



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Yeni Gelişmeler Işığında

**BEDENSEL**

**ZARARLARIN**

**TAZMİNİ**

Uluslararası Kongre

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 308

*Yeni Gelişmeler Işığında  
Bedensel Zararların Tazmini  
Uluslararası Kongre Cilt -1*

ISBN: 978-605-9050-65-4

© Türkiye Barolar Birliği  
Ocak 2016, Ankara

Türkiye Barolar Birliği  
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.  
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)

Faks: 312 286 55 65

[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

[yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)

Baskı

Şen Matbaa

Özveren Sokağı 25/B

Demirtepe-Ankara

(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Yeni Gelişmeler Işığında  
**BEDENSEL**  
**ZARARLARIN**  
**TAZMİNİ**

Uluslararası Kongre

CİLT-1

EDİTÖRLER

AV. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ

AV. PROF. DR. NECDET BASA

ANKARA 2016

Açış Konuşmaları

09:30

**Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı*

**Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

**Prof. Dr. Mathias Rohe**

*Friedrich-Alexander Üniversitesi Erlangen-Nürnberg Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü*

1. GÜN

AÇIŞ OTURUMU

10:15

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. ERDAL ONAR**

*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Anglo-Sakson Hukukunda Bedensel Zararlar

**Prof. Dr. John Culhane**

Türk Hukukunda Bedensel Zararlar

**Prof. Dr. Fikret Eren**

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## ERÖFFNUNGSREDEN

### **Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu**

*Präsident der Union der Anwaltskammern der Türkei*

### **Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Dekan der Juristischen Fakultät der Hacettepe Universität*

### **Prof. Dr. Mathias Rohe**

*Direktor der Forschungsstelle für Türkisches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

## 1. TAG

### ERÖFFNUNGSKONFERENZ

#### **SITZUNGSLEITER: PROF. DR. ERDAL ONAR**

*Professor an der Universität Bilkent*

Personenschäden im angelsächsischen Recht

#### **Prof. Dr. John Culhane**

Personenschäden im türkischen Recht

#### **Prof. Dr. Fikret Eren**

*Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Başkent*

## 1. OTURUM

Borçlar Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. ÇAĞLAR ÖZEL**

Doğal Afetler Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlarda Bina ve Yapı Malikinin Sorumluluğu ile Yapıyı İnşa Eden Yüklenicinin Sorumluluğu

**Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu**

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar

**Prof. Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Alman Hukukunda Cismani Zararlardan Dolayı Kanuni Sorumluluk

**Prof. Dr. Mathias Rohe**

*Friedrich-Alexander Üniversitesi Erlangen-Nürnberg Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü*

Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi

**Mine Kaya**

*Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi*

TBK 55. Maddesi Yönünden Farklı Hesap Yöntemlerinin Sakıncaları

**Av. Sema Güleç Uçakhan**

*Ankara Barosu - Tazminat Hukuku Bilirkişisi*

## 1. SITZUNG

Grundsätze des Personenschadensrechts nach dem Obligationenrecht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. ÇAĞLAR ÖZEL**

Die Haftung des Gebäudeeigentümers und des Gebäudebauers als  
Auftragnehmer bei Personenschäden aufgrund von Naturkatastrophen

**Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu**

*Professor an der Universität Istanbul*

Art. 55 tOGB und Personenschäden nach dem türkischen Obligationenrecht  
und dem Recht der Haftungen

**Prof. Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu**

*Professor an der Universität Ankara*

Gesetzliche Haftung für Personenschäden im deutschen Recht

**Prof. Dr. Mathias Rohe**

*Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

Bewertung von Personenschäden in der Rechtsprechung

**Mine Kaya**

*Mitglied des 3. Senats am Kassationshof*

Nachteile der unterschiedlichen Berechnungsmethoden gemäß Art. 55 tOGB

**RAin Sema Güleç Uçakhan**

*Anwaltskammer Ankara - Sachverständige für Schadensersatzrecht*

2. OTURUM

14:30 - 16:30

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. NECDET BASA**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Kusurun Takdiri

**Prof. Dr. Levent Akın**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Girne Amerikan Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dekanı*

Alman İş ve Sosyal Güvenliği Hukukunda Cismani Zarar

**Prof. Dr. Steffen Klumpp**

*Friedrich-Alexander Üniversitesi Erlangen-Nürnberg*

Cismani Zararlara ilişkin 21. Hukuk Dairesinin Görüşleri

**Nurten Fidan**

*Yargıtay 1. Başkanlık Tetkik Hâkimi*

Maden Kazalarının Nedenleri

**Prof. Dr. Şebnem Düzgün**

*ODTÜ Maden Mühendisliği Bölümü*

İş Güvenliği Önemleri

**Yıldırım Koç**

*ODTÜ İktisadi İdari Bilimler Fakültesi*



## Grundsätze des Personenschadensrechts im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. NECDET BASA**

*Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hacettepe*

## Die Würdigung des Verschuldens in materiellen Schadenersatzverfahren aufgrund von Arbeitsunfällen

**Prof. Dr. Levent Akin**

*Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Ankara -  
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Amerikanischen Universität  
Girne*

## Personenschäden nach dem deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

**Prof. Dr. Steffen Klumpp**

*Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

## Rechtsprechung des 21. Zivilsenats in Bezug auf Personenschäden

**Nurten Fidan**

*Berichterstatterin der 1. Vorstandschaft des Kassationshofes*

## Gründe für Bergbauunfälle

**Prof. Dr. Şebnem Düzgün**

*Professorin an der Fakultät für Ingenieurwissenschaften der Technischen  
Universität des Nahen Ostens*

## Arbeitssicherheitsvorkehrungen

**Yıldırım Koç**

*Lehrbeauftragter an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der  
Technischen Universität des Nahen Ostens*

İdare Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU**

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Yaşam Hakkı İhlalleri ve İdari Yargı

**Doç. Dr. Müslüm Akıncı**

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Fransa'da İdare Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini

**Prof. Dr. Olivier Leclerc**

*Jean Monnet Üniversitesi*

AYİM Kararları Açısından Bedensel Zararlar

**Yrd. Doç. Dr. Özge Tekinsoy**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi*

3. SITZUNG

16:30 - 18:15

Grundsätze des Personenschadensrechts im Verwaltungsrecht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Çankaya*

Verstöße gegen das Recht auf Leben und die Verwaltungsgerichtsbarkeit

**Privatdozent Dr. Müslüm Akıncı**

*Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Kocaeli*

Die Berechnung von Personenschäden nach dem französischen  
Verwaltungsrecht

**Prof. Dr. Olivier Leclerc**

*Professor an der Universität Jean Monnet*

Personenschäden aus Sicht des Hohen Militärverwaltungsgerichtshofes

**Assistentzprofessorin Dr. Özge Tekinsoy**

*Wiss. Mitarbeiterin an der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

2. GÜN

4. OTURUM

09:30 - 11:00

Sigorta ve Taşıma Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: AV. BAŞAR YALTI**

*Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı*

Hava Taşımalarında Taşıyanın Cismani Zararlardan Dolayı Sorumluluğu

**Prof. Dr. Kemal Şenocak**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Trafik Kazasında Ölen Desteğin Kusurunun Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi

**Doç. Dr. Ferhat Canbolat**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Alman Sigorta ve Taşımacılık Hukukunda Cismani Zararlar

**Dr. Peter Reusch**

*Frankfurt Goethe Üniversitesi*

Bedensel Zararlar Açısından 17. Hukuk Dairesinin Uygulamaları

**Leyla Elen Köksal**

*Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi*

2. TAG

4. SITZUNG

09:30 - 11:00

Grundsätze des Personenschadensrechts im Versicherungs und Transportrecht

**SITZUNGSLEITER: RA BAŞAR YALTI**

*Stellvertretender Präsident der Union der Anwaltskammern der Türkei*

Haftung des Luftverkehrsfahrers für Personenschäden

**Prof. Dr. Kemal Şenocak**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Ankara*

*Dekan der Juristischen Fakultät der Universität İnönü*

Auswirkungen des Verschuldens eines in einem Verkehrsunfall getöteten  
Versorgers auf die Haftung der Versicherungsgesellschaft

**Privatdozent Dr. Ferhat Canbolat**

*Privatdozent an der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

Personenschäden im deutschen Versicherungs- und Transportrecht

**Dr. Peter Reusch**

*Lehrbeauftragter der Goethe-Universität Frankfurt*

Rechtsprechung des 17. Zivilsenats zu Personenschäden

**Leyla Elen Köksal**

*Mitglied des 17. Senats am Kassationshof*

Tıbbi Müdahale Nedeniyle Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. ERKAN KÜÇÜKGÜNGÖR**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Tıbbi Müdahale Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlar ve Ombudsman

**Prof. Dr. Zehra Odyakmaz**

*Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi

**Prof. Dr. Zarife Şenocak**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

ABD Uygulamasında Tıbbi Müdahale Nedeniyle Bedensel Zararların  
Tazmini Esasları

**Prof. Dr. John Culhane**

*Pennsylvania Üniversitesi*

Intörn Doktorların Hastaya Verdiği Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluk

**Doç. Dr. Seçkin Topuz**

*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Alman Hekimin Sorumluluğu Hukukunda Cismani Zararlar

**Av. Dr. Ali Yarayan**

*Erlangen Nürnberg Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Müdürü*

Hekimin Sözleşmenin İhlalinden Kaynaklanan Tazmin Yükümlülüğü

**Yrd. Doç. Dr. Emel Badur**

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Grundsätze des Personenschadensrechts aufgrund ärztlicher Eingriffe

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. ERKAN KÜÇÜKGÜNGÖR**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

Personenschäden aufgrund ärztlicher Eingriffe sowie der Ombudsmann

**Prof. Dr. Zehra Odyakmaz**

*Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Mevlana*

Schmerzensgeldansprüche von Angehörigen aufgrund schwerer Personenschäden oder wegen Todes

**Prof. Dr. Zarife Şenocak**

*Professorin der Juristischen Fakultät der Universität Ankara*

Grundsätze der Personenschadensberechnung aufgrund ärztlicher Eingriffe in der Praxis der USA

**Prof. Dr. John Culhane**

*Universität Pennsylvania*

Haftung von Assistenzärzten aufgrund der Verletzung von Patienten

**Privatdozent Dr. Seçkin Topuz**

*Privatdozent der Juristischen Fakultät der Universität Gazi*

Personenschäden nach dem deutschen Arzthaftungsrecht

**RA Dr. Ali Yarayan**

*Rechtsanwalt und Leiter der Forschungsstelle für Türkisches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

Schadensersatzhaftung des Arztes aufgrund Vertragsverstoßes

**Assistenzprofessorin Dr. Emel Badur**

*Assistenzprofessorin der Juristischen Fakultät der Universität Çankaya*

Tüketici Hukuku Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. AYDIN ZEVKLİLER**

Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı

**Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu

**Prof. Dr. Şebnem Akipek**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Alman Hukukunda Tüketicinin Korunması

**Prof. Dr. Rainer Kemper**

*Münster Wesfalyan Wilhelms Üniversitesi*

Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı

**Prof. Dr. Ayşe Havutçu**

*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Ticaret ve Tüketici Hukukunda Bedensel Zararlar Nedeniyle

Tazminat Davaları ve Uygulaması

**İlhan Kara**

*Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı*

Tüketici Kanunu Açısından Bedensel Zararların Tazmini

**Av. Nehir Miray Bedük**

*Ankara Barosu Tüketici Hakları Kurulu Önceki Başkanı*



Grundsätze des Personenschadensrechts im Verbraucherrecht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. AYDIN ZEVKLİLER**

Verbraucherbegriff im Rahmen von Schäden dritter Personen

**Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

Produkthaftung aus Sicht des Verbraucherrechts

**Prof. Dr. Şebnem Akipek**

*Professorin der Juristischen Fakultät der Universität Ankara*

*Dekanin der Juristischen Fakultät der Universität Kadir Has*

Verbraucherschutz nach deutschem Recht

**Prof. Dr. Rainer Kemper**

*Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster*

Schadensersatzrecht des Verbrauchers aufgrund mangelhafter Ware

**Prof. Dr. Ayşe Havutçu**

*Professorin der Juristischen Fakultät der Universität Yaşar*

Schadensersatzverfahren und Rechtsprechung zu Personenschäden nach dem Handelsrecht und dem Verbraucherrecht

**İlhan Kara**

*Vorsitzender des 7. Handelsgerichts in Ankara*

Berechnung von Personenschäden nach dem Verbraucherschutzgesetz

**RAin Nehir Miray Bedük**

*Vorsitzender a.D. des Ausschusses für Verbraucherrechte an der*

*Anwaltskammer Ankara*

Yargılama Hukuku Bakımından Bedensel Zararlar

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Bedensel Zararlar Bağlamında Belirsiz Alacak Davası Kurumu

**Prof. Dr. Süha Tanrıver**

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Bedensel Zararlar Bağlamında Ceza Mahkemesi Kararlarının  
Hukuk Mahkemesine Etkisi

**Prof. Dr. Çetin Arslan**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması

**Prof. Dr. Ramazan Çağlayan**

*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Alman Usul Hukukunda Cismani Zararlar

**Prof. Dr. Jüngen Stamm**

*Friedrich-Alexander Üniversitesi Erlangen-Nürnberg*

İnsan Zararları için Özel Mahkemenin Önemi

**Doç. Dr. Murat Atalı**

*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Yönünden Bedensel Zararlar

**Alper Bulur**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi*

Personenschäden nach dem Verfahrensrecht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. ERZAN ERZURUMLUOĞLU**

*Professor der Juristischen Fakultät der Universität Çankaya*

Unbezüfferte Klage bei Personenschäden

**Prof. Dr. Süha Tanriver**

*Professor der Juristischen Fakultät der Universität Ankara*

Auswirkungen von Strafgerichtsentscheidungen im Rahmen von  
Personenschäden auf das Zivilgericht

**Prof. Dr. Çetin Arslan**

*Professor der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

Begriff und Praxis des Personenschadens nach der Verwaltungshaftung

**Prof. Dr. Ramazan Çağlayan**

*Professor der Juristischen Fakultät der Universität Kırıkkale*

Personenschäden nach dem deutschen Zivilprozessrecht

**Prof. Dr. Jüngen Stamm**

*Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

Die Bedeutung von Sondergerichten für Menschenschäden

**Privatdozent Dr. Murat Atalı**

*Privatdozent der Juristischen Fakultät der Universität Bilkent*

Personenschäden aus Sicht der alternativen Streitbeilegung

**Alper Bulur**

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

## 8. OTURUM - PANEL

Bedensel Zararların Türk ve Yabancı Hukuku Yönünden Tazminine İlişkin Esasların Genel Değerlendirilmesi

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. FİKRET EREN**

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

**Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Prof. Dr. Aydın Zevkliler**

*Yaşar Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi*

**Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu**

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Av. Sema Güleç Uçakhan**

*Ankara Barosu - Tazminat Hukuku Bilirkişisi*

**Av. Veli Koluçak**

*Ankara Barosu - Tazminat Hukuku Bilirkişisi*

## 3. TAG

### 8. SITZUNG (PODIUMSDISKUSSION):

Grundsätzliche Bewertung des Personenschadensersatzes nach dem türkischen und ausländischen Recht

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. FİKRET EREN**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Başkent*

**Prof. Dr. Çağlar Özel**

*Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

**Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

**Prof. Dr. Aydın Zevkliler**

*Emeritierter Hochschullehrer der Universität Yaşar*

**Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu**

*Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Çankaya*

**RAin Sema Güleç Uçakhan**

*Anwaltskammer Ankara - Sachverständige für Schadensersatzrecht*

**RAin Veli Koluçak**

*Anwaltskammer Ankara - Sachverständige für Schadensersatzrecht*

Farklı Hukuk Disiplinleri Bakımından Bedensel Zararların Hesap Yöntemleri

**OTURUM BAŞKANI: PROF. DR. ÇAĞLAR ÖZEL**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Borçlar Hukuku Yönünden:

**Av. Şafak Güleç**

*Ankara Barosu*

İş Hukuku Yönünden:

**Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali Şuğle**

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Sosyal Güvenlik Kurumu Yönünden:

**Okan Aydın**

*Sosyal Güvenlik Kurumu*

İdare Hukuku Yönünden:

**Yaşar Başkaya**

*Bilirkişi*

**Av. Sema Güleç Uçakhan**

*Bilirkişi*

Alman Hukuku Yönünden Cismani Zarar Hesabı:

**Prof. Dr. Jens Gal**

*Frankfurt Goethe Üniversitesi Öğretim Üyesi*

HMK'da Bilirkişilik Kurumu ve Özellikleri:

**Yrd. Doç. Dr. Barış Toraman**

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Berechnungsmethoden von Personenschäden in verschiedenen Rechtsdisziplinen

**SITZUNGSLEITER: PROF. DR. ÇAĞLAR ÖZEL**

*Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Hacettepe*

... aus Sicht des Obligationenrechts

**RA Şafak Güleç**

*Anwaltskammer Ankara*

... aus Sicht des Arbeitsrechts

**Assistenzprofessor Dr. Mehmet Ali Şuğle**

*Assistenzprofessor für Arbeits- und Sozialversicherung an der Fakultät für Politikwissenschaften der Universität Ankara*

... aus Sicht des Sozialversicherungsanstalt

**Okan Aydın**

*Sozialversicherungsanstalt*

... aus Sicht des Verwaltungsrechts

**Yaşar Başkaya**

*Sachverständiger*

**RAin Sema Güleç Uçakhan**

*Sachverständige*

Berechnung des Personenschadens nach dem deutschen Recht

**Prof. Dr. Jens Gal**

*Professor an der Goethe-Universität Frankfurt*

Das Institut des Sachverständigen und seine Besonderheiten nach dem Zivilverfahrensgesetz

**Assistenzprofessor Dr. Barış Toraman**

*Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Anadolu*





# İÇİNDEKİLER

## AÇIŞ KONUŞMALARI

<b>Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU</b> <i>Türkiye Barolar Birliği Başkanı</i> .....	33
<b>Prof. Dr. Çağlar ÖZEL</b> <i>Hacettepe Üniversitesi hukuk Fakültesi Dekanı</i> .....	37
<b>Av. Prof. Dr. Mathias ROHE</b> <i>Friedrich - Alexander Üniversitesi Türk Hukuku</i> <i>Araştırma Merkezi Direktörü</i> .....	41
<b>Av. Prof. Dr. Mathias ROHE</b> <i>Friedrich - Alexander Üniversitesi Türk Hukuku</i> <i>Araştırma Merkezi Direktörü</i> .....	47

## 1. GÜN (Açış Oturumu)

<b>Prof. Dr. Fikret EREN</b> <i>Türk Borçlar Hukukunda Kişiyeye İlişkin Zarar</i> <i>(Ölüm ve Bedensel Zarar)</i> .....	57
<b>Prof. Dr. John G. CULHANE</b> <i>Anglo-Sakson Hukukunda</i> <i>Bedensel Zararların Tazmini Esasları</i> .....	77
<i>Compensation For Personal Injuries in Anglo-American</i> <i>(Mostly U.S.) Law</i> .....	91

