 9) 86-87, 142.

<sup>55</sup> Brehm (n 6) Art 43 N 47. Ayrıca bkz Huguenin (n 9) N 1887; Antalya (n 9) 560; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 63-64; Tiftik (n 9) 141. Bu anlamda TBK m 51/1, tam tazmin kuralını öngören TBK m 49 hükmünü gevşeten bir düzenlemedir (Brehm (n 6) Art 43 N 24; Tiftik (n 9) 84).

TBK m 51 ve 52 hükümleri tazminatın belirlenmesi aşamasında bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, kusurun ağırlığı da tazminatta bir indirim nedeni olarak dikkate alınabileceğinden, zarar verenin hafif kusurunun<sup>56</sup> TBK m 51/1 kapsamında bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilmesi her zaman mümkündür<sup>57</sup>. Hatta doktrindeki genel eğilime ve yargı uygulamasına göre, zarar verenin sadece hafif kusuru tazminatta bir indirim nedeni olarak dikkate alınabilir<sup>58</sup><sup>59</sup>. Ancak zarar verenin hafif kusurlu olması, her hâl ve koşulda tazminatta bir indirim yapılması sonucunu doğurmaz. Somut olaya ilişkin başkaca durumları göz önünde bulunduran hâkim, hafif kusura rağmen tazminatta indirim yapmayabilir<sup>60</sup>. Zira TBK m 51/1'in, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlığının dikkate alınabileceğini öngörmüş olması, TBK m 49/1'de öngörülen tam tazmin ilkesini bertaraf etmez. Kusur sorumluluğunda tam tazmin kuralı geçerli olup, tazminatta indirim yapılması ancak bazı özel hallerde mümkün olabilir<sup>61</sup>. Bir başka ifadeyle, zarar verenin kusurunun tazminatın belirlenmesinde bir hesaplama unsuru olması, kusur ve tazminat arasında

<sup>56</sup> Esasında hafif kusur kavramı ile hafif ihmal kastedilir. Ağır kusur ise ağır ihmal ve kastı içerir (Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 495; Tandoğan (n 6) 54; Tiftik (n 9) 57). Bu konuda ne kanun hükümleri arasında ne de öğretide bir terim birliği bulunmaktadır. Bu çalışmada, "kusurun ağırlığı" ve "hafif kusur" kavramlarına yer veren tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m 51 ve 52 hükümleri ile öğretideki yaygın kullanım esas alınarak hafif kusur ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>57</sup> Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Schnyder, Portmann ve Müller-Chen (n 39) N 432; Schwenger (n 6) § 16 N 16.02; Kessler (n 6) Art 43 N 10; Brehm (n 6) Art 43 N 76; Tandoğan (n 6) 315 vd; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 276, N 133.1; Tiftik (n 9) 88, 91.

<sup>58</sup> Huguenin (n 9) N 1888, 1972; Rey (n 17) N 399; Roberto (n 22) N 32.03; Dähler (n 6) 27; Kılıçoğlu (n 7) 124; Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 132-33. Kanun, kusurun ağırlığı konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımış olmasına rağmen, doktrindeki söz konusu eğilimin tam tazmin ilkesini ön plana çıkardığına; sırf hakkaniyet esas alınarak TBK m 49/1'de öngörülen tam tazmin ilkesinin esnetilemeyeceğine, bu anlamda TBK m 51/1 hükmünün, zarar verenin sadece hafif kusurunun dikkate alınabileceği şeklinde yorumlanması gerektiğine ilişkin olarak bkz Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 132 vd.

<sup>59</sup> Ağır kusur halinde tazminatta bir indirim yapılamayacağı, doktrin ve uygulamada kabul edilen baskın görüşü ifade eder (Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Roberto (n 22) N 32.01; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 507. Aksi yönde bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 73-74; Antalya (n 9) 558). Kanunda yer almamakla birlikte, doktrin ve yargı uygulaması ile kabul edilen orta kusurun (ihmalin) tazminatta indirim nedeni olarak dikkate alınıp alınmayacağı ise tartışmalıdır (Rey (n 17) N 399; Roberto (n 22) N 32.03; Schönerberger (n 9) Art 43 N 9. İndirim yapılabileceği yönünde bkz Brehm (n 6) Art 43 N 79; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 73. Ayrıca bkz Peter Gauch, Walter R. Schlup, Jörg Schmid ve Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II* (11. Aufl., Schulthess Verlag 2020) N 2970; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 592; Tiftik (n 9) 92). Ne ağır ne de hafif ihmal olarak nitelendirilen, dolayısıyla bir ara derecelendirme olarak ortaya çıkan orta ihmal kavramı, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından 1974 yılında verilen bir kararda (BGE 100 II 332) kullanılmıştır. Söz konusu olayda, Bengal işi kibrit çöpleriyle oynayan yaklaşık on bir yaşındaki üç çocuktan biri, yanan kibriti havaya fırlatarak bir tahıl ambarının yanmasına yol açmıştır. Federal Mahkeme söz konusu durumda ihmalin ağır ve hafif ihmal arasında olduğuna karar vermiştir (Karar için bkz Huguenin (n 9) N 1988. Kararın kısa bir değerlendirmesi için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77. Kararın tamamı için bkz <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 28.07.2023). Ayrıca bkz BGER 4C.103/2005, 01.06.2005 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 28.07.2023).

<sup>60</sup> Brehm (n 6) Art 43 N 49, 76; Weber (n 17) N 399; Schönerberger (n 9) Art 43 N 9; Oğuzman ve Öz (n 19) N 371; Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52 N 17; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 74-75; Antalya (n 9) 559; Tiftik (n 9) 89; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 508. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350.

Doktrinde, zarar verene ait bir sorumluluk sigortasının bulunması halinde tazminatta indirim yapılmasının isabetli olmayacağı ileri süren bir görüş bulunmaktadır (Schwenger (n 6) § 16 N 16.02. Aynı yönde bkz Jaun (n 19) 215; Antalya (n 9) 564). Bir sorumluluk sigortasının varlığının, TBK m 51 (OR Art 43) hükmüne göre "durumun gereği" kapsamında indirim yapılmasını önleyen bir etkiye sahip olabileceği; ancak birçok olayda (kazada) sorumluların çoğunun ya sigortasının hiç bulunmadığı ya da yetersiz bir sigortaya sahip olduğuna dikkat çeken görüş için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 88a. Sorumluluk sigortasının varlığının tazminatta indirim yapılmasını engelleyen bir unsur olarak dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz Schönerberger (n 9) Art 43 N 11.

<sup>61</sup> Bu yönde bkz Brehm (n 6) Art 43 N 76; Baysal, *Müterafik Kusur* (n 19) 133-34.



orantılı bir ilişkinin bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır<sup>62</sup>. Aksi halde, kusur sorumluluğunda denkleştirme ilkesi, tam tazminatın ancak en ağır kusur halinde olanaklı olabileceği şeklinde anlaşılacak kadar göreceli kılınmış ve tazminatın bu şekilde belirlenmesi halinde cezalandırma düşüncesi ön plana çekilmiş olurdu. Bu anlamda, zarar verenin kusurunun ağırlığı, tazminatın belirlenmesinde tek başına esas alınmaz. TBK m 51/1 hükmü sadece, durumun gereğinin ve özellikle kusurun ağırlığının, tam tazmin kuralından sapılmasını haklı gösterebileceği düşüncesine dayanır. Yoksa tek başına hafif kusurun varlığı, tazminatta kendiliğinden indirim yapılmasına yol açmaz. Zira TBK m 49/1’de öngörülen tam tazmin ilkesi, kusurun her derecesi için geçerlidir. Denkleştirme ilkesinin gereği olarak tam tazminat kuralı olup, bunda indirim yapılması, gerekçelendirilmesi gereken bir istisnadır. Söz konusu ilkeden sapan bir sonucun kabul edilebilmesi için, hafif kusurun yanı sıra başka sebeplerin de bulunması gerekir<sup>63</sup>. Aksi halde tazminatın belirlenmesinde çıkış noktasını zarar verenin kusurunun derecesi oluşturur ki, bu durum kusur sorumluluğunu zarar veren merkezli bir yaptırım haline getirir. Bunun, tazminatın denkleştirme işlevi ile bağdaşmayacağı ise açıktır<sup>64</sup>. Dolayısıyla, hafif kusura dayanan indirimin esasında sınırlı bir rolünün bulunduğu söylenebilir<sup>65</sup>. Aşağıda, yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının hafif kusura dayandırılmasının yerindediği bu bağlamda değerlendirilecektir.