**Birinci Oturum**  
**“BORÇLAR HUKUKU YÖNÜNDEN BEDENSEL**  
**ZARARLARIN TAZMİNİ ESASLARI”**

**Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU**

Doğal Afetler Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlarda Bina ve  
Yapı Malikinin Sorumluluğu İle Yapıyı İnşa Eden  
Yüklenicinin Sorumluluğu .....111

**Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU**

Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından  
TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar .....121

**Prof. Dr. iur. Mathias ROHE**

Alman Hukukunda Şahıs Yaralanmalarına  
Karşı Yasal Sorumluluk.....129

Gesetzliche Haftung für Personenschäden  
im Deutschen Rech .....141

**Mine KAYA**

Yargı Kararları Yönünden  
Bedensel Zararların Değerlendirilmesi.....153

**Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN**

Tazminat Hukuku Bilir Kişisi .....171

**İkinci Oturum**  
**“İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden**  
**Bedensel Zararların Tazmini Esasları”**

**Prof. Dr. Levent AKIN**

İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Davalarında  
Kusurun Takdiri.....195

**Nurten FİDAN**

Cismani Zararlara ilişkin 21. Hukuk Dairesinin Görüşleri.....207

**Prof. Dr. Steffen KLUMPP**

Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda

İnsan Yaralanması .....217

Der Personenschaden im Deutschen

Arbeits- und Sozialrecht .....231

**Prof. Dr. Şebnem DÜZGÜN**

Madencilikte İş Kazalarının Nedenleri.....245

### **Üçüncü Oturum**

#### **“İdare Hukuku Yönünden**

#### **Bedensel Zararların Tazmini Esasları”**

**Doç. Dr. Müslüm AKINCI**

Yaşam Hakkı İhlalleri ve İdari Yargı.....265

**Olivier LECLERC**

Bedensel Zararların Hesaplanabilirliği:

Fransız Hukukunda Uzmanlık ve Tazminat .....293

Making Bodily Injuries Calculable:

Expertise and Compensation in French Law .....307

**Doç. Dr. Sedat ÇAL**

İdare Hukukunda Bedensel Zararların Tazminine Yönelik

Gelişmeler: AYM'nin HMK 3. maddesini İptal Kararı ve

Çağrışımları .....319

**Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY**

AYİM Kararlarında

Bedensel Zararların Tazmini .....329

07 Mayıs 2015 (2.Gün)

**Dördüncü Oturum**

**“Sigorta ve Taşıma Hukuku Yönünden  
Bedensel Zararların Tazmini Esasları”**

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK**

Montreal Konvansiyonu’na Göre Hava Yolu ile Taşıma  
Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismani Zararlardan Doğan  
Hukuki Sorumluluğu .....355

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT**

Trafik Kazasında Ölen Desteğin Kusurunun  
Sigorta Şirketinin Sorumluluğuna Etkisi.....379

**Leyla ELEN KÖKSAL**

Bedensel Zararları Açısından  
17. Hukuk Dairesinin Uygulamaları .....397

**Dr. Peter REUSCH**

Sigorta ve Nakliyat Hukukunda Kişisel Yaralanmalar .....419  
Personenschäden im Versicherungs- und Transportrecht.....437

**Beşinci Oturum**

**“Tıbbi Müdahale Nedeniyle  
Bedensel Zararların Tazmini Esasları”**

**Av. Dr. Ali YARAYAN**

Alman Hekimin Sorumluluğu Hukukunda  
Cismani Zararlar .....465

“Personenschäden nach dem Deutschen  
Arzhaftungsrecht” .....485

**Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ\***

**Doç. Dr. Bayram KESKİN\*\***

**Yrd. Doç. Dr. Yusuf DENİZ\*\*\***

Tıbbî Müdahale Nedeniyle Oluşan Bedensel Zararlar  
ve T.C. Kamu Denetçiliği Kurumu (OMBUDSMAN) .....505

***Doç. Dr. Seçkin TOPUZ***

İNTÖRN Doktorların Hastaya Verdiği Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluk .....565

***Prof. Dr. John CULHANE***

ABD Uygulamasında Tıbbi Müdahale Nedeniyle Bedensel Zararların Tazmini Esasları .....575

Compensation for Medical Misadventures: the U.S. Experience .....587

***Prof. Dr. Zariife ŞENOCAK***

Ağır Bedensel Zarar ve Ölüm Halinde Yakınların Manevi Tazminat Talebi .....599

***Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR***

Hekimin Sözleşmenin İhlalinden Kaynaklanan Tazmin Yükümlülüğü.....609



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Açış Konuşmaları*





**Sn. Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU**  
(*Türkiye Barolar Birliği Başkanı*)

## **ACIŞ KONUŞMASI**

Efendim hepinizi saygıyla selamlıyorum. Yavaş yavaş Almanya standartlarına yaklaşacağız. Şimdilik Güney Avrupa saatiyle başlıyoruz. Güney Avrupa saatiyle 09.30, işte 10.00’da başlıyoruz demektir.

Kıymetli Necdet hocamdan 09.30’da pek kimse gelmez hocam memleketimizde, şunu şöyle 11.00’e doğru yaparsak bir ihtimal diye rica ediyorum, ama ısrarla kendisi diyor ki, biz çağı yakalamak zorundayız. Yavaş yavaş olacak.

Yukarıda hocalarımızla da sohbet ederken, giderek daha çok hukuksuzluğa gömüldüğümüz bir ortamda, hâlâ hukuki konularda böylesine derinliği olan bilimsel toplantılar yapıyor olmamızdan dolayı tebrik edildim. Oysa ben hiçbir zaman umudumu yitirmedim. Demokrasinin ve hukuk devletinin korunması, ancak sürekli olarak tetikte olan, her hukuksuzluğa karşı direnç göstermeyi bilen biz hukukçular, hukuk devletine ve demokrasiye gönül vermiş yurttaşlar sayesinde olabilir. Bıraktığımız zaman kaybederiz. Umudumuzu yitirdiğimiz anda zaten kazanma şansımızı da kendi ellerimizle yitiririz.

Bugün son derece önemli bir toplantı yapıyoruz. Bu toplantıyı düzenleyen, düzenlenmesine vesile olan herkese ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Elbette ilk teşekkür değerli dostum kardeşim Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Dekanı olmasıyla ben de gurur duyduğumu her vesileyle söylediğim, sanki kendime pay biçer gibi, benim arkadaşım Hacettepe Hukukun dekanı diye etrafta anlattığım Prof. Dr. Çağlar Özel’e. Gerçekten bu işbirliğinden biz son derece mutluyuz.

Bir başka teşekkür, özel olarak ismini belirteceğim, yine dava arkadaşımız, birlikte yönetim kurulu üyeliği yaptığım Ankara’da, birlikte seçimler kazandığım, yan yana yürümek-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ten büyük mutluluk duyduğum, o da kendisi de herhalde hiç Almanya'da bulunmadı, ama katı bir Alman disiplini ve Alman ekolünden dostum, Av. Sema Güleç Uçakhan'a. Çalışırken bir es verin Sema Hanım, birazcık gülümseyelim sonra devam ederiz dediğimde, önce bitireyim ondan sonra havasıyla durmuştur ve görev döneminin sonunda kendisine sanıyorum daha önce hiç verilmemiş bir madalyadır, yönetim kurulları sırasında hiç kalkmadan yönetimi takip etme ödülünü takdim ettik. Sayesinde bütün çalışmalarımız fevkalade disiplinli geçmiştir. Bu arada tabii Alman dostlarımız da bizi disiplinsiz sanmasın. Sabah 10.00 itibariyle birazcık insanları burada güldürmek gerekiyor.

Av. Prof. Dr. Necdet Basa, kendisini tanıtmaya ihtiyaç yok. Bugün bütün bu bilimsel toplantıları yapabiliyorsak, bugün Türkiye Barolar Birliği Avrupa'ya eskisinden daha çok açılmışsa ve bilimsel alanda her zamankinden belki daha çok itibarlıysa, bunu ben, sabah 07.30'da hiç sektirmeden buraya gelip, kaçta çıkıyor bilmiyoruz, ama tekrar 07.30'da geldiğine dair rivayet var. Cumartesi pazar da hayatını buraya vakfetmiş olan hocamıza borçluyum.

Değerli dostlarım, kıymetli hocalarım; bugünkü konu fevkalade önemli. Birkaç sebeple önemli; işin sosyal boyutu anlamında Türkiye'de kanayan bir yara. Yara değil, aslında boğazımızı sıkı, artık yaşama hakkımızı elimizden alan kocaman bir kaya düşmüş üstümüze.

Ben ve arkadaşlarım, Soma'da 301 madencimizin iş kazası adıyla katledildiği gece oradaydık. Yüreğimize haddinden fazla çizik var. Ocak ağzından arkadaşlarının cesetlerini çıkaran işçi kardeşlerimizi, bayılırken kaldırıp tuttuk. Oradan koştuk hastaneye, kocalarının ve oğullarının ambulanslardan sağ çıkıp çıkmayacağını bekleyen kadınlara sarıldık. Adına iş kazası dediler, iş cinayeti idi.

Bugün bu toplantıdan çıkacak sonuçlar, işte o annelerin o kadınların, orada hayatta bir başına bırakılmış evlatların ele güne muhtaç olmadan yaşam haklarını belki de onlara teslim

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

edecek. Bugün bu toplantıdan çıkacak sonuçlardan yararlanmayı bilirsek, sadece zararın tazminiyle değil, böyle bir zararın meydana gelmesinin işverene tazmin edeceğinden ya da verdiği zarardan daha büyük zarar verebileceği noktasında korkuya ve ibret almaya sevk edecek. Yani cezalandırıcı tazminat belki de Türkiye'nin gündemine daha da fazla oturacak.

Bugün bu toplantı sosyal devletin hukuk eliyle nasıl yerleştirileceğinin toplantısı ve işte bu toplantı aslında yapılması gereken en gerekli ülkede yapılıyor; insan hayatının birilerinin kâr, birilerinin siyasi hürsına ikinci kez düşünülmeden feda edildiği Türkiye'de.

Ben tüm katılımcılara ve dinleyenlere, tüm hocalara, misafirlerimize ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Sadece hukuk konuşmayacağız. Konuştuğumuz hukuki kavramların arkasında, Aslı bacı var, Ethem var, Serdar var, Elmadere'de Kınık'ta kaybettığımız canlar var. Asansörün içinde çılglık çılgılığa bağırarak ölenler var ve her gün artık gazetelerin orta sayfalarının küçücük bir köşesinde bir işçi öldü, bugün de bir tane daha öldü diye vakayı adiyeden hale gelmiş şehitlerimiz var. Bugün işte onları konuşacağız.

Geldiğiniz için hepinize ayrı ayrı teşekkür ederim.

Tabii bu çok güzel konferansı bir Ebru sergisiyle taçlandırıyoruz. Yine değerli dostum Av. Sema Güleç Uçakhan'ın Bahtiyar Hıra ve Gülsüm Pala'nın Ebru sergisini ilk kahve arasında hep birlikte açacağız efendim. Sağ olun.

**Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU**

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı*



**Sn. Prof. Dr. Çağlar ÖZEL**

*(Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)*

## **ACIŞ KONUŞMASI**

Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, Avrupa'nın Amerika'nın ve ÷lkemizin g÷zide üniversitelerinin değerli hocaları, yüce yargının sayın üyeleri, yargılamanın vazgeçilmez temel unsuru sayın avukatlar, çok kıymetli katılımcılar, Değerli hukukçular, değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım ve sevgili öğrenciler, Bu gün başlayan ve 3 gün boyunca sürecek bir bilim şenliği olmasını dilediğim, Hacettepe Hukuk Fakültesi olarak Barolar Birliği ve Friedrich Alexander Üniversitesi ile birlikte düzenlediğimiz "Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongresi"ne hoş geldiniz diyor ve hepinizi en içten duygularıyla selamlıyorum.

Bu arada sayın rektörümüz Prof. Dr. Murat Tuncer'in burada olamamaktan dolayı üzüntülerini ve başarılı ve verimli bir kongre olması dileklerini sizlere aktarmak isterim. Kendisi yurtdışında olduğu ve ani bir program değişikliği dolayısıyla ancak bu akşam yurda dönebileceklerini bildirdiklerinden maalesef açılış toplantısına katılamayacaktır. Ama Murat Hoca'nın gönlünün ve desteğinin her zamanki gibi bizimle olacağına inanıyorum.

Saygıdeğer konuklar, Kongremizin konusunu oluşturan bedensel zararların tazminine ilişkin en önemli hüküm hepimizin bildiği Türk Borçlar Kanununun yeni getirilen 55. maddesidir. Hükümet tasarısında yer almayan bu hüküm, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda metne eklenmiştir. Söz konusu hükmü size aynen okumak istiyorum: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesap-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz. Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." Mevzuat kanunda yer almayan bu hüküm büyük oranda Türkiye büyük millet meclisi adalet komisyonu başkanı Sayın Ahmet **İyimaya**'nın kişisel destek ve gayretiyle gündeme geldiği ve kaleme alındığı bilinmektedir. Nitekim Sayın **İyimaya**'nın sorumluluk ve tazminat hukuku sorunları eserinde "insan zararları" ile "eşya zararları" arasında bir ayırım gözetilmesi gerektiği savunulmakta ve yazdığı eserinde bu husus şu şekilde değerlendirilmektedir "uygulamada insan zararları ile eşya zararı (söz gelimi gemi hasarı, inşaat çökmesi vb.) arasındaki değer yargısı olarak mevcut farkın gözlemlendiği veya gözetildiği söylenemeyecektir. Vurgunun insana değil de zarara yönelmesi, çözüm, değerlendirme ve takdir haklarını yanında getirmektedir". İşte maddi zararlarla "insan zararları" arasında bu değer yargısı nedeniyle Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinde bu hükmün özel olarak düzenlendiği belirtilmektedir. Söz konusu yasa maddesinin değişiklik önergesinde de buna yönelik olarak "bu hükümlerin sevkinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkeleri esas alınmıştır" ifadelerine yer verilmiş bulunmaktadır. İşte tüm bu hususlar kongremizde de farklı boyutlarıyla ele alınacak ve tartışılacaktır. Bedensel zararlarda ve ölüm halinde maddi tazminat miktarının belirlenmesi kongremizde, iş hukuku uygulamasından tüketici hukuku uygulamasına, usul hukuku uygulamasından ceza hukuku uygulamasına her yönüyle ele alınıp değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Değerli meslektaşlarım, Bu gün başlayacak olan kongremiz gerçekten çok önemli konuları ve çok önemli konukları bünyesinde barındırmakta. 2013 yılında ilki Ankara Barosu tarafından düzenlenen ve çok özgün bir alanda ortaya çıkan pek çok soruna yönelik bilgi aktarımının ve bilgi paylaşımının ola-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çağı bu toplantı, özellikle ilk toplantının da mimarlarında olan Sayın Avukat Sema Güleç Uçakhan'ın teşvik ve gayretleri ile gerçekleşmiştir. Bu yüzden Sayın Güleç Uçakhan'a buradan teşekkürlerimi iletmek istiyorum.

Sözlerime son verirken, özellikle uzak diyarlardan kongremize katkıda bulunmak için gelen Avrupalı ve Amerikalı konuklarımıza ve ülkemizden katılan tüm katılımcılara sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca organizasyonun başından itibaren bizlerle birlikte her işin ucundan tutan sayın barolar birliği başkanımız sevgili dostum ve meslektaşım Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na ve Barolar Birliği'nin değerli çalışanlarına, sevgili ağabeyim, dostum Prof. Dr. Necdet Basa'ya Friedrich Alexander Üniversitesi Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü Sayın Prof. Dr. Mathias Rohe'ye işbirliği, destek ve katkıları için şükranlarımı sunuyorum. Hepiniz hoş geldiniz, hepimize başarılı ve verimli bir üç gün diliyorum. Sağolun, varolun.

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL**

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*





**Sn. Av. Prof. Dr. Mathias ROHE**  
(*Friedrich - Alexander Üniversitesi*  
*Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü*)

## **ACIŞ KONUŞMASI**

Sayın Başkan Metin Feyzioğlu, Sayın Rektör Murat Tuncer, Sayın Dekan Çağlar Özel, Sayın Dinleyiciler, Sayın Meslektaşlarım;

Erlangen-Nürnberg Friedrich-Alexander-Üniversitesi adına ve aynı üniversitenin Hukuk bölümünün Türk Hukuku Araştırma Merkezinin kurucu üyesi olarak bugünkü kongremiz dolayısıyla bir konuşma yapacak olmamın benim için bir onur olduğunu ve bundan büyük bir memnuniyet duyduğumu belirtmek isterim. Bu vesileyle görevine daha bu ay içerisinde başlamış bulunan ve bu sebeple şahsen aramızda bulunma imkânı olmayan üniversite başkanımız Sayın Prof. Dr. Hornegger'in de selamlarını iletmekteyim. Kendisinin selamlarını hukukçu olarak olağanüstü mantıksal yapısını takdir ettiğim, ancak sadece birkaç kelimesini anlayabildiğim Türkçe dilinde iletme şansım maalesef bulunmamaktadır. Bununla birlikte çeviri için ve bazı Türk meslektaşlarımın mükemmel Almanca konuşmaları hususundan dolayı da müteşekkirim.

İzninizle ilk olarak size üniversitemiz hakkında kısa bilgiler vermek istiyorum. Üniversitemiz 1743 yılında reform üniversitesi olarak kurulmuştur ve günümüzde görev alan 650 profesör, yaklaşık 13.000 çalışanı ve 244 farklı dalda öğrenim gören 40.000 öğrencisiyle Almanya'nın en büyük ve en kapsamlı araştırma yapan on üniversitesinden birisidir. Üniversitemiz sıkı bir işbirliği içerisinde bulunduğu Siemens şirketinden sonra Erlangen kentinin ve Nürnberg metropol bölgesinin en büyük ikinci işverenidir. Yabancı öğrenciler arasında Türk öğrenciler Çinli öğrencilerden sonra en kalabalık ikinci grubu oluşturmaktadır. Hukuk bölümünde 100'ün üzerinde Türk öğrenci, okumaktadır. Bunun yanında Alman vatandaşlığına

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sahip Türk kökenli öğrenciler de bulunmaktadır. Bu nedenler dahi hukuk bilimleri araştırmaları ve eğitimi alanında Türk ve Alman Hukuku alanında bir köprü kurulması için yeterlidir.

İlk olarak meslektaşlarım ve arkadaşlarım olan Sayın Prof. Dr. Kemal Şenocak'a ve Sayın Dr. Ali Yarayan'a candan teşekkür etmek istiyorum. Kendilerinin cansiperane girişimleri olmadan 2013 yılında Türkiye Cumhuriyeti Başkonsolosuyla birlikte açmış olduğumuz ve geçtiğimiz yıl İstanbul, Kayseri ve Malatya'da Türk ve Alman Medeni Hukukunun ve Ekonomi Hukukunun güncel sorunları alanında gerçekleştirilmiş olan organizasyonlardan sonra bu kongrenin organizatörlerinden birisi olan yeni Türk Hukuku araştırma merkezinin kuruluşu gerçekleştirilemezdi. Bu bağlamda bu araştırma merkezinin kuruluş sebeplerine yönelik olarak birkaç cümle aktarmama izin vermenizi rica ediyorum.

Bildiğiniz gibi Almanya'da 50 yıldan uzun süredir çok sayıda Türk ve Türk kökenli Alman yaşamaktadır ve yaklaşık üç milyon gibi bir rakamla zamanın en büyük göçmen ve günümüzün vatandaş grubunu meydana getirmektedirler. Kendileri "Konuk işçi" olarak Almanya'ya gelmiş ve ağır işlerde çalışarak Almanya'nın ekonomik başarısına büyük katkı sağlamışlardır. Bunların büyük bir çoğunluğunun okul öğrenimi ve mesleki eğitimleri düşük seviyelerdeydi, ancak çocuklarının ve torunlarının yoğun öğrenim girişimleri sayesinde yüksek nitelikte mesleki perspektif elde etmelerini sağlamışlardır. Uzun yıllar boyunca da Almanlar ve Türkler arasında gerçekleştirilen evlilikler sayesinde de ilişkiler meydana gelmiştir.

Üçüncü ve dördüncü nesillerin arasında sevindirici bir şekilde artış gösteren ve yükseköğrenim hakkı elde ederek Hukuk Bilimlerini alan olarak seçen çok sayıda Türk kökenli vatandaş bulunmaktadır ve Alman ve Türk diline ve kültürüne aynı anda hâkim olmanın avantajıyla ülkelerimiz arasında uzun bir geçmişe dayanan sıkı ilişkileri geliştirmeye oldukça uygun niteliklere sahiptirler.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Almanya'daki modern hukuk eğitimine artık branşla ilgili yabancı dil de dâhil olduğundan Üniversitemiz İngilizce, Fransızca, İtalyanca, İspanyolca ve Rusça dillerinin yanı sıra Türkçeyi de vermeye karar vermiştir. Üniversitemiz meslektaşımız Sayın Dr. Ali Yarayan vasıtasıyla yüksek nitelikte bir Doçenti bünyesine katmayı başarmıştır. Kendisi çalışmalarının bir meyvesi olarak Almanya'daki ilgili alanda ilk ders kitabını yayımlamıştır (Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler - Türkçe-Almanca Hukuk Terimleri Sözlüğü Ekli Olarak, Ankara 2013). Üniversitemizdeki çalışmaları ve Alman dili ve hukuk kültürü alanında mükemmel bilgileri olan çok değerli meslektaşımız ve arkadaşımız Sayın Kemal Şenocak'la olan arkadaşlığı Almanya'da çok az sayıda örneği bulunan araştırma merkezimizin kurulmasının temellerini oluşturmuştur.

Karşılaştırmalı hukuk olarak da olmak üzere Türk hukukuna yönelik dersleri uzun bir zamandır vermekte ve diğer hukuk kürsüleriyle düzenlediğimiz ortak organizasyonlarla desteklemekteyiz. Bunun yanında örneğin Alman Mahkemeleri için olmak üzere Türk hukukuna yönelik hukuki raporlar oluşturulmaktadır. Türk hukukuna ilişkin muazzam sayıda kaynak sağlamış ve ileri dönemlerde de üniversitemizde bu alanda çalışmaların meydana getirilebilmesi için kütüphanemizde bu kaynakları çoğaltmaya devam etmekteyiz.

İleri dönemlerde bilim insanları ve stajyerler için örneğin şirketler hukuku, iş hukuku veya rekabet hukuku alanlarında ihtisasa yönelik olarak ve ilgili alanda faaliyet gösteren ve ilgi duyan Türk dernekleriyle de işbirliği altında kurultaylar düzenlemeyi planlamaktayız. Olası beklentiler açısından bu girişimlerin bir neticesi olarak orta vadede Türk hukukunun gelişmesiyle bağlantılı olarak AB-programlarına yönelik bir yetkili merkez de meydana getirilebilir. Fakat bu bağlamda bu önemli kongreye iştirak etmelerinden dolayı memnuniyetimi belirtmekle birlikte bu organizasyonun haklı bir şekilde nam salmış olan Türk misafirperverliği altında gerçekleştirilmesini ve yürütülmesini mümkün kılan Avukatlar Barosuna ve Hacettepe Üniversitesine çok teşekkür etmek istiyorum. Bilimsel

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

alanlarda ve uygulamada yüksek nitelikte Türk, Alman ve Amerikan konuşmacıların da bu kongreye iştirak etmelerini sağlamış olmaktan da gurur duymaktayım.

Büyük Türk ve Alman şirketleri diğer ülkede şube veya joint-venture işletmektedir. Bu husus sadece dünya şirketi olmasının yanı sıra Erlangen kentimizin de en önemli şirketi olan Siemens gibi şirketler için değil, Erlangen'de yerleşik olan ve dünya çapında faaliyet gösteren orta ölçekli bir iletişim şirketi olan ve Türkiye'de de büyük bir şubesi olan ve örneğin buradan ABD'deki müşterileri arasındaki iletişimleri de sağlayan iletişim şirketi için de geçerlidir. Üniversitemizin de yerleşik olduğu Nürnberg metropol bölgesinde diğer taraftan bir Alman-Türk girişimci derneği kurulmuştur (Avrupa Metropol Bölgesi Nürnberg İşadamları Derneği) ve Alman-Türk Ekonomi Günlerini büyük bir başarıyla organize etmiştir. Bu derneğin üyeleri arasında sekiz Türk kökenli yerel Avukat da bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı bizim üniversitemizden mezundur ve ülkelerimizin arasında köprü kurulmasını sağlayacak olan Türk kökenli gençlere spesifik uzmanlaşma olanakları sağlamış olmamızdan özellikle memnuniyet duymaktadırlar.

Ülkelerimizin arasında köprü kurulması konusunda özel bir husus aktarmak istiyorum: güzel ülkenize küçük bir çocukken ilk defa 1968 yılında babamın Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamında Elazığ yakınlarında ilk inşaat projelerinden birisinde yüksek mühendis olarak görev almış olmasından dolayı geldim. Kendisinin Murat üzerinde kurmuş olduğu köprü halen durmaktadır. Bizzat kendimin mühendislik alanında herhangi bir yeteneğim bulunmamaktadır, ancak babamdan sonra hukukçu olarak kendi tarzımda ülkelerimizin arasında köprü kurulmasına bir nebze katkı duymuş olmaktan kıvanç duymaktayım. Özellikle ekonomik ve hukuk alanlarındaki işbirliği kapsamında kalıcı ve verimli bir mübadele meydana getirilmesi sağlanabilir. Bu bağlamda çok sayıda ortak arzu ve ilgimizin olduğunun da farkına varmaktayız. Günlük işbirliği içerisinde mevcut bazı endişelerin ortadan kaldırılması ve karşılıklı

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

güvenin oluşması sağlanabilir. Bu türde işbirliklerinin ileride daha da yoğunlaşmasını dilemekte ve umut etmekteyim. Bu anlamda verimli ve güvenilir çerçeve şartlarının oluşmasına gereksinimimiz bulunmaktadır. Bu organizasyon bağlamında ilginç sunumların, heyecanlı tartışmaların ve bilgi alışverişinin meydana geleceğine sevinmekteyim. Bu organizasyon ortak ilgilerimize yönelik olarak güzel Türk atasözü “Damlaya damlaya göl olur” bağlamında bu oluşuma çok önemli bir katkı sağlayabilir.

Çok teşekkür ederim!

**Prof. Dr. Mathias ROHE**  
Friedrich Alexander Üniversitesi



**Sn. Av. Prof. Dr. Mathias ROHE**  
*(Friedrich - Alexander Üniversitesi  
Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü)*

Sehr geehrter Herr Präsident Feyzioğlu, sehr geehrter Herr Rektor Tuncer, sehr geehrter Herr Dekan Özel, sehr geehrte Damen und Herrn, liebe Kolleginnen und Kollegen,

es ist mir eine Ehre und Freude, anlässlich unseres heutigen Kongresses ein Grußwort im Namen der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und in meiner Eigenschaft als Mitgründer der Forschungsstelle für Türkisches Recht am dortigen Fachbereich Rechtswissenschaften an Sie zu richten. Ich darf Ihnen zugleich herzliche Grüße des Präsidenten unserer Universität, Herrn Prof. Dr. Hornegger, übermitteln, der sein Amt erst in diesem Monat angetreten hat und deshalb nicht persönlich anreisen kann. Leider bin ich nicht in der Lage, das auf Türkisch zu tun, eine Sprache, die ich als Jurist wegen ihrer außerordentlich logischen Struktur sehr schätze, von der ich aber leider nur ein paar Worte verstehe. Umso dankbarer bin ich für die Übersetzung und dem Umstand, dass einige türkische Kollegen perfekt Deutsch sprechen.

Bitte gestatten Sie mir einige kurze Worte zu unserer Universität. Sie wurde im Jahre 1743 als eine Reformuniversität gegründet und zählt heute mit über 650 Professoren, insgesamt ungefähr 13.000 beschäftigten und fast 40.000 Studierenden in 244 verschiedenen Studiengängen zu den zehn größten und forschungstärksten in Deutschland. In der Stadt Erlangen und der Metropolregion Nürnberg ist sie nach dem Weltkonzern Siemens, mit dem enge Kooperationen bestehen, der zweitgrößte Arbeitgeber. Unter den ausländischen Studierenden bilden die Türken nach den Chinesen die zweitstärkste Gruppe. Im Fachbereich Rechtswissenschaften sind über 100 türkische

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Studierende tätig; hinzu kommen weitere türkischstämmige junge Menschen mit deutscher Staatsangehörigkeit. Schon deshalb liegt es nahe, auch im Bereich der rechtswissenschaftlichen Forschung und Ausbildung eine Brücke zwischen dem türkischen und dem deutschen Recht zu schlagen.

Zunächst möchte ich mich besonders herzlich bei den Kollegen und Freunden Prof. Dr. Kemal Şenocak und Dr. Ali Yarıyan bedanken. Ohne ihren engagierten Einsatz wäre es nicht zur Gründung unserer mit dem Generalkonsul der Türkischen Republik im Jahre 2013 eröffneten neuen Forschungsstelle für türkisches Recht gekommen, welche diesen Kongress mit veranstalten darf, nach Veranstaltungen in Istanbul, Kayseri und Malatya im vergangenen Jahr zu aktuellen Fragen des türkischen und deutschen Zivil- und Wirtschaftsrechts. Bitte gestatten Sie mir, einige wenige Worte zu den Hintergründen dieser Forschungsstelle an Sie zu richten.

Wie Sie wissen, lebt in Deutschland seit nun mehr als 50 Jahren eine große Zahl von Türken und türkischstämmigen Deutschen in Deutschland. Mit annähernd drei Millionen Menschen stellen sie die größte Gruppe (ehemaliger) Zuwanderer und heutiger Mitbürgerinnen und Mitbürger. Als fleißige Leute, sogenannte „Gastarbeiter“ sind sie gekommen und haben mit schwerer Arbeit viel zum wirtschaftlichen Erfolg Deutschlands beigetragen. Viele von ihnen hatten nur eine geringe Schul- und Berufsbildung. Viele von ihnen aber haben sich ebenso darum bemüht, dass ihre Kinder und Enkel durch intensive Bildungsanstrengungen gute berufliche Perspektiven erlangten; über die Jahre sind weitere Verbindungen durch viele deutsch-türkische Eheschließungen entstanden.

In der dritten und vierten Generation haben wir nun eine erfreulich wachsende Zahl türkischstämmiger Mitbürgerinnen und Mitbürger, die sich zum Universitätsstudium qualifizieren und Rechtswissenschaften als Studiengang wählen. Mit ihrer Kenntnis der deutschen als auch der türkischen Sprache und Kultur sind sie ganz besonders gut geeignet, die historisch



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gewachsenen, engen Kontakte zwischen unseren Ländern fortzuentwickeln.

Da zur modernen Juristenausbildung in Deutschland mittlerweile auch fachspezifische Fremdsprachenkenntnisse zählen, hat sich unsere Universität entschlossen, neben Englisch, Französisch, Italienisch, Spanisch und Russisch auch Türkisch als solche Sprache zu etablieren. Es ist uns gelungen, mit dem Kollegen Dr. Ali Yarayan einen hochqualifizierten Dozenten zu gewinnen, der als Frucht seiner Arbeit nun auch das erste einschlägige Lehrbuch in Deutschland (Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler - Türkçe-Almanca Hukuk Terimleri Sözlüğü Ekli Olarak, Ankara 2013) vorgelegt hat. Seine Arbeit an unserer Universität und seine Freundschaft mit dem geschätzten Kollegen und Freund Kemal Şenocak, einem vorzüglichen Kenner auch der deutschen Sprache und Rechtskultur, war und ist die Grundlage für die Einrichtung unserer Forschungsstelle, eine der wenigen ihrer Art in Deutschland. Was wollen wir mit ihr bewirken?

Bereits seit längerer Zeit bieten wir Lehrveranstaltungen zum türkischen Recht, auch rechtsvergleichend, an, ergänzt durch Kooperationsveranstaltungen mit anderen juristischen Lehrstühlen. Zudem werden Rechtsgutachten zum türkischen Recht erstellt, beispielsweise für deutsche Gerichte. Wir haben eine beträchtliche Menge an türkischer juristischer Fachliteratur angeschafft und pflegen dies in unserer Bibliothek weiter, damit künftig auch weitere rechtsvergleichende wissenschaftliche Arbeiten an unserer Universität erstellt werden können.

Für die Zukunft planen wir Tagungen für Wissenschaftler und Praktiker, zum Beispiel zur Fortbildung der Anwaltschaft im Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht oder Wettbewerbsrecht, gerne in Kooperation mit einschlägig interessierten türkischen Vereinigungen. Mittelfristig könnte sich aus alledem auch ein Kompetenzzentrum für EU-Programme im Zusammenhang mit der Entwicklung des türkischen Rechts herausbilden, um nur eine mögliche Perspektive zu benennen. Zunächst aber

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

freue ich mich sehr über die Mitwirkung an diesem wichtigen Kongress und bedanke mich sehr herzlich bei der Anwaltskammer und der Hacettepe-Universität für die Organisation und Abwicklung dieser Veranstaltung in der zu Recht berühmten türkischen Gastfreundschaft. Ich bin erfreut und stolz darauf, dass es gelungen ist, höchstkarätige türkische, deutsche und amerikanische Referenten aus Wissenschaft und Praxis für diesen Kongress zu gewinnen.

Wichtige türkische und deutsche Firmen unterhalten Niederlassungen oder joint ventures im jeweils anderen Land. Das gilt nicht nur für Weltkonzerne wie Siemens, das wichtigste Unternehmen in unserer Stadt Erlangen, sondern auch für ein weltweit agierendes mittelständisches Kommunikationsunternehmen aus Erlangen, das in der Türkei eine große Niederlassung unterhält und von hier aus zum Beispiel die Kommunikation zwischen US-amerikanischen Kunden abwickelt. In der Metropolregion Nürnberg, in der unsere Universität angesiedelt ist, hat sich unter anderem ein Deutsch-Türkischer Unternehmerverein (Avrupa Metropol Bölgesi Nürnberg İşadamları Derneği) gegründet, der erfolgreiche deutsch-türkischen Wirtschaftstage veranstaltet hat. Unter seinen Mitgliedern finden sich acht türkischstämmige ortsansässige Rechtsanwälte. Einige unter ihnen haben bei uns studiert und haben es besonders begrüßt, dass wir nun insbesondere für den türkischstämmigen Nachwuchs gezielte Spezialisierungsmöglichkeiten bieten, die ihnen den Brückenbau zwischen unseren Ländern ermöglichen.

Um beim Thema Brückenbau noch einmal persönlich zu werden: Als kleiner Junge bin ich 1968 erstmals in Ihr schönes Land gekommen, weil mein Vater als Diplomingenieur die Verantwortung für eines der ersten Bauprojekte im Rahmen des Güneydoğu Anadolu Projesi in der Gegend von Elazığ hatte. Die Brücke über den Murat, die er gebaut hat, steht noch. Ich selbst habe kein Talent für Ingenieursleistungen, aber ich freue mich, in der Nachfolge meines Vaters auf meine Weise als Jurist ein wenig zum Brückenbau zwischen unseren Län-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dern beitragen zu können. Gerade in der wirtschaftlichen und rechtlichen Kooperation kann es gelingen, zu dauerhaft fruchtbarem Austausch zu gelangen. Wir entdecken dabei eine Fülle gemeinsamer Anliegen und Interessen. In der täglichen Zusammenarbeit werden manche bestehenden Ängste abgebaut, gegenseitiges Vertrauen kann entstehen. Ich wünsche und erhoffe mir, dass solche Zusammenarbeit künftig immer stärker wird. Dafür benötigen wir auch effiziente und verlässliche Rahmenbedingungen. In diesem Sinne freue ich mich auf interessante Referate, angeregte Diskussionen und Austausch im Rahmen dieser Veranstaltung. Sie kann einen wichtigen Beitrag zu unseren gemeinsamen Interessen leisten und mehr als nur einen Tropfen zu einem großen See hinzufügen im Sinne des schönen türkischen Sprichworts „damlaya damlaya göl olur“.

Vielen Dank!

**Prof. Dr. Mathias ROHE**

Grußwort zur Eröffnung des Internationalen  
Kongresses zu aktuellen Entwicklungen im Recht des  
Personenschadensersatzes



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

**1. Gün**

**Açış Oturumu**



**Oturum Başkanı Prof. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi):** Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, değerli yöneticileri ve çok değerli meslektaşlarım ve sayın katılımcılar; bu açış oturumunda bir-iki ufak değişiklik oldu, onu bilgilerinize sunmak istiyorum. Her şeyden evvel yazılı programda geleceği duyurulan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinin anayasa hukuku öğretim üyesi ve aynı zamanda dekanı değerli dostum Necmi Yüzbaşıoğlu, ne yazık ki bir engeli nedeniyle katılamıyor, onu bilgilerinize sunmak isterim.

Böylece iki başka değerli katılımcıyla bu oturumu sürdürmek durumundayız ve bu bağlamda da her bir konuşmacıya 25'er dakika veya yarım saat bir süre verilmesi ve sonra sorulara da belki yer vermek adına böyle bir programı katılımcılar da onaylamış bulunmaktalar. Bunu sizlere de duyuruyorum.