## 2. Yaş Küçüklüğünün Hafif Kusur Olarak Değerlendirilmesi

Ayırt etme gücüne sahip ve kusurlu olduğu sabit olan küçükler bakımından TBK m 49’a göre sorumluluğun tüm koşulları gerçekleşmiş ise, bu kez küçüğün ödemekle yükümlü tutulacağı tazminat miktarının belirlenmesi gerekecektir. Bu aşamada,

<sup>62</sup> Weber (n 6) 116. Aksi yöndeki görüş için bkz Oftinger ve Stark (n 34) § 7 N 11. Yine bu kapsamda, TBK m 49/1’deki temel ilkeden TBK m 51/1 ile zarar veren lehine sapılmasının temelinde yatan düşüncelerden birinin, kusur ile kusursuzluk arasındaki kaygan sınırın olduğu belirtilmektedir. Buna göre, özellikle kusurun hiç bulunmadığı haller ile çok hafif bir ihmalin söz konusu olduğu hallerin mahkemece birbirinden ayırt edilmesi oldukça zor olabilir. Bu durumda, bir olayda davanın reddedilmesi, bir diğerinde ise bütünüyle kabul edilmesi, hukuk duygusunu ihlal eden keskin bir seçenek oluşturmaktadır. Bu nedenle kanun, kusurun ağırlığı ile tazminat miktarı arasında dengeli bir ilişkinin göz önünde bulundurulması gerektiğini öngörmektedir (Brehm (n 6) Art 43 N 25a. Aynı yönde bkz Tiftik (n 9) 86, 88 vd. Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 317; Oğuzman ve Öz (n 19) N 370. TBK m 51’in (OR Art 43) ratio legis’i hakkında ayrıca bkz Jaun (n 19) 215). Tazminat yükümlülüğü ile kusurun derecesi arasında orantılılık kurma amacının çoktan aşılığına, bu anlamda kasıtlı bir davranış daha az bir zarara yol açabileceksen, hafif bir ihmalin büyük bir zarara yol açabileceğine; tazminatın cezalandırıcı bakış açısından arındırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz Vito Roberto ve Roman Schister, ‘Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund’ (2014) (4) HAVE 431, 434.

<sup>63</sup> Weber (n 6) 116-117. Aynı yönde bkz Jaun (n 19) 214-215. Aynı sonuca, tazminatta hafif kusur nedeniyle indirim yapılmasının dayanağı olan TBK m 51/1 hükmü ile hafif kusurlu tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması halinde tazminatta indirim yapılabileceğini özel olarak düzenleyen TBK m 52/2 hükmü arasındaki ilişki üzerinden de ulaşılmaktadır. Buna göre, her iki hüküm arasındaki uyum sorununun giderilebilmesi için, TBK m 51/1’e göre yapılacak indirimde hafif kusurdan başka sebeplerin de bulunması gerekir. Sadece hafif kusura dayanılarak bir indirim yapılacak ise, tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de indirimi gerektirmesi şarttır. Kaldı ki, kusursuz sorumluluğun yaygınlaşıp kural halini aldığı günümüzde, zarar verenin sırf hafif kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılması isabetli değildir (Oğuzman ve Öz (n 19) N 372. Ayrıca bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 592; Tiftik (n 9) 93).

<sup>64</sup> Benzer şekilde bkz Jaun (n 19) 215.

<sup>65</sup> Weber (n 6) 116-117. Hatta daha ileriye giden bir görüşe göre, doktrinde belirtildiğinin aksine, hafif kusur nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının yargı uygulamasında neredeyse hiçbir önemi bulunmamaktadır (Roberto ve Schister (n 62) 431 vd; Roberto (n 22) N 32.03 vd).

zarar verenin çocuk olmasının doğurduğu özelliğin, bu anlamda yaş küçüklüğünün dikkate alınması<sup>66</sup>; TBK m 51/1'e göre tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan "kusurun ağırlığının" küçükler bakımından yaşla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>67</sup>. Nitekim Türk ve İsviçre hukuk doktrininde, sorumlunun çocuk olması halinde tazminatta yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapılması gerektiği ve bunun dayanağının hafif kusur olduğu görüşü hakimdir<sup>68 69</sup>. Bu kapsamda, yaş küçüklüğünün, tazminatın belirlenmesi aşamasında

<sup>66</sup> Brehm (n 6) Art 41 N 184 vd.

<sup>67</sup> Dähler (n 6) 28. Aynı yönde bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7. Ayrıca bkz Peter Breitschmid, *Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl., Schulthess Verlag 2016) Art 19 N 5. Bu yönde olmak üzere, çocukluğa ilişkin özelliklerin kusurun belirlenmesinde hesaba katılabileceğine ilişkin olarak bkz Koçhisarlıoğlu, 'Derecelendirme' (n 38) 6-7.

<sup>68</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 7) 591; Antalya (n 9) 559; Tiftik (n 9) 91; Dähler (n 6) 27-28; Brehm (n 6) Art 43 N 77. Kusurun subjektif niteliğinden hareketle, bir yetişkinin davranışı ağır kusur oluştururken, aynı davranışın bir çocuk tarafından gerçekleştirilmesi halinde onun hafif kusurlu sayılabileceğini belirten aynı yöndeki görüş için bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 75. Yine aynı yönde bkz Kılıçoğlu (n 7) 125. Aksi yönde bkz Kılıçoğlu, 'Haksız Fiillerden Sorumluluk' (n 19) 201.

Fransız hukuk düzeni, küçüklerin sorumluluğunu azaltmak yerine, onları fiilleri nedeniyle katı bir biçimde sorumlu tutmakla bu konuda farklılık arz etmektedir (Bu ve bu sistemin eleştirisi için bkz Koziol (n 2) 102 vd).

<sup>69</sup> Benzer değerlendirme, küçük yaşta olan zarar görenin ortak kusurunun tespitinde ve bu nedenle tazminatta yapılacak indirim bakımından da yapılmaktadır. Buna göre, zarar gören ayırt etme gücüne sahip bir küçük ise, onun ortak kusuru bir yetişkininkine nazaran daha hafif belirlenmelidir. Bu halde tazminatta yapılacak indirim, aynı davranışta bulunan bir yetişkinin söz konusu olduğu olaya göre daha az olmalıdır (Dähler (n 6) 29-30; Rey (n 17) N 407. Aynı yönde bkz Tandoğan (n 6) 320; Antalya (n 9) 571). İndirilmiş ayırt etme gücü kavramından hareket eden bir görüşe göre de indirilmiş ayırt etme gücüne sahip birinin ortak kusuru nedeniyle tazminatta yapılacak indirim, tam ayırt etme gücüne sahip birinin ortak kusuru nedeniyle yapılacak indirimde göre daha azdır (Ofinger ve Stark (n 34) § 5 N 129. Aynı yönde bkz Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 7. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350. Bu yönde bkz BGE 102 II 363, E 6, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 30.07.2023). Bu kapsamda, ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından sadece "indirilmiş ortak kusur"dan hareket edilebileceği belirtilmektedir (Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 327). Yine aynı yönde olmak üzere, TBK m 52'ye (OR Art 44) dayanılarak bir indirim yapılabilmesi için, çocuğun ruhsal gelişiminin hesaba katılması ve ortak kusura, artan yaşla birlikte daha fazla ağırlık verilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 44 N 23. Bu kapsamda, ok ve yayla birbirini vuran dokuz yaşlardaki üç çocuktan birinin zarar gördüğü olayda İsviçre Federal Mahkemesi, zarar görenin ortak kusuru nedeniyle tazminatta %25 oranında indirim yapılmasını uygun görmüştür (BGE 104 II 184. Karar için bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26). Küçüklerde ortak kusurun daha hafif belirlendiği bir diğer Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 116 II 422, E 4 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 30.07.2023). Ayrıca bkz BGE 123 III 306, E 5b (Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 10). On üç buçuk yaşındaki bir çocuğun ortak kusurunun ağır kusur olarak nitelendirilemeyeceği, bu nedenle davalının sorumluluğunun kabul edilmesine gerektiğine ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 102 II 363, E 6 (<http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 01.08.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 41 N 189). Küçüğün ağır ortak kusurunun kural olarak iliyet bağımlı kesen bir sebep olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz Dähler (n 6) 31-32.