Yine buradaki akış sırasında da bir uyarılama yaptık. Şöyle düşünüldü diğer katılımcıların da uygun görmeleri sayesinde; önce sorunu Türk hukuku açısından ele alalım ve daha sonra da bu konuların Anglosakson hukukundaki görünümünü değerlendirelim diye düşünüldü ve bu bağlamda ilk sözü çok değerli hocam, şu an kendisiyle aynı masada oturmaktan gerçekten çok büyük onur duyduğum Fikret Eren'e vereceğiz. Daha sonra da broşürde isim yazımında yanlışlık var, John Culhane'yle bu oturumun son konuşmasını yapması için mikrofonu kendisine vereceğim.

Ben şimdi ilk sözü belirttiğim doğrultuda çok değerli hocam Fikret Eren'e bırakıyorum. Sayın hocam buyurun.





# TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR (ÖLÜM VE BEDENSEL ZARAR)

*Prof. Dr. Fikret EREN*

*Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## I- GENEL BİLGİ:

Türk hukukunda kişiye ilişkin zarar, ayrıntılı ve sistematik olarak Türk Borçlar Kanununun “Ölüm ve bedensel zarar”ı düzenleyen 53-56 ncı maddelerinde ele alınmıştır. Bu maddelerin düzenlendiği kısmın genel başlığı “Özel durumlar”, alt başlığı ise, “Ölüm ve bedensel zarar” adını taşımaktadır. TBK. m. 53’te ölüm halinde uğranılan zarar, 54’te ise bedensel zarar düzenlenmiştir. TBK. m. 55’te de destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların Türk Borçlar Kanunu hükümleriyle sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanması hükmüne bağlanmıştır. Bu maddede ayrıca, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin her türlü idari eylem ve işlemlere de uygulanacağı hükmü öngörülmüştür. TBK. m. 56’da ise, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalden doğan manevi zarar ve bunun giderilmesi düzenlenmiştir.

## II- KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR

### A- KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR KAVRAMI:

Ölümden veya bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zarara, kişiye ilişkin zarar denir. Kişiye ilişkin zarar kavramı,

bedensel zarar kavramından daha geniştir. Çünkü bedensel zarar kavramı, ölümden değil, yalnız bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararı ifade eder. Kişiyeye ilişkin zararda kullanılan “ölüm” sözcüğünün anlamı, yabancı bir müdahale sonunda gerçek bir kişinin, yaşamının (hayatının), kişiliğinin sona ermesi iken, bedensel bütünlüğün ihlâli, zarar görenin vücut ve ruh bütünlüğündeki değişme ve bozulmadır. Esasen kanun koyucu da bu görüşte olduğu için “ölüm” sözcüğünü özenle “beden” sözcüğünden ayırmış, TBK. m. 53-56’nın alt başlığını açıkça “Ölüm ve bedensel zarar” olarak adlandırmıştır. Bu ayırım ayrıca TBK. m.55’te tüm açıklığıyla vurgulanmıştır. Dolayısıyla, biz bu tebliğde hem ölümden doğan zararı hem de bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararı ifade etmek üzere bir üst kavram olarak “bedensel zarar” deyimini değil, “kişiyeye ilişkin zarar” deyimini kullanacağız. Buna karşılık, “bedensel zarar” deyiminden yalnız ölüm dışında bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararı anlayacağız.

### B- ZARAR KAVRAMI:

Zarar kavramı üzerinde de kısaca durmak gerekir. Çünkü zarar, sorumluluğun, dolayısıyla tazminat hukukunun en önemli unsurunu oluşturur. Gerçekten de, zarar olmayan yerde sorumluluk da söz konusu olmaz<sup>1</sup>.

TBK. m. 49, zarardan söz etmekle birlikte, bunun tanımını yapmış değildir. Zararın tanımı, doktrin ve yargıya bırakılmıştır<sup>2</sup>. Doktrin ve uygulamada zarar, “geniş anlamda zarar”, “dar anlamda zarar” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar an-

<sup>1</sup> **Oftinger/Stark**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auf., Zürich 1995, sh. 90; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2015, sh. 520;

<sup>2</sup> Alman Medenî Kanununda da zarar kavramı tarif edilmiş değildir. Oysa, ABGB (Avusturya Medenî Kanunu) 1293. maddesinde zararı şu şekilde tanımlanmıştır; “Zarar, bir kimseye malvarlığında, haklarında ve şahsında verdirilen her türlü kayıptır. Bundan, bir kimsenin olayların normal akışına göre bekleyebileceği kâr yoksunluğu ayırt edilmelidir.”

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lamdaki zarar, teknik anlamdaki maddî zararı ifade etmektedir. Maddî zarara, malvarlığı zararı adı da verilmektedir. Geniş anlamda zarar kavramı ise, kişinin malvarlığında uğradığı zararlarla birlikte şahıs varlığında uğradığı zararı da kapsamaktadır. Böylece geniş anlamda zarar, “Bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme” olarak tanımlamak mümkündür<sup>3</sup>. Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında zarar, geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve bu, maddî zararı içerdiği gibi, manevî zararı da içermektedir. Buna karşılık, Türk-İsviçre hukuklarında doktrin ve uygulamada zarar sözünden daha çok maddî zarar anlaşılmaktadır<sup>4</sup>. Biz, hem kökleşmiş bir deyim olduğu hem de geniş anlamda zararın bir türü olduğu için manevî zarar deyimini de zarar kavramı içinde kullanmayı tercih ediyoruz. Bu bağlamda zarar kavramını, maddî ve manevî zararı kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmakla birlikte, açıklık kazandırmak amacıyla zarar türüne göre, zarar kelimesinin başına “maddî” veya “manevî” sıfatlarını eklemeyi uygun bulmaktayız.

### III- KİŞİYE İLİŞKİN ZARARIN ÇEŞİTLERİ:

Kişiyi ilişkin zarar, bedensel zarar ve ölümden doğan zarar olmak üzere ikiye ayrılır.

#### A-BEDENSEL ZARAR:

Zarar gören, bedensel bütünlüğünün ihlalinden maddî zarara uğrayabileceği gibi, manevî zarara da uğrayabilir. Bu ayırımı uygun olarak aşağıda önce bedensel bütünlüğün ihlali ile ölümden doğan maddî zarar, sonra da manevî zarar incelenecektir.

<sup>3</sup> **Larenz**, Karl; Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, Band I, 14. Auf., München 1987 sh. 426; **Tandoğan**, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, sh. 63; **Eren**, sh.521.

<sup>4</sup> **Oftinger/Stark**, I, sh. 71; **Eren**, sh.521;

## 1- BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİNDEN DOĞAN MADDİ ZARARLAR:

### 1.1- Genel bilgi ve kavram:

Zarar verici olay, zarar görenin bedensel bütünlüğünü ihlâl etmiş olabilir. Zarar görenin vücut ya da ruh bütünlüğünün maddî veya manevî bir zarar meydana getirecek şekilde bozulmasına, bedensel bütünlüğün ihlali denir<sup>5</sup>. Bu tanımdan da anlaşıldığı gibi, “bedensel bütünlük”, “vücut bütünlüğü” ve “ruh bütünlüğü”nden oluşurken, “bedensel bütünlüğün ihlâli” de, “vücut bütünlüğünün ihlâli” ve “ruh bütünlüğünün ihlâli” şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinde, mekanik veya psişik bir müdahale ve darbe sonucu, vücutta anatomik bir değişiklik ve bozulma meydana gelir. Burada zarar görenin vücut (fizik) bütünlüğü, mekanik veya psişik bir müdahale ile bozulmaktadır<sup>6</sup>. Vücuttaki anatomik değişimler, genellikle mekanik etkilerden ileri gelir. Örneğin, bir tokat veya sopayla vurma ya da silahtan çıkan bir kurşun sonucu bir kolun kırılması, gözün çıkması, kulağın sağır olması, hastalık, sakatlık gibi hallerde zarar görenin vücut anatomisi mekanik bir müdahaleyle değişmekte, bozulmaktadır. Ancak, istisnai de olsa, psişik (ruhî) müdahale ve etkiler de vücut anatomisinin değişme ve bozulmasına sebep olabilir. Örneğin, psişik bir travma sonucu kan dolaşımının ağır bir şekilde bozulması veya bir patlama sonucu bir kadının bir yandan saçlarının dökülmesi, diğer yandan

<sup>5</sup> **Oftinger/Stark**, I, sh. 275; **Oftinger**, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil Band I, 4. Auf., Zürich 1975, sh. 186; **Descenaux/Tercier**, La Responsabilité Civile, 2. Édition, Bern 1982, sh. 226; **Merz**, Hans; Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I. Teilband Basel 1984, OR, sh. 199; **Keller/Gabi**, Das Schweizerische Schuldrecht, B. II Haftpflichtrecht, 2.Auf., Basel/Frankfurt 1985, sh. 78; **Rey**, Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1985, N. 221; **Merz**, sh. 283Ü; **Eren**, sh. 744;

<sup>6</sup> **Oftinger**, I, sh. 186; **Oftinger/Stark**, I, sh. 275; **Keller/Gabi**, sh. 78; **Descenaux/Tercier**, sh. 226; **Merz**, sh. 199 vd.; **Eren**, sh. 744; BGE 31 II 231; 42 II 473 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

da uğradığı sinir hastalığı (neurose) sebebiyle erken doğurma veya çocuk düşürme eğiliminin baş göstermesi hallerinde psikişik etkiler söz konusudur<sup>7</sup>.

Ruh bütünlüğünün ihlâli de mekanik bir etki ve güç sonucu meydana gelebileceği gibi, psikişik bir müdahale ve güç sonucu da meydana gelebilir. Ayrıca ruh bütünlüğünün ihlâlinde beden anatomisinde bir değişme meydana gelmemektedir. Burada daha çok, zarar görenin duygu, irade ve zekâ yeteneklerinde bir değişme olmakta, ruh sağlığı bozulmaktadır. Örneğin, kalp çarpıntısı, hafıza kaybı, sinir buhranı, akıl hastalığı, sinir hastalığı (neurose), kişilik değişimi, fikrî yorgunluk gibi haller, ruh bütünlüğünün ihlâline örnek gösterilebilir<sup>8</sup>. Ani bir korkutma sonucu sağlığın bozulması da vücut bütünlüğünün ihlâli sayılır. Psikişik müdahale zarar görenin sinir hastalığına (neurose) maruz kalmasına da yol açabilir<sup>9</sup>.

TBK. m. 54/I, bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan zararın hesaplanmasına ilişkin özel bir hüküm içermektedir. Bu maddeye göre bedensel bütünlüğü zedelenen kişi, yapmış olduğu tedavi giderlerini, uğramış olduğu kazanç kaybını, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden kaynaklanan kayıpları ile ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıplarını isteyebilir. TBK. m. 54/I, özel hüküm niteliğinde olduğu için genel hükümlerin uygulanmasını önler. Bu hüküm, hem sözleşme dışı sorumlulukta hem de sözleşme sorumluluğunda uygulanır.

Zarar, bedensel bütünlüğün ihlâli değil, bu ihlâl sonunda meydana gelen ekonomik kayıplar, maddî ve manevî eksilmelerdir. Bedensel bütünlüğün ihlâli, sadece meydana gelen zararın sebebini oluşturmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Keller/Gabi, sh. 78; Eren, sh.sh.745; BGE 42 II 473 vd.

<sup>8</sup> Keller/Gabi, sh. 78; Oftinger/Stark, I, sh. 275-276; Oftinger, I, sh. 186-187; Merz, sh. 199-200; Deschenaux/Tercier, sh. 226; BGE 80 II 348; 96 II 392.

<sup>9</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 276 vd.

<sup>10</sup> Oftinger, I, sh. 189; Deschenaux/Tercier, sh. 226; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 603 vd.; Eren, sh. 745;

## **1.2- Bedensel bütünlüğün ihlâlinden doğan maddî zarar çeşitleri:**

Bedensel bütünlüğün zedelenmesinden doğan maddî zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden kaynaklanan kayıplarla ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

### **1.2.1-Tedavi giderleri:**

Zarar görenin sağlık durumunun düzelmesi ve iyileşmesi için gerekli muayene, tahlil, teşhis, tedavi, ambulans veya diğer taşıma giderleri ile gerektiği takdirde ameliyat, hastane, ilaç, tekerlekli iskemle, bakım, fizik tedavi, kaplıca, korse vs. giderleri buraya girer. Zarar görenin evinde tedavi gördüğü süre içinde hastabakıcı veya hemşire tutması halinde, bunlara ödediği paralarda da durum aynıdır. Zarar gören kişi, herhangi bir organını kaybetmiş ve bunun yerine kendisine takma bir organ veya protez gibi şeyler takılmış veya verilmişse, bunlar için ödenen paralar da tedavi giderleri arasında yer alır. Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle yapılan diğer giderlere avukat, hukukî danışmanlık, bilirkişi ücreti de girer<sup>11</sup>.

### **1.2.2-Kazanç kaybı (çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar):**

#### **1.2.2.1- Genel bilgi:**

Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün, kazanç getirici şekilde kullanılması demektir<sup>12</sup>. Burada aslolan kazanç azalması veya yitilmesi değil, çalışma (kazanma) gücünün azalması ya da yitilmesidir. Bu azalma veya yitilmeden doğan olumsuz ekonomik sonuçlar, zararı oluşturur.

<sup>11</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 226-227; Keller/Gabi, sh. 79-80; Stark, N. 59 vd.; Oftinger/Stark, I, sh.282-283.

<sup>12</sup> Keller/Gabi, sh. 80; Deschenaux/Tercier, sh. 228; Oftinger/Stark, I, sh. 284; Merz, sh. 385; Eren, sh. 746;

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi geçici olabileceği gibi, sürekli de olabilir. Çalışma gücündeki kayıp, zamanla ortadan kalkıyor, meselâ iyileşmeyle sona eriyorsa, geçici kayıp; ölüme kadar devam ediyorsa sürekli kayıp söz konusu olur<sup>13</sup>.

### 1.2.2.2- Çalışma gücünün geçici olarak kaybı (Geçici kazanç kaybı) :

Hâkimin verdiği karar sırasında, zarar gören tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma sona ermişse, zarar; zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Bu zarar niteliği itibariyle fiilen yoksun kalınan kazanç olup; geçici nitelikte ve geçmişe ilişkindir.

### 1.2.2.3-Çalışma gücünün sürekli olarak azalması veya yitirilmesi:

Zarar görenin çalışma gücü sürekli olarak azalmış veya yitirilmişse, zarar geleceğe ilişkin farazî bir zarar olarak hesaplanır. Çalışma gücünün sürekli kaybı, azalma şeklinde kısmen olabileceği gibi, yitirme şeklinde tam da olabilir. Şu halde, tam kayıp, çalışma gücünün yitirilmesini, kısmî kayıp ise, azalmasını ifade eder. Göz, ayak, el gibi organların veya zihni yeteneklerin sürekli olarak kaybı veya fonksiyonsuz hale gelmesi, çalışma gücünün sürekli olarak kaybı sonucunu doğuran sebeplerdir.

Çalışma gücünün sürekli olarak kaybından doğan zararın hesabında, şu unsurlar göz önünde tutulur.

### 1.2.2.3.1-Çalışma gücündeki sürekli azalmanın (kayıbın) oranı:

Bedensel bütünlüğün ihlâli sonucu, zarar görenin çalışma gücünü hangi oranda kaybettiği; zararın hesaplanmasında

---

<sup>13</sup> Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2012, sh. 461,

önemli bir unsurdur. Kayıp oranı, ihlâl edilen organ veya beden kısmının türü göz önünde tutularak, belirli, tıbbî kurallara göre tespit olunur. Çalışma gücünün gerçek kaybı veya işgöremezlik derecesi raporda yüzde olarak gösterilmelidir.

Zararın ve özellikle çalışma gücünün gerçek kaybının belirlenmesinde bütün somut durumlar ve bu arada zarar görenin meslekî durumu da göz önünde tutulmalıdır. Zira insan bedendindeki belirli organ veya kısımların kaybı, mağdurun yürüttüğü meslek üzerinde farklı şekilde olumsuz etkide bulunur.

### 1.2.2.3.2- Zarar görenin gelir durumu:

Zararın belirlenmesinde zarar görenin elde ettiği gelir de önemli bir rol oynar. Zararın tayininde esas alınacak gelir, zarar verici olayın gerçekleştiği andaki gelirdir. Ancak, bu gelire zarar görenin daha ileriki yıllarda elde edeceği yükselmeleri, ücret, maaş, dolayısıyla gelir artışları da eklenmelidir<sup>14</sup>. Gelir kavramına, ek gelirler de girer. Fazla mesai, ikramiye, prim, düzenli bahşiş, elbise, ayakkabı parası, konut tahsisi vb. gelirler, ek geliri oluşturur.

Zarar gören meslek değiştirecekse, yeni meslekteki muhtemel geliri ve gelir artışları bulunur. Zarar gören çocuk ise, çocuğun fikrî ve fizikî yetenek ve özelliklerine, ana babasının sosyal ve ekonomik durumu açısından yönelebileceği mesleğe göre ileride kazanabileceği muhtemel gelir, o nitelikteki ortalama bir çocuk örnek alınarak tespit edilir<sup>15</sup>.

### 1.2.2.3.3-Çalışma süresi ve bunun başlangıç anı:

Zararın hesaplanmasında zarar görenin çalışma ve yaşama süresi de önemli bir faktördür. Bizde ve bazı ülkelerde yaşama ve çalışma sürelerine ilişkin tablolar tutulmaktadır.

Bir kimsenin çalışma süresi, hiçbir zaman yaşama süresi kadar uzun olmaz. Başka bir deyişle, çalışma süresi, yaşama

<sup>14</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 229; Merz, sh. 202, 289; Eren, sh. 748;

<sup>15</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 290; Deschenaux/Tercier, sh. 229; BGE 95 II 255.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

süresinden daima daha kısadır. Ayrıca, zarar görenin mesleği, sağlık durumu, yaşı, bu konuda dikkate alınmalıdır. Fikir işçilerinde daha yüksek bir çalışma yaşı kabul edilmelidir.

### 1.2.2.3.4- Ameliyat veya devamlı tedavi:

Zararın tayininde, zarar görenin çalışma gücünde uğramış olduğu kaybı azaltacak bir ameliyat veya özel tedaviye rıza göstermiş olup olmaması da dikkate alınır. Ancak, ameliyat tehlikeli veya çok ızdırap verici olmamalı, ameliyat sonunda zarar görenin durumunda bir iyileşme olacağı ihtimali yüksek bulunmalıdır<sup>16</sup>. Ayrıca, zarar veren ameliyat giderlerini önceden vermelidir.