Diğer taraftan doktrinde, trafik kazalarında doğan zararlara ilişkin yargı kararlarına dayanılarak küçüklerin ortak kusuru bakımından bazı pratik kurallar geliştirilmiştir. Buna göre, okul öncesi ve birinci sınıf öğrencisi küçükler, karayolu trafiği bakımından ayırt etme gücünden tamamen yoksun sayılmalıdırlar. Bunların bir trafik kazasında zarara uğraması halinde ortak kusur nedeniyle bir indirim yapılamaz. Sekiz ila on dört yaş aralığındaki küçüklerin ise indirilmiş bir ayırt etme gücüne sahip olduklarının kabulü gerekir. Bu küçüklerin ortak kusuru, ayırt etme gücünün derecesine göre daha hafif değerlendirilmelidir. Bu kategorideki küçüklerin indirilmiş ayırt etme gücüne uygun olarak, ortak kusurlarının sonuçları da hafifletilmelidir. On dört ila yirmi yaş aralığındaki gençlerin ise bu konuda kural olarak tam fiil ehliyetine sahip oldukları kabul edilmelidir. Ancak onların ortak kusuru, "gençlik durumu" dikkate alınarak yetişkinlere göre daha hafif değerlendirilmelidir (Robert Geisseler, 'Kinder im Strassenverkehr, Privatrechtliche Aspekte', *Strassenverkehrsrechts-Tagung* (1992) 35 vd (Dähler (n 6) 29' dan naklen). Bu konuda ayrıca bkz Koziol (n 2) 108. Bu kapsamda, trafikteki davranış objektif olarak ağır kusurlu sayılabilecek dokuz yaşındaki bir çocuğun kusurunun yaşı nedeniyle hafif değerlendirilmesi gerektiğine ve bu nedenle tazminatta %20 oranında indirim yapılmasına karar verilen bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGE 111 II 89/93 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26). Bir başka Federal Mahkeme kararında ise, aniden bisiklet yolundan ana caddeye sapan on iki yaşındaki bir bisiklet sürücüsünün bu ağır ortak kusuru nedeniyle tazminatta %50 oranında indirim yapılması uygun görülmüştür (6S.14/2006, 30.08.2006, <https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 02.08.2023). Bu kararda sorumluluğun yarı yarıya paylaşılmasının tatmin edici olmadığı, daha adil bir paylaşımın yapılabilmesinin mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz Brehm (n 6) Art 44 N 26. Federal Mahkeme'nin bir diğer kararına konu olan olayda, kamuya açık bir caddede kızakla kayan sekiz yaşına yakın bir çocuk tramvayla çarpışmıştır. Bu olayda Yüksek Mahkeme, ortak kusur nedeniyle tazminatta %25 oranında indirim yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır (BGE 72 II 198, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2072198.pdf>, Erişim Tarihi 03.08.2023). Karşıdan karşıya geçerken bir araçla çarpıştığı sekiz yaşındaki kız çocuğunun ayırt etme gücüne sahip olmadığına yönelik karar için ayrıca bkz BGER 6S.107/2007, 11.6.2007 (Karar için bkz Brehm (n 6) Art 41 N 185).

ihmal derecesinin tespiti bakımından önemli bir rolünün bulunduğu, ayırt etme gücüne sahip olursa bile, yaş küçüklüğünün iradenin oluşumuna etki ettiği ve kusur kavramı kapsamında hafif ihmal olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>70</sup>. İsviçre yargı uygulaması da sorumlunun küçük olması halinde tam tazminata hükmetmeyip, bunda hafif kusur nedeniyle indirim yapma eğilimindedir<sup>72</sup>. Bu yöndeki düşüncenin temelinde, küçüğün altından kalkamayacağı bir tazminat borcuyla baş başa bırakılmaması gereği yatmaktadır<sup>73</sup>. Tazminat borcunu bizzat (kendi malvarlığından) ödemekle yükümlü olan ayırt etme gücüne sahip küçüğü, ömür boyu altından kalkamayacağı bir borç altına sokma tehlikesi, tam tazminat-sıfır tazminat ayırımının aşılmasına ve tazminatta bu şekilde indirim yapılması gerektiği düşüncesine yol açmıştır<sup>74</sup>.

Esasında küçüğüne büyük bir tazminat borcuyla baş başa kalması, hem sorumlu küçüğün malvarlığının bulunmaması veya yetersizliği hem de anne babanın çocuk

<sup>70</sup> Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 79.

<sup>71</sup> Bu görüş kapsamında, yaş küçüklüğünün kusurun belirlenmesine etkili bir unsur olarak dikkate alınması, Türk ve kaynak İsviçre hukukunda genellikle kabul edilen objektifleştirilmiş kusur kavramına ters düşmez. Zira bu teoride, ihmal bakımından bir kişiden beklenen makul özenin ölçüsü, o kişiyle aynı durumda bulunan; aynı yaşa, cinsiyete, fiziksel koşullara sahip normal ve makul bir kişinin göstereceği özenle karşılaştırılır (Bu konuda objektif bir değerlendirmenin yapılacağı olması, somut olayın özelliklerinin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Bu konuda bkz Baysal, *Mütafak Kusur* (n 19) 111. Ayrıca bkz Oğuzman ve Öz (n 19) N 162; Tiftik (n 9) 59). Bu anlamda bir çocuğun kusur derecesi, yine aynı yaşta bulunan, aynı koşullara sahip makul bir çocuğun göstereceği özen ile karşılaştırılarak belirlenir. Yoksa mukayese, bir yetişkinin davranışına göre yapılmaz (Bu konuda bkz Guhl ve Koller (n 33) § 24 N 40. Ayrıca bkz Arbek (n 1) 52). Bu da çoğu zaman, gösterilecek özenin ölçüsünün ve dolayısıyla ihmalin derecesinin bir yetişkininkine göre daha hafif belirleneceği anlamına gelir (Genel davranış modelini çeşitli insan kategorilerine göre belirleyen (çocuk kategorisi gibi), sadece o kişinin kendine özgü özelliklerinin değil, ancak ait olduğu insan kategorisinin özelliklerinin hesaba katılabileceğini belirterek bu yönde olduğu anlaşılabilir görüş için bkz Koçhisarlıoğlu, ‘Derecelendirme’ (n 38) 9. Yine bu yönde bkz Antalya (n 9) 78-79; Tandoğan (n 6) 53. Objektifleştirilmiş kusur kavramı hakkında ayrıca bkz Baysal, *Mütafak Kusur* (n 19) 106 vd; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 58 vd; Tandoğan (n 6) 50 vd; Eren ve Dönmez (n 4) m 49 N 173 vd; Hatemi ve Gökyayla (n 19) 140-141). Objektifleştirilmiş ihmalde kesin, tüm zarar verenler bakımından aynı şekilde uygulanabilecek bir ölçütün söz konusu olmadığı; bu halde gösterilecek özenin, belirli bir kategoriye ait olan zarar verenler için aynı olduğu; bu bakımdan subjektif koşulların, zarar verenin yaşının göz önünde bulundurulmasını gerekli olması ölçüsünde dikkate alınabileceğine ilişkin olarak bkz Rey (n 17) N 846-847.

<sup>72</sup> Honsell, Isenring ve Kessler (n 8) § 6 N 12; Brehm (n 6) Art 41 N 183a. Nitekim çok hızlı kayak yapan on beş yaşındaki bir kayakçının yol açtığı zarar bakımından, genç sorumlunun hafif kusuru ile zarar gören yetişkinin ortak kusurunu birlikte göz önünde bulunduran İsviçre Federal Mahkemesi, sorumluya tazminatın sadece yarısını yüklenilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Böylece tazminatta toplam %50 oranında indirim yapılmıştır (BGE II 25, <http://relevancy.bger.ch>, Erişim Tarihi 03.08.2023. Ayrıca bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77). Yine Federal Mahkeme’nin bir kararına konu olan olayda, on iki yaşındaki bir çocuk, şiddetli bir rüzgârda devrilecek olan bir yüksek gerilim direğinin vidalarını sökerek, objektif bakımdan ağır kusurlu bir davranışta bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu halde de bir yandan sorumlunun genç yaşını, diğer yandan ise zarar gören işletmenin ortak kusurunu dikkate alarak tazminat miktarında yaklaşık %85 oranında bir indirim yapmıştır (BGE 90 II 9/14. Bu ve diğer bazı kararlar için bkz Brehm (n 6) Art 43 N 77). Bir başka Federal Mahkeme kararında, balta kullanan ve üç yaşındaki bir kız çocuğunun elini uzatabileceğini öngöremeyen on yaşındaki bir çocuğun kusur ehliyeti kabul edilmekle birlikte, sadece hafif kusurlu olduğu sonucuna ulaşılmıştır (BGE 70 II 136 E 2. Karar için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 147). Demiryolu hattındaki yasak çizgiyi geçen on üç yaşındaki bir çocuğun kusurunun, bir yetişkininkine nazaran daha hafif kabul edildiği karar için bkz BGE 66 II 197 (Karar için bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 148). On bir-on iki yaş aralığındaki çocuklar bakımından tazminatta yapılan indirimin %60 oranını bulabildiğine ilişkin olarak ayrıca bkz Moreno (n 33) 440.

<sup>73</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289; Baysal, *Haksız Fiil* (n 9) 70. Ayrıca bkz Ünal (n 1) 69. Yine bu kapsamda, çocuk için bir yüküm oluşturacak ağır sorumluluklar bakımından, ayırt etme gücünün göreceli olduğundan yararlanılarak sorumluluk ehliyetinin geç başlatılması gerektiği (önemli işler bakımından işlem ehliyetinin geç başlatılmasında olduğu gibi) belirtilmektedir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409).

<sup>74</sup> Bu konuda bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409. Hukuki işlem ehliyeti bakımından ayırt etme gücünün varlığı ve yokluğu arasında mutlak zıtlık kaçınılmaz olup, hukuki işlem ya geçerlidir ya da değildir. Buna karşılık haksız fiilin hukuki sonuçlarının, bu anlamda tazminat sorumluluğunun derecelendirilmesi gayet mümkündür. Hukuki işlem ehliyetine konu olayların tersine burada, davranışın hukuki sonucunun ya tamamen kabul edilmesi ya da tamamen reddedilmesinin mantıklı bir gerekçesi bulunmaz (Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 6-7 ve Art 19 N 347).

üzerindeki gözetim yükümlülüğü karşısında çoğu zaman pratikte bir karşılık bulmaz. Bu halde özellikle zarar gören, tazminat alacağını tamamen elde edebileceği alternatif sorumlu bulma arayışına girecektir<sup>75</sup>. Nitekim çocuk üzerindeki gözetim görevini ihmal eden kusurlu veli (anne baba), çocuğun başkasına verdiği zararlardan TBK m 49 vd hükümlerine göre tek başına veya çocukla birlikte müteselsilen sorumlu tutulabileceği<sup>76</sup> gibi onun, kusursuz sorumluluk<sup>77</sup> hali olarak öngörülen TMK m 369'a göre ev başkanı sıfatıyla<sup>78</sup> tek başına sorumluluğu<sup>79</sup> da gündeme gelebilecektir<sup>80</sup>. Zarar gören çoğu zaman, daha elverişli olduğu için söz konusu düzenlemelere dayanarak küçüğün anne babasını sorumlu tutmayı düşünecek olmakla birlikte<sup>81</sup>,

<sup>75</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 2 HD, 2764/11656, 25.10.2017; Yargıtay 3 HD, 2316/906, 27.01.2016; Yargıtay 3 HD, 867/20305, 15.12.2015; Yargıtay 4 HD, 4661/14392, 09.12.2003 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 04.08.2023).

<sup>76</sup> Hemen burada belirtelim ki, zarar gören tarafın küçük olması halinde, onu gözetmekle yükümlü kişilerin kusurunun küçüğün ortak kusuru olarak değerlendirilemeyeceği doktrinde genellikle kabul edilmektedir. Bu anlamda, gözetim yükümlülüğü olan anne baba (yasal temsilci, veli), gözetilme ihtiyacı olan küçüklerin yardımcı kişisi sayılmazlar. Dolayısıyla anne babanın gözetimde kusurunun bulunması halinde, küçüğün zarar verene karşı ileri sürdüğü tazminat talebinde bir indirim yapılamaz. Aksine bu durum, gözetimle yükümlü anne babanın zarar verene karşı ileri sürdüğü tazminat talebinde bir indirim olmasına yol açar (Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 170; Schwenzer (n 6) § 16 N 16.07; Rey (n 17) N 415-416; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 125-126. Aynı yönde bkz Stehle ve Reichle (n 6) Art 44 N 3; Weber (n 6) 130 vd; Patrik Eichenberger, 'Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 119. Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 325; Kılıçoğlu (n 7) 133). Bu halde tazminatın müteselsil borçlu zarar veren ile anne baba arasında paylaşılmasında TBK m 62 hükmü dikkate alınacaktır (Bu konuda bkz Schwenzer (n 6) § 16 N 16.07; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 126; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 398; Karauz ve Çokkaş (n 8) 64. Ayrıca bkz Çiğdem Kırca, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)* (Vedat Kitapçılık 2013) 34 vd).

Anne babanın kusurunun küçüğe ortak kusur olarak yüklenemeyeceğine ilişkin bir Federal Mahkeme kararı için bkz BGer 4A\_206/2014, 18.09.2014, E 4.6 (<https://www.bger.ch>, Erişim Tarihi 05.08.2023). Anne babanın kusuru nedeniyle çocuğun talep ettiği tazminatta indirim yapılamayacağına ilişkin Yargıtay kararları için bkz Yargıtay 3 HD, 6551/3478, 12.04.2022; Yargıtay 11 HD, 4590/4049, 17.06.1988; Yargıtay 4 HD, 5130/10796, 04.10.1979 (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 05.08.2023). Buna karşılık Danıştay, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluğu bakımından, gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne babanın ortak kusurlu sayılması ve tazminat miktarının bu oranda indirilmesi görüşündedir (Bu konuda bkz Karauz ve Çokkaş (n 8) 45).

<sup>77</sup> Bu konuda bkz Tandoğan (n 6) 162-163; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 76) 395; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022) 535; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2021) 456; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 216, N 120.5; Kılıçoğlu (n 7) 420; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 485; Karauz ve Çokkaş (n 8) 53. Sorumluluğun hukuki niteliği konusunda detaylı açıklama için bkz Ünal (n 1) 73 vd.

<sup>78</sup> Anne, baba ve küçük çocuktan oluşan bir ailede ev başkanı sıfatı, velayet hakkına sahip anne ve babanın her ikisine aittir (Dural, Ögüz ve Gümüş (n 76) 389; Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 215, N 120.1; Erdem ve Makaracı Başak (n 77) 484; Arbek (n 1) 63; Emine Koçano Rodoslu, 'Ev Başkanının Sorumluluğu' (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879, 885; Karauz ve Çokkaş (n 8) 50). Ancak, ev başkanının her zaman veli olmak zorunda olmadığı, bu sıfatın kanundan, sözleşmeden veya ertlen doğabilecek olması karşısında ev başkanının daha kapsamlı bir kavram olduğu belirtilmelidir (Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 290; Koçano Rodoslu (n 78) 884 vd; Karauz ve Çokkaş (n 8) 52). Ayrıca bkz Tandoğan (n 6) 165 vd; Akıntürk ve Ateş (n 77) 454 vd; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (n 77) 535-536. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Ünal (n 1) 48 vd ve 115 vd). Ev başkanının sorumluluğu ile velinin sorumluluğu arasındaki farklara ilişkin olarak ayrıca bkz Ünal (n 1) 22 vd.