### 1.2.3-Ekonomik geleceğin sarsılması:

Bedensel bütünlüğün ihlâli, bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamakla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle olumsuz ekonomik sonuçlar, maddî kayıplar doğurabilir<sup>17</sup>. Gerçekten, bedensel bütünlüğü zedelenen bir kişi çalışma gücünü tam olarak korusa bile, iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir ya da aynı işte çalışsa bile, eskisine oranla daha çok güç (emek) sarfetmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda olabilir. Hatta işinden çıkartılarak işsiz kalabilir. Genç bir kızsı, evlenme şansını kaybedebilir; bir çocuksı, öğrenilmesi zor ve pahalı bir mesleği seçmeye zorlanabilir, böylece meslek seçme şansı son derece kısıtlanmış, sınırlanmış olur. Özellikle zarar görenin fizikî şeklinin anormal derecede değişmesi, bozulması, kötürüm kalması, tik kazanması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığı gibi haller, buna misal olarak gösterilebilir<sup>18</sup>. Bu durum, mesleği icabı toplu

<sup>16</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 230; Oftinger/Stark, I, sh. 307; Eren, sh. 750; BGE 57 II 61; 61 II 130; 81 II 512.

<sup>17</sup> Merz, sh. 202; Keller/Gabi, sh. 83; Oftinger/Stark, I, sh. 316; Tandoğan, sh. 292; Eren, sh.750;

<sup>18</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 316; Keller/Gabi, sh. 83; Merz, sh. 293; BGE 104 II 307; 102 II 241; 81 II 515 vd.; 99 II 219; Y. 10. HD. 20.5.1976 T., E. 1975/8355, K. 1976/3924 (YKD. 1977, Sa. 1. sh. 69 vd.).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sürekli ilişki içinde bulunan film ve tiyatro sanatçıları, dansöz ve şantözler, mankenler, otel ve lokanta gibi yerlerde çalışan kimseler için çok büyük önem taşır. Örneğin bir dansöz, şantöz veya mankenin vücudunun herhangi bir yerinde özellikle bacak veya yüzünde meydana gelen bir yaralama izi, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, meslek yönünden durumunu sarsacağından, ekonomik geleceği tehlikeye düşmüş olabilir<sup>19</sup>. Burada da zarar, zarar görenin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazançla gelecekte bu şartlar altında elde edeceği muhtemel kazancın karşılaştırılması suretiyle tespit edilir. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararda da faaliyet (çalışma) süresi göz önünde tutulmalıdır.

Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle kazanç imkânının azalması, bağımsız bir zarar kaynağı olup ayrı hesaplanmalıdır<sup>20</sup>. Ancak, uygulamada ekonomik geleceğin sarsılması daha ziyade maddî ve manevî zarar içinde mütalaa edilmektedir<sup>21</sup>. Kanımızca, bu hali, ayrı ve bağımsız bir zarar kaynak ve türü olarak görmekte zorunluluk vardır.

Zarar, bedensel bütünlüğün ihlâli olmayıp, bu ihlâl sonunda meydana gelen ekonomik kayıplar, maddî ve manevî eksilmelerdir.

Bedensel bütünlüğün ihlâli, zararın sebebini oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Soruna bu açıdan bakıldığı takdirde; estetik zararlar, zarar görenin malvarlığını veya ruh varlığını ya da her ikisini birden olumsuz yönde etkileyebileceği gibi, ekonomik geleceğini de etkileyebilir. Bedensel bütünlüğü ihlâl eden sebepler arasında kaza, suç teşkil eden bir fiil, bir ameliyat veya sorumluluğu doğuran bir hastalık gösterilebilir.

<sup>19</sup> Oftinger, I, sh. 212; Oftinger/Stark, I, sh. 316; Keller/Gabi, sh. 83; Merz, sh. 293; Merz, sh. 202; Oser/Schönenberger, Art. 46, N. 14-15; İnan, sh. 328; Oğuzman/Öz, sh. 538.

<sup>20</sup> Keller/Gabi, sh. 83; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, sh. 612; Eren, sh.751;

<sup>21</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 228; Merz, sh. 202; Eren, sh. 751;

<sup>22</sup> Oftinger, I, sh. 189; Deschenaux/Tercier, sh. 226; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, sh. 603 vd.; Eren, sh. 751;

## B-ÖLÜMDEN DOĞAN ZARARLAR:

### 1-Ölümden doğan maddi zararlar:

Zarar veren olay bir kişinin ölümü sonucunu doğurabilir. Burada ölümün nedeni, öldürmedir. TBK. m. 53'e göre adam öldürülmesi sonucu başka kimseler, ölenin desteğinden yoksun kalmışlarsa, onların bu zararı tazmin edilmelidir. TBK. m. 53, zararın hesaplanması için özel bir hüküm getirmiştir. Bu hüküm, özel nitelikte olduğundan, zararın belirlenip hesaplanmasına ilişkin genel hükümlerden önce uygulanır<sup>23</sup>.

Adam öldürülmesi, sözleşme dışı ilişkiden doğabileceği gibi, zarar verenle ölen arasında mevcut olan bir sözleşme ilişkisinin ihlâlinden de doğabilir. Bu husus, Türk hukuku yönünden TBK. m. 114/III'te genel olarak, TBK. m. 417/III ve TTK. m. 914'te özel olarak hükme bağlanmıştır.

Zarar, bizzat ölümün kendisi değil, bundan doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır<sup>24</sup>. Bu anlamda adam öldürme, sadece zararlı sonucun sebebinin oluşturmaktadır.

### 2- Ölümün meydana geldiği zamana göre maddi zarar çeşitleri:

Aşağıda önce ölümün derhal meydana gelip gelmemesine göre zararın hesaplanmasında göz önünde tutulacak iki durum, sonra da önemi dolayısıyla ayrı bir başlık altında destek kaybindan doğan zarar incelenecektir.

---

<sup>23</sup> Geniş bilgi için bkz. **İyimaya**, Ahmet, Destekten Yoksun Kalma ve İş-Göremezlik Tazminatlarına Yürütülecek Faizin Başlangıç Tarihi Sorunu (Yahut Bu Alacaklara Faizi Hüküm Tarihinden Yürütmek Mümkün Müdür, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C. II, Ankara 1995, sh. 64 vd.; Gökayla, Emre; Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, s. 45 vd.; **Eren**, sh. 752.

<sup>24</sup> **Oftinger/Stark**, I, sh. 329-330; **Oftinger**, I, sh. 227; **Eren**, sh. 752.

## **2.1-Derhal meydana gelen ölümden doğan zararlar (Cenaze giderleri) :**

Zarar verici olay sonucu, bedensel bütünlüğü zedelenen kimse derhal ölürse, zarar veren, ölüm dolayısıyla yapılan masrafları bu arada özellikle cenaze giderlerini ödemekle yükümlüdür. Cenaze giderleri, yani gömme giderleri, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, otopsi, yemek, davetiye ve ilân giderleriyle gömme, mezarlık ve mezar taşı vb. gibi diğer giderleri kapsar. Bu giderler, ölüm olayıyla doğrudan doğruya ilgili giderler olmalı ve öldürülenin sosyal, ekonomik durumuna, dini inanışına uygun düşmelidir<sup>25</sup>. Cenaze giderleri, terekeye dâhil olup, mirasçılar tarafından yapıldığından, tazminat hakkı mirasçılara aittir. Zarar veren, ayrıca aşağıda incelenecek olan destek kaybından doğan zararları da tazmin zorundadır.

## **2.2) Sonradan meydana gelen ölümden doğan zararlar:**

Ölüm derhal değil de, sonradan meydana gelirse, ödenecek tazminat, her şeyden önce ölümün gerçekleştiği ana kadar yapılan tedavi giderleriyle ölüncüye kadar çalışmamaktan doğan kazanç kayıplarını kapsar. Tedavi giderlerine, tıbbî tahlil, muayene, ameliyat, hastahanedeki yatma, ilaç, ambulans vb. diğer giderler girer<sup>26</sup>.

## **3- Destek kaybından doğan zarar ve destekten yoksun kalma tazminatı:**

### **3.1- Genel bilgi:**

Zarar verici olay sonucu bir kimse öldüğü zaman, bazı kişiler onun ekonomik desteğinden, malî yardım ve bakımından yoksun kalabilirler. İşte öldürülenin bu destek ve yardımından yoksun kalanların uğradıkları bu zarara, destek kaybından doğan

<sup>25</sup> Bkz. Keller/Gabi, sh. 87; Oftinger/Stark, I, sh. 332; Merz, sh. 204; BGE 95 11 308; Y. 15. HD. 21.7.1975 T., E. 1975/2313, K. 3366 (İstanbul Barosu Dergisi, 1976. Sa. 78. sh. 6465).

<sup>26</sup> Keller/Gabi, sh. 86 ; Eren. Sh. 753.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

zarar denir<sup>27</sup>. TBK. m. 53/I-3'e göre destekten yoksun kalanlar, zarar verene karşı bu zararlarının karşılanması amacıyla destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Destek kaybından doğan zarar, niteliği itibarıyla hem dolaylı bir zarar, hem de maddî bir zarardır. Ancak, dolaylı bir zarar olmasına rağmen, TBK. m. 53/I-3, destekten yoksun kalanlara, uğradıkları zararın tazmini hususunda özel bir hükümlerle bir talep hakkı tanımıştır. Zira, burada, üçüncü kişinin zararı söz konusu olmaktadır.

### 3.2- Destekten yoksun kalma tazminatının hukukî niteliği:

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, aslî ve bağımsız bir talep hakkıdır<sup>28</sup>. Yoksun kalan, bu hakkı öleden miras yolu ile değil, doğrudan doğruya, aslî bir şekilde kazanmaktadır. Aynı şekilde bu hakkın aile hukuku ve dolayısıyla hısımlıkla da bir ilgisi yoktur.

Tazminat talebi, bir alacak hakkı olup, bir nafaka değildir. Bu nedenle, tazminat alacağının başkasına devri mümkündür. Bu talep rehnedilebileceği gibi haciz de edilebilir. Keza tazminat talebi, mirasçılara da geçebilir<sup>29</sup>:

### 3.3-Tazminat talebinin şartları:

#### 3.3.1-Bir destek ilişkisi olmalıdır.

##### 3.3.1.1-Destek kavramı:

Tazminat isteminde bulunan kişiye fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan veya ona ilerde bakması kuvvetle muhtemel olan kimseye destek denir<sup>30</sup>. Buradaki "bakma" kelimesi, bir

<sup>27</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 235; Oftinger/Stark, I, sh. 334; Oftinger, I, sh. 230; Tekinay, S. Sulhi; Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963; Merz, sh. 205; Eren, sh. 753;

<sup>28</sup> Keller/Gabi, sh. 88; Deschenaux/Tercier, sh. 235; Oftinger/Stark, I, sh. 335; Merz, sh. 205; Eren, sh. 753.

<sup>29</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 335; Oftinger, I, sh. 231.

<sup>30</sup> Merz, sh. 205; Keller/Gabi, sh. 87; Deschenaux/Tercier, sh. 235; Oftin-

başkasının geçimini kısmen veya tamamen sağlama anlamında kullanılmaktadır.

### 3.3.1.2-Gerçek destek-Farazi destek:

Destek; fiili (gerçek) destek ve farazî destek olmak üzere ikiye ayrılır. Öldüğü ana kadar başkasına fiilen ve düzenli bir şekilde bakan kimseye, gerçek(fiili) destek adı verilir<sup>31</sup>. Eşler, birbirlerinin; ana-baba çocuklarının gerçek destekleridir. Ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye, farazî destek denir<sup>32</sup>. Farazî destek arasında ilk yeri küçük çocuklar alır. Küçük çocuklar, hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre ileride ana ve babalarına bakmaları kuvvetle muhtemel olduğu için bunlar farazi destektir.

### 3.3.2-Destek bakım gücüne sahip olmalıdır:

Ölümün gerçekleştiği anda desteğin bakım gücüne sahip olması gerekir. Bunun ispatı, davacıya düşer.

### 3.3.3-Destekten yoksun kalan, bakım ihtiyacı içinde olmalıdır:

Tazminat isteyecek kişinin bakıma (desteğe) muhtaç durumda olması gerekir<sup>33</sup>. Desteğin yardımı olmaksızın sosyal seviyesine uygun şekilde geçimini sağlayamayacak kişi, bakım ihtiyacı içinde sayılır. Bakım ihtiyacı, yoksulluk anlamına gelmez. Aksine Kanun koyucu, bununla zarar görenin (davacının), desteğin ölümünden önceki sosyal ve ekonomik hayat seviyesini sürdürüp korunmasını amaçlamaktadır<sup>34</sup>.

---

ger/Stark, I, sh. 336; Eren, sh. 755; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,9. Bası, İstanbul 2012, sh.98;

<sup>31</sup> Deschenaux/Tercier, sh. 235; Keller/Gabi, sh. 88; Oftinger/Stark, I, sh. 336; Merz, sh. 205. Eren, sh.755; Antalya, sh.471;

<sup>32</sup> Oftinger, I, sh. 233; Oftinger/Stark, I, sh. 337; Deschenaux/Tercier, sh. 236; Keller/Gabi, sh. 88; Eren, sh. 758; Oğuzman/Öz, 100; Antalya, sh. 471; BGE 72 II 196 vd.

<sup>33</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 340-341; Deschenaux/Tercier, sh. 236; Keller/Gabi, sh. 89; Oftinger, I, sh. 235-236; Merz, sh. 304; Eren, sh. 759;

<sup>34</sup> Keller/Gabi, sh. 89; Oftinger/Stark, I, sh. 340-341; Oftinger, I, sh. 236.

### **3.4- Zararın hesaplanmasında göz önünde tutulacak faktörler:**

Destek kaybından doğan zararın hesaplanmasında aşağıdaki faktörler göz önünde tutulur.

#### **3.4.1-Desteğin gelir durumu:**

Destek kaybından doğan zarar hesaplanırken, ölenin, yani desteğin, gelir durumu, ekonomik imkânları esas alınır. Ayrıca, davacının ekonomik durumu (gelir düzeyi) da göz önünde tutulur.

#### **3.4.2-Yardım miktarı:**

Hâkim, ölüm olmasaydı desteğin, zarar görene yapacağı yardım miktarını tespit eder. Ölüm anına kadar destek yardımıda bulunuyor ve bunun miktarı biliniyorsa, bu miktardan hareket edilir. Buna karşılık, yapılan yardım tam ve kesin olarak bilinmiyorsa, yardım miktarı, desteğin malî gücüne, davacının hayat seviyesine, yakınlık ilişkilerine göre değişir<sup>35</sup>. Desteğin, önce geliri, sonra da bundan ayırıp desteklenene verebileceği destek miktarı bulunur. Destekten yoksun kalan birden fazla ise, her biri için, olayın özelliklerine göre ayrı bir destek miktarı tespit edilir. Destek, her şeyden önce kendisine ve belki başka kişilere de bakmak zorunda olduğundan, hiçbir zaman gelirin tamamı destek olarak ayrılamaz. Durumun özellikleri göz önünde tutularak bunun sadece belirli bir kısmı destek olarak ayrılır.

#### **3.4.3-Yardım süresi:**

Destek süresi hesaplanırken, bir yandan desteğin çalışma süresi, diğer yandan da davacının yaşama süresi dikkate alınır<sup>36</sup>. Desteğin çalışma süresi, onun kazanç sağlama, dolayısıyla

---

<sup>35</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 343 vd.; Oftinger, I, sh. 237-238; Tandoğan, sh. 305.

<sup>36</sup> Keller/Gabi, sh. 90; Oftinger, I, sh. 241-242; Tandoğan, sh. 305; Eren, sh. 760.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

la bakma süresini belirler. Yardım sağlama, çalışma süresiyle sınırlıdır. Bu nedenle, çalışma süresiyle desteğin (bakımın) devam süresi arasında büyük bir ilişki vardır. İsviçre’de faal yaşama (çalışma) süresi, Stauffer/Schatzle’nin yaşama tablolarına ilişkin eseri esas alınarak hesaplanmaktadır<sup>37</sup>. Hâkim, her somut olayda, destek ölmeydi, davacıya daha ne süre bakacak idiyse, bu süreyi destek süresi olarak kabul etmektedir. Yargıtay, elde bilimsel ve istatistikî yaşama ve ölüm tabloları bulunmadığından, ortalama bir yaş kabul etmiştir. Bu yaş, beden işçilerinde 60 yaş, fikir işçilerinde ise daha ileri bir yaştır<sup>38</sup>.

Destek süresinin belirlenmesinde, yardım görenin de yaşama süresi, çocuksa, çalışmaya başlama anı göz önünde tutulur. Ana-babaya yardımda, bunların yaşama süreleri; çocuklara yardımda ise, çalışmaya başlama süresi esas alınır. Çocuklarda, kız veya erkek olmalarına, yükseköğrenim yapıp yapmalarına göre farklı süreler kabul edilmektedir. Yükseköğrenim yapan çocuklara, öğrenimleri sona erinceye, kız çocuklarda genellikle evleninceye kadar, sakat çocuklarda ise, daha uzun süre yardım yapılacağı görüşünden hareket edilmektedir<sup>39</sup>. Bunun dışında erginlik yaşı olan 18 yaşın doldurulması esas alınmaktadır.

Farazî destekte (özellikle çocuklarda) yardımın başlangıç anı, bunların kazanç sağlayabilecekleri yaş esas alınarak tespit edilir. Kazanç sağlama yaşı, çocuğun öğrenim ve gelir durumuna göre hesaplanır.

Yardım gören, dul kadın ise, onun yeniden evlenme şansı da desteğin devam süresi üzerinde rol oynar. Özellikle genç kadınlarda bu ihtimal daima mevcuttur. Ancak, hâkim, durumun özelliklerini ve bu suretle dul kadının yaşını, fizik, sosyal, kültürel ve ailesel durumunu, karakterini, sağlık şartlarını,

<sup>37</sup> Bkz. **Oftinger**, I, sh. 241 vd.; **Oftinger/Stark**, I, sh. 357 vd.

<sup>38</sup> Yargıtay’ın 60 yaş esasını kabul eden kararı için bkz. Y4HD., 2.3.1979. T., E. 1979/2669, K. 1979/3174 (YKD., 1979. Sa. 9. sh. 1303).

<sup>39</sup> **Oftinger/Stark**, I, sh.352; **Tekinay**, sh. 146 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 640 vd.



çocuk sayısını, ekonomik durumunu, yeniden evlenip evlenmeme konusundaki görüş ve iradesini gözönünde tutarak bir değerlendirmeye gitmelidir<sup>40</sup>.

### C- BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİNDEN VE ÖLÜMDEN DOĞAN MANEVİ ZARAR

Ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan manevi zararın giderilmesi de TBK m. 56'da düzenlenmiştir, Bu maddeye göre,

“Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.”

“Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”

TBK m. 56/II'de bedensel zarar görenin yakınlarının da, yansıma yoluyla uğrayabilecekleri manevi zararın tazmininin kabul edilmesi büyük bir yeniliktir. Doktrinde ve bilhassa İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kabul edilen bu kural, Türk yasa koyucusu tarafından TBK. m. 56'ya pozitif bir kural olarak konulmuştur. Kanun koyucunun bu tutumunu takdirle karşılıyoruz.

Maddi zararın da yansıma yoluyla kanuna alınması mümkün idi. Ancak, kanun koyucu bu yola gitmemiştir. Buna rağmen doktrin ve uygulamanın yansıma yoluyla oluşan maddi zararların tazminini kabul edeceği görüşündeyiz. Meselâ bir saldırganın, babasını, annesini, kardeşini veya çocuğunu çok ağır şekilde döverken, psişik bir travma geçiren bir kimsenin, sürekli olarak hıçkırması veya kısmi olarak hafıza kaybı veya bunlara benzer bir eksiklik veya kayba uğraması halinde, mal-

<sup>40</sup> Oftinger/Stark, I, sh. 354 vf.; Keller/Gabi, sh. 90; Tekinay, sh. 154; Descenaux/Tercier, sh. 238; Tandoğan, sh. 307; BGE 72 II 215; 89 II 396; 91 II 218; 95 II 418 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

varlığına yansiyacak bu durumun, sonunda onun işgücünü, çalışma ve kazanma gücünü kısmen ya da tamamen ortadan kaldıracabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu tür yansıma yoluyla meydana gelen maddi zararların da tazminine imkân hazırlanması gerekir. TBK'da böyle bir düzenleme olmadığına göre, hiç olmazsa bundan sonra uygulamada bu tür zararlar için TBK. m. 56'nın emsal alınması tavsiye edilebilir.

### IV-KİŞİYE İLİŞKİN ZARAR VE TAZMİNATIN HESAPLANMASINDA İNDİRİLEMEYECEK ÖDEMELER:

TBK. m. 55, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacı taşımayan ödemelerin zarar hesaplanırken göz önüne alınmamasını ve tazminattan indirilmemesini öngörmüştür. Gerçekten de, söz konusu maddeye göre,

“Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.” Bu madde uyarınca zarar görene rücu edilemeyen bir sosyal güvenlik ödemesi yapıldığı takdirde, bu, zarar ve tazminatın hesabında göz önünde tutulamaz, zarar ve tazminattan indirilemez. Çünkü böyle bir indirim, hiçbir neden yokken ödeme oranında daha az tazminat ödeyeceği için zarar vereni ödüllendirirken, o oranda da zarar göreni cezalandırma sonucunu doğurur. Yargıtay bir İçtihatı Birleştirme Kararında Emekli Sandığının destekten yoksun kalanlara ödediği dul ve yetim aylıklarının zarardan düşürülmemesi gerektiğine karar vermiştir<sup>41</sup>. Aynı

<sup>41</sup> Emekli Sandığının ödediği dul ve yetim aylığı yönünden Yargıtay, 6.3.1978 T., ve 1/3 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararında mahsubu reddetmiştir. Yargıtay, eşitliği sağlamak amacıyla Sosyal Sigortalar Kurumunca ödenen dul ve yetim aylığının da destek kaybından doğan zarardan mahsup edilmeyeceğine, 28.11.1979T., E. 1977/4-1110; K. 1979/1395 sayılı bir Hukuk Genel Kurulu Kararında hükmetmiştir (Bu karar için bkz. YKD. 1980, Sa. 7, sh. 938 vd.).

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

şekilde, zarar verenin veya üçüncü bir kişinin zarar görene, zararı karşılamak amacıyla değil de sırf yardım veya yönlendirme ya da teşvik amacıyla yapmış olduğu ödemeler de zarar ve tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulmaz, indirim (denkleştirme) konusu yapılmaz. Çünkü bu tür ödemeler, ifa amacından çok yardım amacıyla yapılmaktadır.

TBK. m. 55/1'in son cümlesi ayrıca, "Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz." hükmünü de içermektedir.

### V-GEÇİCİ ÖDEMELER:

TBK. m. 76, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, talep edildiği takdirde hâkime, zarar verenin zarar görene geçici ödemede bulunmasına karar vermesini hükme bağlamıştır. Geçici ödemeye karar vermek için her şeyden önce zarar görenin böyle bir talepte bulunması gerekmektedir. İkinci olarak da zarar gören, mahkemeye iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunmak zorundadır. Üçüncü şart ise, zarar görenin ekonomik durumu geçici ödemeyi gerektirecek ölçüde kötü olmalıdır. Bu şartların varlığı halinde hâkim takdir hakkını kullanarak geçici ödemeye karar verebilir. Zarar gören davayı kazanırsa, davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir. Buna karşılık, zarar görenin talebi reddedilirse, hâkim, zarar gören davacının aldığı geçici ödemeleri, kanunî faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Bu madde ekonomik durumu kötü olan zarar gören lehine bir tür ön ödeme şeklinde önemli bir avantaj getirmektedir. Ancak, zarar görenin davayı kaybetme ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır. Gerçi böyle bir halde TBK. m. 76, hâkime, zarar görenin almış olduğu geçici ödemeyi faizi ile birlikte geri vermesini karara bağlama yetkisi vermiş olsa da, ekonomik durumu kötü olan zarar görenin ödeme gücüne sahip olmaması her zaman mümkündür. Dolayısıyla, hâkimin geçici ödeme konusunda çok dikkatli olması gerekir.

**VI-GENEL BİR YARGI YOLU:**

Ölüm ve bedensel zararlarla ilgili davalar, uzmanlık gerektiren davalardır. Bu nedenle, bu tür davaların da kurulacak bir ihtisas mahkemesinde görülmesi, yararlı olacaktır. Esasen, diğer ülkelerde olduğu gibi, Türk hukuk uygulamasında da belirli işler için kurulmuş ihtisas mahkemeleri vardır. İş mahkemeleri, fikri ve sınaî haklar mahkemesi, tüketici mahkemeleri, ticaret mahkemesi, kadastro mahkemesi, bu mahkemelere örnek gösterilebilir. Dolayısıyla, süjesi insan, konusu kişiye ilişkin zarar, yani insan zararları olan bu gibi davalar miktar itibariyle de ülkemizde büyük bir yekun tutmaktadır. Öbür yandan, bu gibi davalara neden olan olaylar görev yönünden daha çok adli yargının görev alanına girdiği, ayrıca da çok geniş bir teşkilata sahip olduğu için söz konusu davaların adli yargıda kurulacak bir ihtisas mahkemesinde görülmesi tavsiye edilebilir.

# ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ ESASLARI

*Prof. Dr. John G. CULHANE*

2015 yılında, Anglo-Amerikan sisteminde yaralanma tazminatı sisteminin genel kural ve prensipleri hakkında konuşmaya çalışmak çok yanıltıcı sonuçlara neden olabilir, çünkü her ülke (ve Birleşik Devletler içindeki her eyalet) yüzyıllar içinde sistemin kendi varyasyonlarını geliştirmişlerdir. Sunacağım gözlemler çoğunlukla Birleşik Devletler'in yargı sistemi içinden alınmıştır. Bu çalışmada, insanların genellikle (ve isabetli bir biçimde) bir yaralanma meydana geldiğinde, hukukun iki taraf arasında dengeyi sağlama biçimi olarak gördükleri tazminat sistemi ile ilgileneceğiz. Maddi tazminatlar hukukun bu dengeyi sağlamakta kullandığı bir yoldur -daha sonra da göreceğimiz üzere basit ve eksik bir yoldur- ve genellikle "düzeltici adalet" olarak anılmaktadır.

Zararların gereksinimi?

İncelenmesi gereken ilk konu dava sebebinin ortaya çıkması için bir zarar oluşmasının gerekli olup olmadığıdır. Çoğunlukla gereklidir. Ancak kasıt nedeniyle ortaya çıkan kişisel yaralanma durumlarında, bu gereklilikten bazen feragat edilebilmektedir. Bunun en yaygın örneği, bir başka kişiye kasıtlı ve izinsiz olarak fiziki temas olarak tanımlanan, müessir fiildir. Bu zararın bir alt kategorisinde -adından da an-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

laşılacağı üzere- saldırgan fiil yer almaktadır<sup>1</sup>. Bu durumda kişi, bedensel bir yaralanmayı ispata gerek kalmadan, sadece saldırıdan dolayı tazminata hak kazanır. Aynı durum, davacının kapalı bir alana kasıtlı olarak kapatılması anlamına gelen hatalı hapis durumunda da geçerlidir<sup>2</sup>. Ancak bu durumda, davacı, davalının bu hapis durumundan haberdar olduğunu ispatta yükümlüdür (böylece söz konusu “ortaya zarar çıkmasını gerektirmeyen” tazminatların çoğunlukla davacının onurunu koruduğu da vurgulanmaktadır.) Ancak konu duygusal zararlara geldiğinde, söz konusu hasar kasıtlı olarak da yapılmış olsa, kanunlar daha sıkıdır. Eğer davalı, davacı ile fiziki temas geçmemiş ancak “aşırı ve çirkin davranışları” duygusal hasara neden olduysa, bu durumda zarar aranmakta, hatta bu zararın ciddi olması beklenmektedir<sup>3</sup>. Mahkemeler duygusal hasarları sayılara dökmenin zorluklarından ve fiziki temas olmamasından dolayı ortaya çıkan zorlukların şiddetli duygusal çöküntüye gerek kalmadan munzam mesuliyete yol açmasından korkuyorlar.

Ancak pek çok davada, sadece ihmal söz konusu olduğunda (ya da kusursuz sorumluluk davalarında), zarar aranmaktadır. Aslında, ihmalin gereklerinden birisi, davacının zarar görmesidir.<sup>4</sup>

### Zararın kategorileri

Çoğu durumda verilen tazminatlar “telafi edici” olarak adlandırılırlar. Adından da anlaşılacağı üzere, bu tazminatların amacı davacının başına gelenleri telafi etmek, ya da daha genel bir deyişle, davacıyı yaralanma öncesi duruma getirmektir. En basit durumlar olan, değeri kolaylıkla belirlenebilen bir eşyanın yok edilmesi durumunda, bu telafiyi gerçekleştirmek ko-

<sup>1</sup> Bakınız RESTATEMENT (SECOND) TORTS (1965) § 13 (defining harmful contact); § 18 (defining offensive contact).

<sup>2</sup> Id., § 35.

<sup>3</sup> Id., § 46.

<sup>4</sup> David G. Owen, The Five Elements of Negligence, 35 HOFSTRA L. REV. 1671, 1672 (2007).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

laydır. Davalı eşyanın yok edildiği zaman ve yerdeki değerini ödeyebilir. Ve hatta kişisel yaralanma davalarında bile, bazı zararlar kolaylıkla hesaplanabilir; mesela, ücret kayıpları ve hastane faturaları gibi. Ancak çoğu zaman, -şimdi açıklayacağım üzere- zararları değerlendirmek basit değildir.

Cezalandırıcı tazminat konusu başka bir tartışma konusu olabilir. Benim konum davacının bedensel zararlarının tazmini olduğundan, bana cezalandırıcı tazminatların, davacının zararlarının tazmini ile alakalı olmadığından, bu konunun dışında olduğunu söyleyecekler olabilir. Burada, gerekçelerimin netleşmesi için kısa bir açıklama yapmam gerekiyor.

Öncelikle, cezalandırıcı tazminatlar sadece davacının davranışının ihmal durumundan daha ağır olduğu durumlarda uygulanabilmektedir -bazı yerlerde davranışın "ihmal olarak kabul edilemeyecek derecede" olması gerekirken, diğer bazı eyaletlerde, genellikle "bilinçli olarak bilinen bir riski ihmal etmek" olarak tarif edilen; dikkatsizlik gerekmektedir.

Haklı bulunulması durumunda, cezalandırıcı tazminatlar iki amaca hizmet ederler: davalının gelecekte yapabileceği suiistimallere karşı cesaretlerini kırmak ve davalıyı cezalandırmak. Yani cezalandırıcı tazminatlar ceza hukuku ve hukuki mesuliyet arasında bir yerde bulunmaktadır.<sup>5</sup>

Ancak, cezalandırıcı tazminatlar, tesadüfen de olsa, telafi edici bir rol de oynamaktadır. Her ne kadar bu tazminatlar davacılarımıza ödeniyorsa da (bazı eyaletlerin bu tazminatların eyalet hazinesine ödenmesine karar vermeye başlamalarına rağmen), avukatların, yükümlülük çok açık olsa dahi, aksi takdirde çok az para kazanabilecekleri davaları da almaları için teşvik etmektedirler. Birleşik Devletler'de, pek çok dava koşullu vekillik sisteminde açılmaktadır (avukatlar genellikle tazmina-

---

<sup>5</sup> Cezalandırıcı tazminatın doğası, kapsamı, ve (tartışmalı) gerekçeleri hakkında muazzam ve genellikle yerici bir literatür bulunmaktadır. Konuyla ilgili genel bir tanıtım ve bu konu hakkındaki tartışmalara ulaşmak için bakınız Dorsey D. Ellis, Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. CAL. L. REV. 1 (1982).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tın üçte birini almaktadırlar), bu da bir cezalandırıcı tazminat olasılığının, bunun olmaması halinde açılmayacak bir davanın açılmasına yol açması demektir.

Buradaki amaç, davalıyı cezalandırmaktır, bu da tazminatların neden bu kadar fazla olduğu - her ne kadar sizlerin duyduğunuz multi milyon dolarlık durumlar oldukça nadir olsa da- açıklamaktadır. Dahası, ABD Yüksek Mahkemesi; Amerikan Anayasası'nın 14 üncü değişikliğinin, yargı sürecinin kullanımı maddesi ile ilgili olarak pek çok karar yayımlayarak konuya ağırlığını koydu. Kısacası, bunların telafi edici tazminatlarla makul (ama belirsiz) bir ilişkide olmaları gerekmekte ve davacının, gerçekten davalının davranışı nedeniyle dava açtığını düşündürmelidirler. Ancak jürilerin kötü davranışın ağırlığını göz önünde bulundurma hakları bulunmaktadır.<sup>6</sup>

Telafi edici tazminatlar konusuna geri dönersek, bir sonraki aşama, hesaplamanın nasıl yapılacağı konusudur. Tazminatın bazı öğelerinin hesaplanması kolaydır. Biz ABD'de bu tarz tazminatlara "özel tazminatlar" adını veriyoruz -bunlar uğranan zararın kolaylıkla parasal değerinin hesaplanabildiği zararlar- dır. Mesela; bir araba kazasında yaralanan bir kimsenin hastane faturaları, doktor faturaları ve ücret kayıpları buna örnek olabilir. Her ne kadar tazminat tutarları oldukça yüklü olabilese de, sıklıkla "genel tazminatlar" ya da genellikle "manevi tazminatlar" olarak anılan tazminatlar ise dava açılmasını teşvik eden ve değerlendirme sorunları yaşanan tazminat türleridir.

Şu sorulabilir: Travmatik bir kaza, bir tıbbi hata ya da uzun süreli zehirli bir maddeye maruz kalma sonucunda ortaya çıkan bir ıstırapın parasal karşılığı ne kadardır? Ya da ıstıraptan öte, kayıp bir uzvun değeri ne kadardır? Hayatı zevkli kılan

---

<sup>6</sup> Rehberler in BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559, 574-75 (1996). tarafından hazırlanmıştır. Cezalandırıcı tazminat hakkında Yüksek Mahkeme'nin kafa karıştırıcı kararları hakkında güvenilir bir tartışma için bakınız Jean M. Eggen, Punitive Damages and the Public Health Agenda, in RECONSIDERING LAW AND POLICY DEBATES: A PUBLIC HEALTH PERSPECTIVE, (John G. Culhane ed.) at 221, 227-232 (paperback edition 2014).



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bir müzik aleti çalabilmek, yürüyüş yapabilmek ya da benzeri etkinlikleri yapamamanın parasal karşılığı nedir?

Bunlar değer biçilmesi çok zor olan ekonomik olmayan kayıplardır ve bu nedenle bazı ciddi davalarda tazminatların birçok milyon dolar seviyesine çıkması da şaşırtıcı değildir. Bir doğum uzmanının ihmali nedeniyle ciddi beyin hasarları olan çocuklar, ya da ihmalkâr bir sürücü yüzünden ezilen ve hayatları boyunca tekerlekli sandalyeye mahkûm olan kişiler gibi diğer hayat değiştiren sonuçları olan olaylar sarsıcı hasarlar oluşturmaktadırlar.

Doğal olarak, bu tür davalarda sanık durumda olan sigorta şirketleri ve doktorlar, eyalet yasama organlarına, konu ile ilişkili olarak gördükleri iki önemli sorun ile ilgili olarak lobi faaliyetleri yapmaktadırlar. İlk olarak, ödenen tutarlar (onların bakış açısına göre) çok yüksektir. İkincisi, bu tür durumlarda tazminat tutarının hesaplanması çok zor olduğundan, ortada bir belirsizlik söz konusu olup, bu da tutarları yükseltmektedir. Belirsizlik ve diğer faktörler, tazminatın metodunun ve kapsamının değiştirilmesi için iki geniş girişim yapılmasına yol açmıştır.<sup>7</sup>

- Bunlardan ilki, en yaygını ve etkin olanı, ekonomik olmayan tazminatların -manevi tazminatların- bir üst sınır konularak düşürülmesidir. ABD eyaletinin üçte birinde bir limit ya da üst sınır bulunmaktadır; sadece 17'sinde böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Elbette bu limitler değişiklik göstermektedir ve genellikle 5 milyon doların altındadır. Bazen bu üst sınırlamalar her sanık için ayrı ayrı uygulanır, ancak bazen de tüm zararlar için toplu bir üst sınır da uygulanabilir. Hatta bazen tazminat tutarı, zarar gören kişinin eşinin ayrıca yapacağı bir maddi kayıp iddiasını da kapsamaktadır. Birkaç eyalet yüksek mahkemesi bu üst sınırların,

<sup>7</sup> Haksız fiil reformunun iki formu hakkındaki tartışma pek çok kanun ve hukuki yorumun konusu olmuştur. Konuyla ilgili iyi bir tanıtım için bakınız F. Patrick Hubbard, *The Nature and Impact of the 'Tort Reform' Movement*, 35 Hofstra L. Rev. 437 (2006).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

jüri yargılaması isteme hakkını ifade eden eyalet anayasa hükümlerini ihlal ettiğinden anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Ama bazı eyaletler bunlara, mahkemelerin sorgulama hakkı olmayan bir hukuki düzenleme olduğu gerekçesiyle izin vermişlerdir.