<sup>79</sup> Tazminatı ödeyen ev başkanının, haksız fiillerinden bizzat sorumlu olan küçüğe rücu edebileceği yönündeki görüş için bkz Ünal (n 1) 146 vd; Arbek (n 1) 70; Karauz ve Çokkaş (n 8) 65. Ev başkanının sorumluluktan kurtulması halinde ise zarar gören, çocuğun küçük malvarlığıyla yetinmek zorunda kalacaktır (Bellican (n 22) 37).

<sup>80</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 101, 289 vd; Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409-410. Ayrıca bkz Eichenberger (n 76) 117-118; Ünal (n 1) 144-145; Akyüz (n 1) 119. Avusturya hukukunda ise, gözetim yükümlülüğü olan kişilerin (özellikle ebeveynlerin) sorumluluğu karşısında küçüklerin sorumluluğu ikincil niteliktedir (Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz Koziol (n 2) 101 vd).

<sup>81</sup> Bu konuda bkz Koziol (n 2) 104. Çoğu durumda küçüğün tazminatı karşılayacak malvarlığı olmayacağından, onun velisi olan anne babanın sorumlu tutulması, zarar gören bakımından daha elverişli olduğu gibi küçüğün de lehinedir (Serozan, *Medeni Hukuk* (n 3) 409-410. Ayrıca bkz Karauz ve Çokkaş (n 8) 63).

söz konusu düzenlemelere başvurma olanağının bulunmadığı haller bakımından yaş küçüklüğünün tazminatta bir indirim nedeni sayılması, yine de özel olarak koruması gereken küçüğün lehine olacaktır<sup>82</sup>.

Yaş küçüklüğüne dayanan hafif kusur nedeniyle tazminatta indirim yapılması gerektiği yönündeki hâkim görüş incelendiğinde, hafif kusurun genelde indirilmiş ayırt etme gücü kavramıyla açıklanıp temellendirildiği görülmektedir. Daha önce belirttiğimiz ve genellikle de kabul edildiği üzere, sorumluluğun kurulması bakımından ayırt etme gücü ya vardır ya da yoktur. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin bu aşamada bir önemi bulunmaz<sup>83</sup>. Nitekim doktrinde ve yargı uygulamasında, ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin pratik öneminin, tazminatın belirlenmesi ve özellikle bunda yapılacak indirim bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Böylece, kusurun subjektif unsuru olarak kabul edilen ayırt etme gücünün derecelendirilmesi, tazminatın belirlenmesi bakımından kusurun derecelendirilmesine ve dolayısıyla tazminatın belirlenmesine de etki etmektedir<sup>85</sup>. Bu anlamda, kusur derecesinin tespitinde göz önünde bulundurulabilecek pek çok unsurdan birinin de (objektif kusur kavramından hareket edilse dahi) “*indirilmiş ayırt etme gücü*” olduğu belirtilmektedir<sup>86</sup>. Dolayısıyla indirilmiş ayırt etme gücüne yol açan durumlar, TBK m 51’e göre “kusurun ağırlığı” kapsamında çözümlenmektedir<sup>87</sup>. Bu da tazminat yükümlüsü küçüğün kusurunun, tazminatın belirlenmesi aşamasında bir indirim nedeni olarak yaşla bağlantılı bir biçimde değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır<sup>88</sup>. Başka bir ifadeyle indirilmiş ayırt etme gücünün, kusurun (hem zarar verenin kusurunun hem de zarar görenin ortak kusurunun) daha hafif belirlenmesine<sup>89</sup> ve ayırt etme gücünün derecesine uygun olarak tazminatın da

<sup>82</sup> Hatta küçüklerin yol açtığı zararların kamuya yüklenerek kapsamlı bir sosyal sorumluluk sigortası tarafından karşılanması önerilmeye değerdir (Bu konuda bkz Koziol (n 2) 103).

<sup>83</sup> Bkz yukarıda, I, B’deki açıklamalar.

<sup>84</sup> Dähler (n 6) 27; Rey (n 17) N 831. Bu yönde bkz Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 125-126; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7. İsviçre yargı uygulamasında da sorumlu küçük tarafından ödenecek olan tazminatın miktarı indirilerek veya küçüğün ortak kusurunun söz konusu olduğu hallerde, zarar verenin ödemekle yükümlü olduğu tazminatta indirim yapılmasına sadece sınırlı bir ölçüde izin verilerek, ayırt etme gücünün derecesi haksız fiilin sonuçları (başka bir ifadeyle tazminatın belirlenmesi) bakımından hesaba katılmaktadır (Rey (n 17) N 831 ve orada belirtilen Federal Mahkeme kararları. Ayrıca bkz yukarıda, dn 69’da ve dn 72’de yer verilen Federal Mahkeme kararları).

<sup>85</sup> Ayrıca bkz Weber (n 6) 126, dn 50; Jaun (n 19) 212.

<sup>86</sup> Jaun (n 19) 213. Aynı yönde bkz Weber (n 6) 126. Ayrıca bkz Dähler (n 6) 27-28. Daha önce belirtildiği üzere, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceği hususu tartışmalı olduğundan, “indirilmiş ayırt etme gücü” doktrinde oybirliğiyle kabul edilip kullanılan bir kavram değildir. Ancak bu kavram kabul edilsin ya da edilmesin, yukarıda belirtildiği gibi doktrindeki genel eğilim, küçüklerin sorumluluğu bakımından tazminatta hafif kusur nedeniyle indirim yapılması yönündedir. Dolayısıyla ayırt etme gücünün derecelendirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin söz konusu tartışma, sonucu itibarıyla pratik bir değer taşımamaktadır (Bu yönde olmak üzere, bu konuda ileri sürülen aksi yöndeki her iki görüşün de çocuklar bakımından daha hafif değerlendirilen kusur alanında derecelendirilmiş ayırt etme gücünü dikkate aldığına ilişkin olarak bkz Schwenzler (n 6) § 22 N 22.09. Aynı yönde bkz Schönenberger (n 9) Art 41 N 30. Yine, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin düşünce farklılıklarının, tazminatın belirlenmesi aşamasında hâkime tanınan büyük esneklik karşısında pek de pratik bir etkiye sahip olmadığına ilişkin görüş için bkz Weber (n 6) 126. Aynı yönde bkz Brehm (n 6) Art 41 N 181b).

<sup>87</sup> Moreno (n 33) 440.

<sup>88</sup> Dähler (n 6) 27-28. Ayrıca bkz Fankhauser ve Bleichenbacher (n 13) Art 19 N 7; Breitschmid (n 67) Art 19 N 5.

<sup>89</sup> Oftinger ve Stark (n 34) § 5 N 92, 123 vd; Landolt (n 6) 192; Weber (n 6) 126; Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7.

derecelendirilmesine yol açtığı belirtilmektedir<sup>90</sup>. Buna göre, tıpkı ceza hukukunda esas alınan indirimli ceza ehliyetinde olduğu gibi, özel hukukta da indirilmiş ayırt etme gücünün derecesinin dikkate alınabilmesi mümkündür<sup>91</sup>. Doktrinde ve yargı uygulamasında kabul edilen bu yaklaşım ile ceza sorumluluğundaki indirimli ehliyet kavramı, tazminat sorumluluğu bakımından özel hukuka da taşınmış olmaktadır<sup>92</sup>.

Yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılmasının dayanağını hafif kusur ve bu kapsamda indirilmiş ayırt etme gücü kavramı ile açıklayan söz konusu görüş, yalın olarak kusur unsurunu temel alan bir değerlendirme yapmaktadır. Sorumlunun küçük olması halinde tazminatta indirim yapılmasının dayanağının tek başına hafif kusur ile açıklanması, aşağıda gerekçelendirileceği üzere isabetli değildir. Bu halde, yaş küçüklüğünün bağımsız bir indirim nedeni olarak TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında ele alınması daha yerinde bir dayanak olacaktır.