- Diğer bir büyük değişiklik ise ortak sorumluluk kuralı hakkında olmuştur. Bu kurala göre, davacının bölünemez bir zarar görmesine neden olan müşterek eylemlerden sorumlu olan sanıklar, ayrı ayrı tüm kayıptan sorumlu tutulabilirler. Bir araç kazasına karışan birden fazla fail, ya da işverenin gereken güvenlik donanımını sağlamadığı bir iş yerinde birisinin yaralanmasına neden olan arızalı bir ürünü düşünün. Ortak sorumluluk kuralı, sanıklardan bir ya da daha fazlasının aczi halinde de tam olarak tazminat alınabilmesini sağlaması bakımından davacılar için iyidir. Bu kuralın değiştirilmiş halinde, her sanık, jürinin bu kişi üzerine yüklediği sorumluluk miktarı oranında sorumludur (Bu oran “suçlanma” oranıdır, illiyet oranı değildir. Hepsinin eşit miktarda sorumlu olduğunu düşünüyoruz.) Yeni kural sanıkları korumaktadır, çünkü sanıklardan herhangi birinin aczinin riski artık davacıya geçmektedir.

Bu sözde ‘haksız fiil reformları’ davacılar karşı tek yönlü davrandığından dolayı eleştirilmiştir ve bu çoğunlukla yerinde bir eleştiridir. Ancak şunu da belirtmemiz lazım; haksız fiil sistemi ihmal nedeniyle oluşan zararların tazmini konusunda başarısız kalmaktadır. Bazı gerçek kayıplar ve açık bir ihmal durumu olan vakalar, koşullu vekâlet ücreti sisteminde dava ya dönüşmemektedir. Tazminata hükmedilmesi gereken bazı davalarda bu olmamaktadır, çünkü illiyet bağına kurmak çok zor olabilmektedir (özellikle uzun süre maruz kalma davalarında). Tazminata hükmedilmemesi gereken bazı davalarda ise, jürinin yaralı mağdurlara karşı duyduğu anlaşılabilir sempati nedeniyle de tazminata hükmedilebilmektedir. Ve dava süreci herkes için pahalı, stresli ve belirsizdir.

Haksız Muameleden Tazminat Fonlarına: Birkaç Örnek ve İnceleme

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Haksız fiil sisteminin caydırıcı etkisini korurken zarar görenlerin zararlarının daha etkin bir şekilde tazmin edildiği bir sistem kurabilmeyi isteriz. Ancak, bu problemin çözümü için fazla bir şey yapılmamıştır. Sadece, Amerika Birleşik Devletleri'nde henüz az sayıda, fakat sayıları artmakta olan bazı vakalarda, haksız fiil sisteminin yerini yeni tazminat sistemleri almaya başlamıştır. Genel olarak, bu sistemler haksız fiil sisteminden daha verimli çalışmaktadırlar. Şimdi bu tazminat sistemlerinden bazılarını inceleyelim.

- Bu yöndeki ilk uygulama kusursuz araç sigortasıdır.<sup>8</sup> Bu reform ABD'nin bazı eyaletlerinde, Kanada'nın bazı bölümlerinde ve Avustralya'da denenmiştir. Genel olarak, bu sisteme göre, bu tarz bir sigorta bulundurma şartı bulunun sürücüler, bir araç kazası sonucunda ortaya çıkacak olan zararlardan sorumlu değildirler. Bunun yerine, sigorta, sigortalının ve yolcularının, hangi sürücünün suçlu olduğundan bağımsız olarak bedensel zararlarını kapsamaktadır. (Pennsylvania gibi bazı eyaletler kişilerin bu kusursuzluk sigortası sistemine giriş ya da çıkışlarına izin vermektedir.) Ancak buradaki temel konu kusursuzluk değil, daha genel olarak araç sigortasıdır. Herkesin bu sigortaya sahip olması şart olduğundan -tabi ki bazıları şansını zorlayarak sigorta almayacaktır- sigorta primleri ödendikçe, dava açmak halen mümkün iken, tazminat olasılığı azalmaktadır. Caydırıcılık ise, sigorta şirketlerinin ödenmesi gereken primleri arttırması yoluyla, ikincil olarak sağlanmaktadır.
- Haksız fiil sistemindeki ikinci büyük ayrılık ise, herkesçe iyi bilinen: işçi tazminatı sistemidir<sup>9</sup>. Amerika'daki bu sistem yine haksız fiil sistemi gibi her eyalette bulunan ancak eyaletten eyalete farklılık gösteren bir sistemdir. (Federal Hükümet çalışanlarının yararlanmalarını kapsayan ayrı

---

<sup>8</sup> Konunun detaylı açıklaması için bakınız Gary T. Schwartz, *Auto No-Fault and First-Party Insurance: Advantages and Problems*, 73 S. CAL. L. REV. 611 (2000).

<sup>9</sup> Programın unsurları ve gerekçeleri ile detaylı bir taslak için *What is Workers' Compensation*, CCH-HRCL P 18,800 (C.C.H.), 2012 WL 5468522.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

işçi tazminatları programları olmasına rağmen.) İşçi tazminatları bir tarafta işverenlerin, diğer tarafta da çalışanlar ve sendikaların olduğu bir uzlaşmadan ortaya çıkarak büyümüştür. Haksız fiil doktrininin risk varsayımı nedeniyle, iş sırasında yaralananlar genellikle tazminat almakta zorlanıyorlardı. Ancak bazı mahkemeler, işçilerin işleriyle ilgili riskleri gerçekten gönüllü olarak kabul edip etmediklerini ve işverenlerin -çok da net olmayan bir güvenlik yasasının zamanında- işyerlerini güvenli kılmak için gereken isteğe sahip olup olmadıklarını sorgulamaya başladılar. Böylece 1900 ve 1950 yılları arasında, tüm eyaletler zorunlu işçi tazminat yasalarını hayata geçirdiler. (Sadece Texas eyaletinde işverenin kayıt zorunluluğu bulunmuyor ve işletmelerin üçte biri de kaydolmamış durumdadır.)

İşçi tazminatı sisteminde, çalışanların bir kusurun bulunduğunu ispatına gerek bulunmamaktadır. Yaralanma iş ile ilgili olduğu sürece -tahmin edeceğiniz üzere bu genellikle karar verilmesi çok zor olan bir konudur- çalışan, işçi tazminatı sistemi kapsamındadır. Bu sistemde genellikle sağlık giderleri, engelli kalma ya da uzuv kaybı durumlarında ödemeler yapılmaktadır. Ancak tüm bunlar eyaletten eyalete farklılık göstermektedir. Ve genel itibariyle, son on yıl ve civarında, yaralanan çalışanlara ödenen tazminatlarda düşüş görülmektedir. National Public Radio ve ProPublica tarafından hazırlanan bir rapora göre; yeni bazı tazminat dışı kalan tutarlar, en sonunda vergi mükellefleri tarafından ödenmektedir. Şimdi sizinle rapordan önemli bazı noktaları paylaşmak istiyorum: <sup>10</sup>

- 2003 yılından itibaren, 33 eyaletin yasa koyucuları, işçi tazminatlarının faydalarını azaltan ya da belirli yaralanmalar ve hastalıkların sahiplerinin bu tazminatlara hak kazanmalarını zorlaştıran kanunlar çıkarttılar. Florida ağır yaralı işçilerin tazminatlarını 1994'ten bu yana yaklaşık %65 oranında düşürdü.

---

<sup>10</sup> Michael Grabell & Howard Berkes, The Demolition of Workers' Comp, PRO PUBLICA/NPR, Mar. 4, 2015, available at: <http://www.propublica.org/article/the-demolition-of-workers-compensation>

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- İşçinin nerede yaralandığı önemlidir. Her eyalet kendi sistemini geliştirdiğinden, eyalet sınırının bir tarafı ile diğer tarafı arasında, kesilen bir kolun değeri iki ya da üç kat fark edebilmektedir. Bir göz kaybı için Alabama'da ödenebilecek en yüksek tazminat 27.280\$ iken, bu rakam Pennsylvania'da 261.525\$'dır.
- Pek çok eyalet, yaralı işçilere ödenen tutarları azaltmakla kalmadı, aynı zamanda tazminatları keyfi bir zaman limiti sonunda kesmeye de başladı -- çalışan iyileşmese bile. John Coffell geçen yıl Oklahoma'da bulunan bir lastik fabrikasında belini sakatladıktan sonra, maaşı öyle önemli bir ölçüde düştü ki; o ile ailesi evlerinden tahliye edildiler.
- İşverenler ve sigortacılar, çalışanın ameliyata ihtiyacı olup olmadığı gibi tıbbi kararlara her geçen gün daha fazla müdahalede bulunuyorlar. 37 eyalette, çalışanlar kendi doktorlarını seçemiyorlar ya da işverenleri tarafından hazırlanan bir liste ile sınırlılar.
- California'da, sigortacılar artık eski davaları tekrar açabiliyor ve hastayı hiç görmemiş olan ve hatta o eyalette doktorluk lisansı bile bulunmayan doktorların görüşlerine dayanarak tıbbi yardımları sona erdirebiliyorlar. Bir antrepo kazasında felç olan Joel Ramirez'in ev bakımı yardımı elinden alındı ve sekiz saat süresince kendi dışkısının içinde oturmaya terk edildi.

İşçi tazminatı programı prensipte iyi bir program gibi göründüğünden, bu raporda daha iyi haberler olmasını bekliyorsunuz. Ama işverenler ve sigortacıları bu tazminatları ödemek zorunda kalmazlarsa, çalışma ortamlarını güvenli kılmak için daha az istekli olacaklardır. Ve yine, insanlar bu boyutta kendilerine bakamayacak duruma gelince, ABD'deki sosyal güvenlik programı da dâhil olmak üzere, sosyal güvenlik ağı bu yükü taşımak zorunda kalmaktadır. Eğer bu risk bu şekilde sosyalleştirilecekse, daha açık ve tutarlı bir şekilde yapılmalıdır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ABD’de mevcut olan başka genel tazminat sistemleri de bulunmaktadır, ancak ben burada özellikle iki tanesinden bahsetmek istiyorum - Aşı Tazminat Programı<sup>11</sup> ve 11 Eylül Kurbanları Tazminat Fonu (“VCF”).<sup>12</sup> Her ne kadar finansman kaynakları farklılık gösterse de, bunların her ikisi de federal düzeyde yürütülmekte olan programlardır. Aşı programı her aşının fiyatının içinde olan bir vergi ile finanse edilmekteyken, VCF vergi mükelleflerinin parasını -milyarlarca dolar tutarında- kullanmaktadır.

### Aşı Programı:

- Aşı kaynaklı zararların gerçek giderlerini ve manevi hasarlarını karşılamaktadır.
- Aşılar nedeniyle oluşan yaralanmaların bir listesini tutarak tahminler oluşturmaya çalışmaktadır. Eğer aşı bu listede yer alıyorsa, kişi genellikle tazminat alır. Eğer değilse, tazminat alması çok zordur. Liste epidemiyolojik veriler değişikçe güncellenmektedir.
- Konuyla ilgili davalara, uzmanlaşmış bir “aşı mahkemesi” bakmakta olup; aşı kaynaklı bir zarar gördüğünü iddia eden kişilerin öncelikle bu mahkemeye başvurmaları gerekmektedir; sonrasında “normal” bir mahkemeye itiraz edilebilmektedir.
- Her ne kadar aşı kaynaklı yaralanmalar çok nadir de olsa, bu tüm toplum tarafından paylaşılmakta olan bir risk olduğundan, programın maliyeti de yine tüm toplum tarafından paylaşılmaktadır.

---

<sup>11</sup> The National Childhood Vaccine Injury Act of 1986 (Public Law 99-660) created the National Vaccine Injury Compensation Program (VICP) in 1988. 42 U.S.C. Chapter 6A (2015).

<sup>12</sup> Makalede detaylı olarak tartışıldığı üzere, VCF iki hukuki elemandan oluşmaktadır. Bunlardan ilki 2001 yılında yasalaşmış ve birkaç yıl sonra bitirilmiştir. İkincisi 2011 yılında hayata geçmiş ve günümüzde de halen aktiftir. Programın resmi web sitesi: <http://www.vcf.gov/genProgramInfo.html> (site visited July 13, 2015).

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

### Kurban Tazminat Fonu:

- ABD'deki 11 Eylül 2001 saldırılarından çok kısa bir süre sonra hayata geçirildi.
- Aslında iki ayrı yasa ile oluşturulmuştur. Bunlardan ilki, 2001 yılında, saldırıda ölenlerin ya da yaralananların aileleri için kurulmuştur. Her dava için üst limiti olmayacak şekilde oluşturulmuştu, ancak belirli sayıda insan yararlanabildiği için kendiliğinden doğal bir limiti oluştu. Veri mükelleflerine toplam maliyeti 8 milyar dolardır.
- 2010 yılında, Kongre 11 Eylül olayları ile ilgili yeni bir tazminat yasası geçirdi (Zadroga Yasası, 2011 yılından itibaren geçerli.) Başlangıçta, yeni yasayı iki önemli bileşenine ayırmak önemlidir. 4,3 milyar dolarlık bu fonun, 1,8 milyar doları Sıfır Noktası'nda ortaya çıkan enkaz ve zehirli tozu içine çeken ya da bir şekilde bunlara maruz kalanların tedavisi ya da izlenmesine ayrılmıştır. 1.8 milyar dolar tedavi maliyetinin çoğunu kapsayacak ve New York şehri de geri kalanını sağlayacaktır. Yasanın bu kısmına itiraz etmek zor. Şehir yönetiminden tüm maliyete katlanmasını istemek mantıksız ve çalışanların tıbbi bakımları hem hakkaniyet gereği hem de akdi bir yükümlülük olduğundan, bu kanunun yıllar önce yürürlüğe sokulmamış olması asıl şaşırtıcı olan konudur.
- Hak vermekte zorlanılan kısım, fonda kalan daha yüksek tutar olan 2,5 milyar dolar, bu rakam Sıfır Noktası'nın toksik yangın sıcağı nedeniyle uzun vadeli yaralanmalardan mustarip olan herkese (sadece ilk yardım ekiplerinin değil) ayrılmıştı. İlk VCF'de olduğu gibi, neden bu büyük çaptaki sosyal riske maruz kalan kurbanlara tazminat ödenirken, benzer yaralanmalara maruz kalmış olan ve sorunlarıyla sadece zayıf ve genellikle yetersiz kalan sosyal güvenlik ağı vasıtasıyla başa çıkmaya çalışan kişilere tazminat ödenmediğini sormak makuldür.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu fonlara ek olarak, davacıların, belirli bir faaliyet sırasında yaralananlara tazminat sağlamak için kendi fonlarını oluşturmaları da elbette mümkündür. Bu tarz fonlar uzun süren davaları önleyebilir ve tazminat talebi süreçlerini hızlandırabilir - ve böylelikle tazminatın kurbanlar tarafından alınması sürecini de hızlandırabilir. Genellikle bu fonlar davacıların kategorilerine göre oluşturulur ve uğranan hasarın türü ve ölçüsüne bağlı olarak farklı derecelerde tazminat hakkı sunar. Örneğin, Ulusal Amerikan Futbolu Ligi, eski oyuncularını ile kariyerleri boyunca yaşadıkları tekrar eden travmalara bağlı beyin hasarlarının tazmini konusunda bir anlaşmaya vardı.<sup>13</sup> Anlaşma farklı hasarlara göre farklı tazminat tutarları öngörmektedir. Başka bir örnek ise, BP'nin 2010 yılında neden olduğu Petrol Sızıntısı nedeniyle işyeri sahiplerinin kayıplarının, belli ekonomik şartların yerine gelmesi halinde, karşılanmasını öngören anlaşmadır<sup>14</sup>. Bu tarz anlaşmalar ve bunların ortaya çıkarttıkları fonlar, hatanın çok açık olduğu vakalar (BP davasında olduğu üzere) ya da itiraz etmenin çok akıllıca olmadığı durumlar (NFL vakası gibi) belirli hasarların net bir şekilde sanığın davranışları ile ilişkilendirilebildiği durumlarda gerçek işe yarıyorlar.

### Birkaç Sonuç Açıklaması

Özel davacılar tarafından fonlanan haksız fiil sistemi, uzun süre boyunca kusur kaynaklı yaralanmaların tazmininde kullanılan baskın metot olmuştur. Ancak son yıllarda bu sistem kuşatma altındadır. Sözde "haksız fiil sistemi reformları" çabaları, bu maliyetleri kurbanların ya da daha geniş açıdan bakarsak toplumun üzerine yıkmaya çalışanlara bir fırsat vermiştir. Ayrıca, bu son kanunlar dışında, son zamanlarda haksız fiil

---

<sup>13</sup> In Re National Football League Players' Concussion Injury Litigation, Amended Settlement Agreement, available at: <https://www.nflconcussionsettlement.com/ViewPDFDoc.aspx> (site visited July 10, 2015). No money can be paid out, however, until the current appeal of the settlement by dissatisfied former players is resolved.

<sup>14</sup> Bakınız John Culhane, Pay Up, BP!, SLATE, May 19, 2014, [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2014/05/gulf\\_coast\\_oil\\_spill\\_settlement\\_bp\\_should\\_pay\\_up.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2014/05/gulf_coast_oil_spill_settlement_bp_should_pay_up.html)



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sisteminin zarar gören tarafların zararlarının tazmininde yeterince başarılı olmadığı şekilde bir görüş oluştu.

Böylece, birçok farklı yeni tazminat sistemi ortaya çıktı. Bu çalışma söz konusu sistemlerin pek çok örneğini içermektedir ancak bunların zengin çeŐitliliđi nedeniyle genel bir değerlendirme yapmak zordur. Yine de, tazminat programlarının, oluŐturulma süreçlerine yön veren süreçler ile tutarlı olmalarına, kendilerini haksız fiil sistemine göre daha ucuz ve daha az zaman alan sistemler olarak tanıtmalarından, pratikten ziyade, teoride daha makul oldukları düşünülebilir.



# COMPENSATION FOR PERSONAL INJURIES IN ANGLO-AMERICAN (MOSTLY U.S.) LAW

*Professor John. G. CULHANE*

In 2015, it is largely misleading to speak generally of the rule and principles of injury compensation in the Anglo-American system, inasmuch as each nation (and, in the United States, each *state*) has developed its own variations, over a centuries-long period of time. The observations that follow are mostly drawn from jurisdictions within the United States. Mostly, we will deal with the tort system, which people typically (and not inaccurately) think of as the way the law restores the balance between two parties when an injury has occurred. Money damages are a way – a crude and incomplete way, as we shall see – for the law to achieve this goal, often referred to as “corrective justice.”

## *Requirement of damages?*

The first issue that arises is whether damages are even a necessary part of the cause of action. For the most part, they are. But in cases of intentionally caused personal injury, this requirement is sometimes waived. The most common case is battery, defined as the intentional and unprivileged contact with another person. There is a subcategory of this tort called offensive battery – which is exactly as implied by the name.<sup>1</sup> One obtains damages for the offense itself, without the need to show bodily injury. The same is true of false imprisonment, defined as intentional confinement of the plaintiff to a closed area.<sup>2</sup> In this case, though, one needs to show that one was aware of the confinement (thereby emphasizing that these “no harm

---

<sup>1</sup> See Restatement (Second) Torts (1965) § 13 (defining harmful contact); § 18 (defining offensive contact).