## **B. İndirimin Dayanağının "Durumun Gereği" Kapsamında Açıklanması Gereği**

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukuku ile kaynak İsviçre hukukunda hâkim görüş, haklı olarak yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılması gereğinden hareket etmektedir. Ancak kabul edildiği üzere, indirimin dayanağının sadece hafif kusur ile açıklanması tatmin edici bir değerlendirme olmaktan uzaktır. Sorumlunun küçük olması halinde yaştan tazminat miktarına etkisi, sırf kusur unsurundan hareket edilerek hafif kusur çerçevesinde değerlendirilemez. Zira yukarıda da belirtildiği ve genellikle kabul edildiği üzere, sırf hafif kusurun varlığı, tazminatın reddedilmesine veya bunda bir indirim yapılmasına kendiliğinden yol açmaz. TBK m 51/1 kapsamında hâkim, ancak somut durumun tüm özelliğini göz önünde bulundurduktan sonra hafif kusur nedeniyle tazminatta bir indirim yapabilecektir. Bu ise hâkimin, TBK m 51'e göre durumun tüm özelliklerini (yoksa sadece bu kapsamda yer alan kusurun ağırlığını değil<sup>93</sup>) göz önünde bulundurmasını gerektirir. Dolayısıyla yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta yapılacak indirimin tek gerekçesini hafif kusur oluşturamaz. Üstelik hafif kusurun indirilmiş ayırt etme gücü kavramı ile açıklanıp temellendirilmesi de şüpheli gözükmektedir. Çünkü TBK m 51'e göre tazminatın belirlenmesinde esas alınacak "kusurun ağırlığı", kusurun sübjektif yönünü oluşturan ayırt etme gücüne göre değil, objektif yönü olan özen yükümlülüğünün ihlalinin ağırlığına göre belirlenmelidir<sup>94</sup>. Bu anlamda indirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasının yeri ve gereği yoktur<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 16 N 7. Ayrıca bkz Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 350.

<sup>91</sup> Bucher ve Aebi-Müller (n 6) Art 19 N 347.

<sup>92</sup> Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 289. Ayrıca bkz Weber (n 6) 126.

<sup>93</sup> TBK m 51/1'in lafzından da anlaşılacağı üzere "kusurun ağırlığı", "durumun gereği" kapsamında yer alan bir unsurdur. Kusurun ağırlığının kanunda özel olarak anılmasının, kusurun tazminattaki rolüne ilişkin tarihi gelişmeleri dayandırılabilirliğine ilişkin olarak bkz Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 65.

<sup>94</sup> Bu yönde bkz Kessler (n 6) Art 43 N 8.

<sup>95</sup> İndirilmiş ayırt etme gücü kavramının yaratılmasına gerek kalmadan, ayırt etme gücüne sahip olduğu tespit edilen çocuğun



Kanaatimizce yaş küçüklüğü, bağımsız bir indirim sebebi olarak TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında değerlendirilmelidir. İndirimin dayanağının aranacağı yer, kusurun ağırlığından çok, çocukların ve gençlerin özel durumu olmalıdır. Bize göre, yaş küçüklüğünün tazminatta bir indirim nedeni olarak kabul edilmesinin temelinde, Anayasa'da ve çeşitli uluslararası sözleşme veya belgelerde dayanağını bulan<sup>96</sup> çocuğu koruma düşüncesi yatar. Haksız fiillerinden tamamen sorumlu tutulan ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün, yetişkin bir kimseyle eş tutularak tam tazminat ödemek zorunda bırakılması, onu altından kalkamayacağı, belki de geleceğini ipotek altına alan bir yükü baş başa bırakmak demektir. Böyle bir sonuç, her şeyden önce "çocuğun üstün yararı ilkesi" ile bağdaştırılmaz. Söz konusu ilke, sorumluluk hukuku alanında da geçerli kılınabilecek bir ilkedir. Daha kapsayıcı bir ifadeyle çocuğun üstün yararı, sadece aile hukuku sınırları içerisinde değil, çocuğu ilgilendiren tüm işlem ve faaliyetler bakımından geçerli olan bir ilke olarak düşünülmelidir<sup>97</sup>. Çocuğun üstün yararı ve korunması gereği, onun ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarının belirlenmesinde yaşının küçüklüğünün bir indirim nedeni olarak dikkate alınmasını zorunlu kılar. Bu, doktrinde genellikle benimsendiği üzere kusur ve kusurun ağırlığı esas alınarak yapılmak zorunda değildir. Hatta indirimin sırf hafif kusurdan hareket edilerek yapılacağını kabul etmekle eksik bir değerlendirmeyi içeren söz konusu görüş takip edildiğinde, çocuğun korunması amacı gereği gibi yerine getirilmiş olmaz. Zira belirttiğimiz üzere tek başına hafif kusur, tazminatta mutlaka bir indirim yapılması sonucunu doğurmadığından, sorumlunun (burada küçüğün) hafif kusurlu olduğu kabul edilmesine rağmen, hâkim tazminatta bir indirim yapmayabilir. Doktrinde genellikle benimsendiği gibi, çocuğun fiili hafif kusurlu olarak nitelendirilip, tazminatın belirlenmesinde "kusurun ağırlığından" hareket edilse dahi hâkim, tazminatta indirimi haklı kılacak olayın diğer özelliklerini gerekçe göstermek durumundadır. Buradaki özellik ise, sorumlunun çocuk veya

olguluk yaşının tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulabileceğine ilişkin olarak bkz Huguenin (n 9) N 1996. Yine bu yönde olmak üzere, ayırt etme gücünün derecelendirilip derecelendirilemeyeceğine ilişkin tartışmanın sorumluluk hukukunda büyük bir öneminin bulunmadığı, ayırt etme gücünün tam (veya indirilmiş) olup olmamasının, kusurun bir bütün olarak değerlendirilmesinde hiçbir role sahip olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre hafif kusur, indirilmiş ayırt etme gücü nedenine dayandırılabilir gibi, yaşam deneyiminin oldukça sınırlı olması veya henüz sağlam bir karakterin bulunmaması dolayısıyla da kabul edilebilir. Yeter ki tazminat hesaplanırken her iki unsur aracılığıyla (indirilmiş ayırt etme gücü ve azaltılmış kusur) tazminatta kümülatif olarak indirim yapılmasın (Brehm (n 6) Art 41 N 181b).

<sup>96</sup> Burada özellikle Anayasa'nın 2, 5 ve 41. maddeleri dayanak gösterilebilir. Çocuk hakları ve çocuğun korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler bakımından ise Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi özellikle anılmalıdır. Çocuk haklarının anayasal ve uluslararası düzeyde tanınmasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Algan (n 1) 71 vd. Ayrıca bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 1 vd; Akyüz (n 1) 45 vd.

<sup>97</sup> Nitekim Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS), çocukları ilgilendiren tüm faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu kuralını öngörmektedir (ÇHS m 3, Sözleşme metni için bkz <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf> ve <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, Erişim Tarihi 08.08.2023). Burada çocuğun üstün yararı ilkesi tanımlanmadığından, çocuğun yararının neyi gerektirdiğinin, bu anlamda ilkenin anlam ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu anlamda, Sözleşmede yer alan "faaliyetler" kapsamında, gerek tek bir çocuğu gerek grup halinde çocukları doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren tüm faaliyetlerde çocuğun üstün yararı ilkesinin öncelikle gözetilmesi gerektiği, ilkenin amacının her durumda çocuğun yararının öncelikle korunması olduğu belirtilmektedir (Bu konuda detaylı bilgi için bkz Algan (n 1) 435 vd) Çocuğun yararı kavramının, çerçevesi esnek, somut olayın özelliklerine uyarlabilir gevşek hakkaniyet kavramlarından biri olduğunu, bu kavramın özel hukukla sınırlı olmayıp kamu hukukunda da geçerli bulunduğunu, çocuğun yararının gözetilmesinin, menfaat çatışması halinde çocuğun tarafının tutulması anlamına geldiğini belirten aynı yöndeki görüş için bkz Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 1) 65 vd. Ayrıca bkz Akyüz (n 1) 53 vd; Algan (n 1) 447.

genç yaşta olmasıdır. Dolayısıyla sorumlu küçüğün ödeyeceği tazminatta yapılacak indirim bakımından belirleyici olan unsur yine “durumun gereği” olmaktadır. Kaldı ki, indirimin dayanağına ilişkin açıklamaların sırf “kusurun ağırlığı” unsuru etrafında toplanması, küçüğün hafif kusurunu temellendirmek için “indirilmiş ayırt etme gücü” kavramının yaratılmasında olduğu gibi kabulü tartışmalı ve karmaşık bir yola sevk etmektedir. Bu nedenle, yaş küçüklüğünün doğrudan ve bağımsız bir indirim nedeni olarak “durumun gereği” kapsamında ele alınması, daha açık ve yerinde bir dayanak oluşturmaktadır. Tazminatın belirlenmesi aşamasında “durumun gereğinin” dikkate alınacağını öngörerek hâkime geniş bir hareket alanı tanımış olan kanunun sistemi<sup>98</sup> de “yaş küçüklüğünün” bu kapsamda bağımsız bir indirim nedeni olarak kabul edilmesini desteklemektedir<sup>99</sup>. Sorumlunun ayırt etme gücüne sahip bir küçük olması halinde hâkim, yaş küçüklüğünü “durumun gereği” kapsamında resen gözeterek tazminat miktarını belirlemelidir<sup>100</sup>.

### Genel Değerlendirme ve Sonuç

Hukukumuzda ayırt etme gücüne sahip olan küçükler, kusura dayanan haksız fiilleri nedeniyle yol açtıkları zararı kendi malvarlıkları ile tazmin etmekle yükümlüdürler. Küçüğün, fiili işlediği sırada ayırt etme gücüne sahip olup olmadığının tespiti bu bakımdan belirleyici bir roldedir. Hukukumuzda haksız fiil ehliyeti bakımından küçüklerin hangi andan itibaren ayırt etme gücünü kazanacaklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayırt etme gücüne ilişkin bir yaş kademelenmesinin kanunla öngörülmediği hukukumuz ve kaynak İsviçre hukuku bakımından her somut duruma göre bir değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak ayırt etme gücünün tespiti bakımından küçüğün yaşı belirleyici bir unsur olarak ön plana çıktığından, bu konudaki hareket noktasını yine de yaş basamakları oluşturmaktadır. Nitekim özellikle İsviçre hukuk doktrini ve yargı uygulamasında, sistematik olmasa da bu konuda birtakım yaş basamakları kabul edilmektedir. Küçüğün ayırt etme gücünün tespiti bakımından hâkime yol gösterecek bir rehber işlevi görmesi amacıyla söz konusu yaş basamaklarından yararlanılması mümkündür. Bu yaş basamaklarının ayırt etme gücünün belirlenmesinde bir ölçüt olarak esas alınması, küçüğe ilişkin somut olaya ait diğer özelliklerin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Aksine, haksız fiil ehliyeti bakımından kanunla katı bir yaş kademelenmesi öngörülmesinden farklı olarak hâkim, bir yardımcı kaynak niteliğindeki söz konusu yaş basamaklarıyla bağlı olmayacağından, somut olayın diğer özellikleri kolaylıkla göz önünde bulundurulabilecektir. Böylece hem hukuk güvenliğinin sağlanması hem de somut olay adaletinin gerçekleşmesi amacına hizmet edilmiş olur.

<sup>98</sup> Somut olaya ait bir durumun TBK m 51/1 kapsamında indirim sebebi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini hâkim serbestçe takdir eder (Tiftik (n 9) 85, 140).

<sup>99</sup> Bu görüşte bkz Geisseler 16 (Dähler (n 6) 28, dn 63'ten naklen).

<sup>100</sup> Hâkimin, tazminat miktarına etki eden hususları resen göz önünde bulunduracağına ilişkin olarak bkz Nomer, *Borçlar Genel* (n 6) 275-276, N 133.

Ayırt etme gücüne sahip olduğu tespit edilen küçüğün durumu, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun doğması bakımından bir yetişkininkinden farklı değildir. Ne var ki tazminatın belirlenmesi aşamasında onun yaşının küçüklüğü farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Nitekim doktrinde ve yargı uygulamasında genellikle kabul edildiği üzere yaş küçüklüğü, hafif kusur nedeniyle tazminatta bir indirim nedenidir. Böylece, kanunda açıkça bir indirim nedeni olarak anılmayan yaş küçüklüğü, doktrin ve yargı uygulaması yoluyla hafif kusura dayandırılmak suretiyle bir indirim nedeni olarak görülmektedir. Sorumlu küçüğün ödeyeceği tazminatta bir indirim yapma gereğinin kendini doktrinde ve yargı uygulamasında kabul ettirmesinin arkasında, çocuğun korunmaya değer üstün yararının bulunduğu kolaylıkla söylenebilir. Böylece, çocuğun üstün yararının sorumluluk hukuku alanında bir kanun hükmü ile düzenlenmemiş olmasının yarattığı eksiklik, pek isabetli olarak doktrin ve yargı uygulaması yoluyla doldurulmaya çalışılmıştır<sup>101</sup>. Ancak bu yapılırken, tamamen kusur ve kusurun ağırlığı unsurundan hareket edilmesi yeterli olmamanın ötesinde isabetli değildir. Çünkü TBK m 51/1 kapsamında hafif kusur, tek başına tazminatta indirimde yol açan bir durum değildir. Bu halde tazminatta bir indirim yapılabilmesi, somut durumun diğer özelliklerinin haklı kılması durumunda mümkün olabilir. Dolayısıyla tek başına hafif kusur unsurundan hareket edilmesi, yaş küçüklüğünün her durumda tazminat miktarına etki eden bir unsur olarak göz önünde bulundurulmasını sağlamada yetersiz kalır. Kaldı ki çıkış noktasını kusurun ağırlığının oluşturması, indirim nedeni olarak kabul edilen hafif kusurun, küçüğün indirilmiş ayırt etme gücüyle açıklanmasına da yönelmiştir. Oysa TBK m 51/1’de öngörülen “kusurun ağırlığı” kapsamında bir indirim nedeni olarak değerlendirilen hafif kusur, ihmalin bir derecesini ifade etmekte olup, kusurun objektif yanını oluşturan “gösterilecek özenin derecesi” ile ilgilidir. Dolayısıyla indirimin, kusurun subjektif yanına ilişkin ayırt etme gücüne ve bunun derecesine dayandırılması yerinde değildir.

Yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirim yapılması gereği, doğrudan çocukların özel durumundan ve onların özel olarak korunması düşüncesinden ileri gelir. Tehlikelere karşı korunması gereken zayıf durumdaki çocuğun üstün yararı, onun sorumluluk hukuku alanında da gözetilmesini gerektirir. İndirimin dayanağını şüpheli kılacak tartışmalı birtakım kavramlarla hareket etmek yerine, anayasal, hatta uluslar üstü düzeyde korunmaya layık görülen çocuğun bizzat kendisinden doğan özelliğin

<sup>101</sup> Hukukumuzda olduğu gibi, ayırt etme gücüne ilişkin kanuni bir derecelendirmenin söz konusu olmadığı İsviçre hukuku bakımından, yaş küçüklüğünün bir indirim nedeni olarak değerlendirilmesinin tamamen yargı uygulamasına bırakılmış olmasının, hukuk güvenliği ve çocukların üstün yararı bakımından bir belirsizlik yarattığı ifade edilmektedir. Buna göre kanun koyucu, ayırt etme gücü ve kusurun ağırlığı bakımından yaşa ilişkin düzenlemeleri ihmal ettiği oranda yargı uygulaması, somut durumdaki tüm koşulları incelemek zorunda kalacaktır. Sadece genelleştirilmiş yaş derecelendirmelerini değil, küçüğe ilişkin pek çok somut hususu göz önünde bulundurmakla yükümlü tutulan hakimim bu görevi tam olarak yerine getirip getiremeyeceği ise şüphelidir. Hukukten daha çok korunmayı hak eden çocuklar için sorumluluk hukuku bakımından daha kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekir. Böylece çocuklar görünüşte değil, gerçekten yaşa göre ve kendilerine ait özellikleriyle değerlendirilmiş olurlar. Yaş küçüklüğüne bağlı sistematik olmayan tazminat indirimi, ne zarar gören ne de zarar veren bakımından hukuk güvenliğini sağlayabilir (Dähler n (6) 34).

göz önünde bulundurulması, bu konuda başlı başına yeterli bir dayanak oluşturur. Bu nedenle yaş küçüklüğü, TBK m 51/1'e göre "durumun gereği" kapsamında bağımsız bir indirim sebebi olarak ele alınmalıdır. Tazminatın TBK m 51/1'e göre belirlenmesinde mutlaka hafif kusur unsurundan hareket edilmek isteniyor ise, indirimi haklı kılacak olayın diğer özelliklerinin de göz önünde bulundurulması ya da tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması halinde tazminatta indirimi özel olarak düzenleyen TBK m 52/2 hükmüne dayanılması gerekecektir. Ancak her iki halde de hafif kusur tek başına yeterli olmaz. İlk halde indirimi haklı kılan başkaca sebeplerin gösterilmesi, ikinci halde ise tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin tazminatta indirimi haklı göstermesi gerekir<sup>102</sup>. Yetişkinler için uygulama alanı bulabilen TBK m 52/2 hükmü, kanaatimizce çocuk sorumlular bakımından öncelikle uygulama alanı bulur. Sadece yoksulluğa düşülecek olması değil, zaten zayıf olan ekonomik durum da TBK m 52/2 hükmünün uygulanabilmesi için yeterli olmalıdır. Ancak yaş küçüklüğü nedeniyle tazminatta indirimin, yukarıda açıklanan gerekçelerle TBK m 51/1 hükmüne göre "durumun gereğine" dayandırılması; hem toplumun dezavantajlı kitlesinin bir parçası olan çocukların korunması üstün amacının tartışmasız bir dayanak olması hem de daha yalın bir yol olması itibariyle tercihe layıktır. Aynı yorum, yaş küçüklüğü nedeniyle indirimin, TBK m 51/1 kapsamında hafif kusurun yanı sıra durumun diğer özelliklerinin haklı kılması nedenine dayandırılması bakımından da geçerlidir. Başkaca dayanak noktaları yaratmaksızın indirim, hâkimin bu konudaki geniş takdir yetkisine dayanılarak doğrudan "durumun gereği" kapsamında yapılmalıdır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2021).

Akıpek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2021).

Akyüz E, *Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması* (7. Baskı, Pegem Akademi 2020).

Algan M, *Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Antalya OG, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1, 2* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).

<sup>102</sup> TBK m 52/2'ye göre indirim yapılabilmesinin koşulları hakkında bkz Oğuzman ve Öz (n 19) N 389 vd; Eren ve Dönmez (n 4) m 51-52, N 48 vd; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (n 7) 151 vd; Tiftik (n 9) 94 vd.

- Arbek Ö, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk* (Yetkin Yayınları 2007).
- Aydın Ünver T, 'Ceza Yargılamasında Haksız Tahrik Nedeniyle İndirim Yapılmasının Tazminat Davasına Etkisi' (2016) 15 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İlhan Uluşan'a Armağan, C. I) 233-253.
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012). (Müterafik Kusur)
- Baysal B, *Haksız Fiil Hukuku, BK m. 49-76* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019). (Haksız Fiil)
- Bellican C, 'Küçüğün (Çocuğun) Kusur, Büyüğün (Ev Başkanının) Kusursuz Sorumluluğu' (2010) 2 (5) Fasikül Hukuk Dergisi 34-39.
- Brehm R, *Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR* (5. Aufl, Stämpfli Verlag 2021).
- Breitschmid P, *Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2016).
- Dähler M, 'Kind als Täter und Opfer – Das Verschulden bei der Haftungsbegründung, Schadenersatzbemessung und als Entlastungsgrund' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 15-35.
- Demir R, 'Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması' (2019) 9 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 271-303.
- Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku-Cilt II-Kişiler Hukuku* (23. Baskı, Filiz Kitabevi 2022).
- Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (14. Bası, Filiz Kitabevi 2019).
- Eichenberger P, 'Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 113-140.
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi (C. II m. 49-82)* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).
- Eugen Bucher ve Regina E. Aebi-Müller, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB- Rechts- und Handlungsfähigkeit* (2. Aufl, Stämpfli Verlag 2017).
- Fankhauser R ve Bleichenbacher A, *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar* (4. Aufl, Orell Füssli Verlag, 2021).
- Gauch P, Schluep WR, Schmid J ve Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil Band II* (11. Aufl, Schulthess Verlag 2020).
- Guhl T ve Koller A, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Aufl, Schulthess Verlag 2000).
- Hatemi H ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Vedat Kitapçılık 2011).
- Hausheer H ve Perrig-Chiello P, 'Selbstbestimmung- auch eine Frage des Alters' (2012) (148) ZBJV 773-806.
- Helvacı İ, 'Temyiz Kudretinden Yoksun Şahısların Hukukî Sorumluluğu Üzerine' (1997) 55 (4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145-171.
- Honsell H, Isenring B ve Kessler MA, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (5. Aufl, Schulthess Verlag 2013).
- Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2019).

- İnan AN, *Çocuk Hukuku* (Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları 1968).
- Jaun M, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2007).
- Kaneti S, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi', *Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları-Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu* (Ankara, 21-22 Ekim 1977) (İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını 1980) 29-66.
- Karauz AK ve Çokkaş Y, 'İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları' (2020) 28 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37-74.
- Kessler MA, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR* (6. Aufl, Helbing Lichtenhahn Verlag 2015).
- Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022). (Aile Hukuku)
- Kılıçoğlu AM, 'Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi' (1973) 29 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-225. (Haksız Fiillerden Sorumluluk)
- Kılıçoğlu M, *Sorumluluk Hukuku, Cilt: I Sözleşme Dışı Sorumluluk* (1. Bası, Turhan Kitabevi 2002).
- Kırca Ç, '6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler' iç Çiğdem Kırca (ed), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler-Tebliğler)* (Vedat Kitapçılık 2013) 23-51.
- Koçano Rodoslu E, 'Ev Başkanının Sorumluluğu' (2014) 63 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879-899.
- Koçhisarlıoğlu C, 'Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi' (2004) 53 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-17.
- Koziol H, 'Kinder als Täter und Opfer: Kernfragen rechtsvergleichend betrachtet' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 89-112.
- Landolt H, 'Kinder als Täter und Opfer – sozialversicherungsrechtliche Aspekte' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2014: Kind als Täter und Opfer* (Schulthess Verlag 2014) 190-216.
- Moreno I, 'Kürzung von Schadenersatzleistungen- zu wenig oder zu viel' (2014) (4) HAVE 437-442.
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Bası, Beta Yayınevi 2021). (Borçlar Genel)
- Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (Beta Yayınevi 1996). (Maddi Tazminatın Belirlenmesi)
- Oftinger K ve Stark EW, *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil* (5. Aufl, Schulthess Verlag 1995).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, (17. Bası, Vedat Kitapçılık 2011).
- Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II* (18. Bası, Vedat Kitapçılık 2023).
- Rey H, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (3. Aufl, Schulthess Verlag 2008).
- Roberto V ve Schister R, 'Leichtes Verschulden – kein Reduktionsgrund' (2014) (4) HAVE 431-434.
- Roberto V, *Haftpflichtrecht* (1. Aufl, Stämpfli Verlag 2013).



- Schnyder AK, Portmann W ve Müller-Chen M, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* (2. Aufl, Schulthess Verlag 2013).
- Schönenberger B, *Kurzkommentar Obligationenrecht (KUKO OR)* (1. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli Verlag 2016).
- Serozan R, *Çocuk Hukuku* (Genişletilmiş İkinci Bası, Vedat Kitapçılık 2005). (Çocuk Hukuku)
- Serozan R, *Medeni Hukuk* (3. Baskı, Vedat Kitapçılık 2011). (Medeni Hukuk)
- Stehle B ve Reichle S, *Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)* (10. Aufl, Schulthess Verlag 2021).
- Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık 2010).
- Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1993).
- Tekinay SS, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitabevi 1992).
- Tiftik M, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı* (Yetkin Yayınları 1994).
- Ünal M, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1979).
- Weber S, 'Reduktion von Schadenersatzleistungen' iç Stephan Weber (ed), *Personen-Schaden-Forum 2007: Tagungsbeiträge* (Schulthess Verlag 2007) 111-133.

**Elektronik Kaynaklar:**

<https://www.bger.ch>

<https://www.servat.unibe.ch>

<https://entscheide.weblaw.ch>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>

<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