<sup>2</sup> *Id.*, § 35.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

required” torts are mostly to protect the plaintiff’s dignity). But even if the injury is intentionally caused, the law is stricter when it comes to emotional distress. If the defendant does not make contact with the plaintiff, but, through “extreme and outrageous conduct,” causes emotional harm, then damages are required, and they must be serious.<sup>3</sup> Courts fear that the difficulty of quantifying emotional harms, and the challenge imposed by policing conduct that falls short of contact, would lead to an excess of liability without a requirement of severe emotional distress.

But for most cases, where the conduct is only negligent (or in cases of strict liability), damage is a requirement. In fact, one of the requirements of negligence is that the plaintiff must suffer damage.<sup>4</sup>

### *Categories of damages*

In most cases, the damages awarded are called “compensatory.” As the name implies, these are to compensate the plaintiff for what’s happened, or, as is commonly said, to restore the plaintiff to the pre-injury position. In the simplest case, as where an easily valued piece of property is destroyed, it is simple to accomplish this restoration. The defendant can just pay the value of the item at the time and place of destruction. And even in personal injury cases, some of the harms are easily calculable; say, lost wages and hospital bills. But most of the time, it is not simple to assess damages— as I will explain, presently.

Punitive damages could be the subject of a separate talk. Inasmuch as my topic is *compensating* the plaintiff, one might say that punitive damages are ruled out, since they are not supposed to compensate the plaintiff at all. But a brief word is in order, for reasons that will become clear.

First, punitive damages are appropriate only in cases where the defendant’s conduct is worse than merely negligent – in

---

<sup>3</sup> Id., § 46.

<sup>4</sup> David G. Owen, *The Five Elements of Negligence*, 35 *Hofstra L. Rev.* 1671, 1672 (2007).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

some places, the conduct must be “grossly negligent,” while in other states it needs to be reckless, which is often define as “the conscious disregard of a known risk.”

When justified, punitive damages are supposed to serve two main purposes: deterring the defendant from future misconduct; and punishing the defendant. So punitive damages occupy a place in the law somewhere between criminal law and civil liability.<sup>5</sup>

Yet punitive damages do serve, perhaps incidentally, a compensatory purpose, too. Since these damages flow to the plaintiff (although some states have started funneling some of them into the state treasury), they provide incentives for attorneys to bring claims that might otherwise be of low value, even when liability is clear. In the United States, most claims are brought on a contingency basis (with the attorney typically pocketing about one-third of any recovery), which means that the prospect of a punitive damage recovery probably leads to some suits being brought that would not be brought otherwise.

The aim is to punish the defendant, so it is easy to see why these damages can be quite high – although the multi-million dollar figures you hear about are in fact quite rare. Moreover, the U.S. Supreme Court has weighed in on the issue, issuing several decisions that use the due process clause of the 14<sup>th</sup> amendment to the U. S. Constitution to limit them. In brief, they are required to be in some reasonable (but unspecified) relationship to compensatory damages, and are only supposed to reflect the defendant’s conduct toward the plaintiff actually suing. Juries are, however, allowed to consider the reprehensibility of the conduct.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> There is a vast and often critical literature on the nature, scope, and (controversial) justifications for punitive damages. A useful general introduction to the subject and the controversies surrounding it may be found in Dorsey D. Ellis, Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 1 (1982).

<sup>6</sup> The guidelines were set down in *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 574-75 (1996). For an authoritative discussion of the Supreme Court’s often confusing decisions on punitive damages, see Jean M. Egen, *Punitive Damages and the Public Health Agenda*, in *Reconsidering*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Turning back to compensatory damages, the next issue involves their calculation.

Some elements of damages are quite easy to calculate. In the U.S., we call these “special damages” – the kind of pecuniary loss that is easily linked to the harm suffered. For instance, someone injured in a car accident might have hospital bills, doctor bills, and lost wages. While such damages can be quite substantial, often the “general damages,” or what is more typically called “pain and suffering,” creates both the incentive to sue and the valuation problems.

One might ask: What is the value of the sheer pain caused by a traumatic accident, by medical malpractice, or by the illness arising from long term, toxic exposure? And beyond pain, what is the value of a lost limb? What is the value of the inability to engage in some of the activities that make life pleasurable, such as playing a musical instrument, hiking, and so on?

These non-economic losses are hard to value, so it is not surprising that, in some of the most serious cases, they can amount to many millions of dollars. Cases involving children who have severe brain injuries because of the negligence of a obstetrician, or who are mangled and must spend their lives in a wheelchair because of a negligent driver, and other life-altering outcomes create staggering general damages.

Not surprisingly, those who are usually defendants in these cases, such as insurance companies and doctors, have lobbied state legislatures extensively to deal with what they see as two related problems. First, the amounts paid are (from their perspective) too high. Second, because they are so difficult to value, they create uncertainty and thereby drive up costs. This uncertainty and other factors have led to two broad attempts to change the method and extent of compensation.<sup>7</sup>

---

Law and Policy Debates: A Public Health Perspective, (John G. Culhane ed.) at 221, 227-232 (paperback edition 2014).

<sup>7</sup> The two forms of tort reform discussed below have been the subject of many statutes and legal commentary. A good introduction to the topic

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- The first, and most common and effective of these, is to reduce non-economic losses – pain and suffering – by imposing a cap. About two-thirds of all U.S. states now have a limit or cap; only 17 do not. These limits vary, of course, by are generally below \$.5 million. Sometimes these caps are specific to each defendant, but sometimes they work as a total cap for all damages. Sometimes they even include the spouse’s separate claim for loss of consortium. A few state supreme courts have declared these caps unconstitutional, by interpreting them as contradicting provisions to the state constitution that declare the right to a jury trial “inviolable.” But most states have permitted them, as an exercise of legislative policy that is not for a court to second-guess.
- Another big change has been to modify the rule of joint liability. Under that rule, defendants whose combined actions cause the plaintiff one indivisible injury can be held liable for the full amount of the loss. Think of multiple actors in a car accident, or a defective product that injures someone in a workplace, where the employer also failed to provide proper safety equipment. The joint liability rule is good for plaintiffs, as it ensures full recovery even if one or more defendants are insolvent. Under the modified rule, each defendant is only liable for whatever share of responsibility the jury places on that person. (This is percentage of “blame,” *not* of causation. We are assuming that all contributed equally in a causal sense.) The new rule favors the defendants, because the risk of insolvency of any one of them now shifts to the plaintiff.

These so-called ‘tort reform’ laws have been criticized as a one-way ratchet against the plaintiffs, and that is mostly an accurate statement. But it is also fair to say that the tort system does a poor job of compensating those injured by negligence. Some cases involving real loss and obvious negligence are not

---

is provided by F. Patrick Hubbard, *The Nature and Impact of the ‘Tort Reform’ Movement*, 35 Hofstra L. Rev. 437 (2006).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

worth bringing, under the contingency fee system. Some cases that should result in recovery do not, because it can be difficult to establish causation (especially in long-term exposure cases). Some cases that should not bring recovery, do, because of understandable sympathy for injured victims. And litigation is expensive, stressful for all, and uncertain.

*From Tort to Compensation Funds: A Few Examples and Observations*

Ideally, we would like to be able to compensate those injured more efficiently, while retaining the deterrent effect of the tort system. In general, not much has been done to address this problem. But in a small but growing number of situations, the United States has begun to supplant tort with compensation systems. In general, these systems work more efficiently than the tort law. Let us consider a few of these compensation systems.

- The first is the move toward no-fault auto insurance.<sup>8</sup> This reform has been tried in some states in the U.S., and in parts of Canada and Australia. Generally, under this system drivers, who are required to carry such insurance, are not liable for damage caused in an auto accident. Instead, the insurance covers bodily injury of the insured and the insured's passengers no matter which motorist is at fault. (Some states allow people to opt in or out of the no-fault system, including Pennsylvania.) But the broader point is not about no-fault, but about car insurance more generally. Since everyone must carry it – of course, some don't and take their chances – when insurance payouts are made, the likelihood of tort diminishes even where filing a lawsuit remains possible. Deterrence is achieved secondarily, through an increase in premiums by insurance companies that have to pay out claims.

---

<sup>8</sup> The issue is explained in detail by Gary T. Schwartz, *Auto No-Fault and First-Party Insurance: Advantages and Problems*, 73 S. Cal. L. Rev. 611 (2000).



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- The much bigger carve-out to the tort system is well-known: workers' compensation.<sup>9</sup> This system in the U.S. is, like almost all of tort law itself, a state-by-state thing, but it is in place in every single state. (Although there are also separate workers' compensation programs for federal employees injured on the job.) Workers' compensation grew out of a compromise reached by employers, on one side, and workers and their unions, on the other. Those injured on the job often had trouble recovering in tort, because of the tort doctrine of assumption of risk. But some courts had started to question whether workers really did voluntarily assume the risks associated with their jobs, and worried that employers – in an era of spotty safety regulation – had enough incentive to keep their workplaces safe. So between around 1900 and 1950, all the states enacted mandatory workers' compensation laws. (Texas is the only state where the employer need not sign up; and about one-third have not.)

The employees under workers' compensation do not need to establish fault. As long as the injury is work-related – an issue itself often difficult to resolve, as one can imagine – the employee is compensated under a workers' compensation model. Generally medical expenses are paid, and payments are made for disabilities, or losses of body parts. These can vary substantially from state to state, however. And in general, compensation has gotten much less generous for injured employees over the past decade or thereabouts. According to a report by National Public Radio and ProPublica, some of the newly uncompensated costs end up being borne by the taxpayers. Here are some of the highlights, directly from the report:<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> For a brief sketch of the elements and justification for the program, see What is Workers' Compensation, CCH-HRCL P 18,800 (C.C.H.), 2012 WL 5468522.

<sup>10</sup> Michael Grabell & Howard Berkes, The Demolition of Workers' Comp, Pro Publica/NPR, Mar. 4, 2015, available at: <http://www.propublica.org/article/the-demolition-of-workers-compensation>

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Since 2003, legislators in 33 states have passed workers' comp laws that reduce benefits or make it more difficult for those with certain injuries and diseases to qualify for them. Florida has cut benefits to its most severely disabled workers by 65 percent since 1994.
- Where a worker gets hurt matters. Because each state has developed its own system, an amputated arm can literally be worth two or three times as much on one side of a state line than the other. *The maximum compensation for the loss of an eye is \$27,280 in Alabama, but \$261,525 in Pennsylvania.*
- Many states have not only shrunk the payments to injured workers, *they've also cut them off after an arbitrary time limit* — even if workers haven't recovered. After John Coffell hurt his back at an Oklahoma tire plant last year, his wages dropped so dramatically that he and his family were evicted from their home.
- *Employers and insurers increasingly control medical decisions, such as whether an injured worker needs surgery. In 37 states, workers can't pick their own doctor or are restricted to a list provided by their employers.*
- *In California, insurers can now reopen old cases and deny medical care based on the opinions of doctors who never see the patient and don't even have to be licensed in the state. Joel Ramirez, who was paralyzed in a warehouse accident, had his home health aide taken away, leaving him to sit in his own feces for up to eight hours.*

Would that there were better news to report, because workers' compensation is in principle a sound program. But if employers and their insurers don't have to pay out, they're going to have less incentive to keep workplaces safe. And again, to the extent that people can't support themselves, the social safety net, including the federal social security program in the U.S., ends up picking up the tab. If the risk is going to be socialized in that way, it should be done more explicitly and consistently.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

There are several other public compensation systems that now exist in the U.S., but I will just mention two – the Vaccine Compensation Program<sup>11</sup> and the September 11 Victim Compensation Fund (“VCF”).<sup>12</sup> Both of these are federally run, although the source of funding for them is slightly different. The Vaccine program is funded by an excise tax on the cost of each vaccine, while the VCF uses taxpayer money – billions of dollars’ worth!

### The Vaccine Program:

- Pays actual expenses and specified pain and suffering damage from any vaccine-related injury.
- Tries to take the guesswork out by creating a table listing injuries presumably caused by vaccines. If vaccine on that list, one usually recovers. If not, it’s very difficult. List updated as the epidemiological data change.
- Created a specialized “vaccine court” that handles the case; those claiming injury must go to that court first; can appeal to “regular” federal court.
- Recognizes that risk of injury from vaccine, though rare, is a social risk that is shared by all, and therefore makes the cost of the program similarly publicly shared.

### The Victim Compensation Fund:

- Established very shortly after September 11, 2001 attacks on the U.S.
- Is actually created by two separate laws. The first, established in 2001, was for families of those killed, and to those

---

<sup>11</sup> The National Childhood Vaccine Injury Act of 1986 (Public Law 99-660) created the National Vaccine Injury Compensation Program (VICP) in 1988. 42 U.S.C. Chapter 6A (2015).

<sup>12</sup> As more fully discussed in the text, the VCF is actually two separate legal entities. The first was enacted in 2001, and closed several years later. The second went into effect in 2011, and remains operative today. The official government website explaining the program is at: <http://www.vcf.gov/genProgramInfo.html> (site visited July 13, 2015).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

injured, by the attacks. It established no real limits on recovery in each case, but was naturally limited because it applied to a limited pool of people. The total expenses to taxpayers were about \$8b.

- In 2010, Congress passed a new compensation law (the Zadroga Act, effective in 2011) relating to the events of September 11. At the outset, it's important to separate out the two major components of the new law. Of the \$4.3 billion set aside for this Fund, \$1.8 billion is earmarked for the treatment and monitoring of those who inhaled or were otherwise exposed to the debris and toxic dust at Ground Zero. The \$1.8 billion will cover most of the cost of treatment, and New York City will pick up the rest. It's hard to argue with that piece of the law. It is unreasonable to ask the City to bear the cost alone, and since medical care of public employees is a matter both of fairness and of contractual right, it's only surprising that this provision wasn't enacted years earlier.
- The more difficult part to justify is the other larger, amount of money: \$2.5 billion for economic compensation for anyone (not just first responders) who suffers long-term injury from exposures to Ground Zero's toxic stew. As with the first VCF, it is fair to ask why these victims are compensated for what was, ultimately, a social risk, to such a great extent, while others with similar injuries are made to bear them with only a thin and often inadequate social safety net.

In addition to these publicly established funds, it is of course possible for litigants to establish their own funds to compensate those injured by a particular activity. Such funds avoid protracted litigation, and can expedite the processing of claims - and, therefore, the receipt of money by the victims. Often, these funds establish categories of claimants, entitled to differing levels of compensation depending upon the type and extent of harm suffered. For instance, the National Football League entered into an agreement with former players to compensate them for brain injuries suffered by repeated trauma during the

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

course of their careers.<sup>13</sup> The settlement lists different types of injuries for which recovery may be obtained. Another example is the settlement reached in a class action arising out of the BP Oil Spill from 2010, which compensates business owners for losses if certain economic markers are met.<sup>14</sup> Such settlements, and the funds they establish, work particularly well in cases where fault is obvious (as in the BP case) or not wise to contest (as in the NFL case), and where certain damages can be reliably linked to the defendant's conduct.

### *A Few Concluding Remarks*

The tort system, funded by private litigants, has long been the dominant method of recovery for wrongfully inflicted injuries. In more recent years, though, the system has come under siege. So-called "tort reform" efforts have allowed those who cause harm to shift the costs of that harm to the victims, or to society at large. Moreover, even aside from these recent enactments, it has lately come to be recognized that tort does a poor job of compensating injured parties.

Thus, several different kinds of compensation systems have been put into place. This paper has provided several examples of such systems, but their rich diversity makes an overall assessment difficult. Nonetheless, to the extent that compensation programs are consistent with the conduct that drives their creation, they recommend themselves as cheaper, less time-consuming alternatives to a tort system that appears to be better justified in theory than in practice.

---

<sup>13</sup> In Re National Football League Players' Concussion Injury Litigation, Amended Settlement Agreement, available at: <https://www.nflconcussionsettlement.com/ViewPDFDoc.aspx> (site visited July 10, 2015). No money can be paid out, however, until the current appeal of the settlement by dissatisfied former players is resolved.

<sup>14</sup> See John Culhane, Pay Up, BP!, Slate, May 19, 2014, at: [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/jurisprudence/2014/05/gulf\\_coast\\_oil\\_spill\\_settlement\\_bp\\_should\\_pay\\_up.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2014/05/gulf_coast_oil_spill_settlement_bp_should_pay_up.html)



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Açış Oturumu*  
*Soru-Cevap Bölümü*





**Prof. Dr. Erdal ONAR (Oturum Başkanı)-** Profesör Culhane'e bu tebliği için çok teşekkür ederiz. Şimdi bu bir açış oturumuydu biliyorsunuz. Esas birinci oturum bunu hemen izleyecek. Şimdi buradaki programa baktığımda, öğleden sonraki ikinci oturum ise, birinci değil ikinci oturum ise 14.30'da başlayacak. Dolayısıyla birinci oturum öğleden evvel yapılması gereken hayli geniş kapsamlı, beş değerli sunucu var. Onun için sadece çok kısa bir-iki soru almakla yetinmek durumundayım. Aksi halde çok ciddi bir sarkma olacak.

Bunu özellikle belirttikten sonra, sorusu olan varsa adını soyadını ve hangi kurumdan olduğunu da bildirirse makbule geçer. Galiba bu cesaret kırıcı oldu bu baştaki uyarım. Var mı?

**Av. Necip ŞENER (İstanbul Barosu)-** Özellikle İstanbul'dan iki arkadaşla beraber sizi dinlemeye geldik hocam. Sorum, biraz önce bahsettiniz, doktrinde tarafız dediniz, ama uygulamada yok dedik. Yüzde 100 malul olanlar için destekten yoksun kalma tazminatı. Hem size hem de değerli hocamıza aynı soruyu yöneltmek istiyorum. Kanunda ölümü bağlamış, eski kanunda özellikle, fakat yüzde 100 maluliyette zaten ailesine veyahut da kardeşine destek olduğu kişilere desteğini kaybediyor. Bununla ilgili bir yasal düzenleme yapılacak mı veyahut da Yargıtay görüş değişikliğine giderek böyle tazminatlara hükmedecek mi yakın tarihte? Sizin fikriniz nedir?

**Prof. Dr. Erdal ONAR (Oturum Başkanı)-** İki değerli konuşmacıya da sunduğunuza göre, önce Sayın Eren hocama ben sözü vereyim.

**Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Yansımaya yoluyla maddi zararda belki söz konusu olabilir. Tabii yüzde 100 çalışma gücünü kaybetmiş bir kişinin kendisi zaten tazminatını ya bir defada sermaye olarak ya da irat şeklinde almakta. Baktıkları kişiler yönünden bir yansımaya yoluyla belirli oranda bir yardım olabilir. Demin zaten ondan bahsettim.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Tabii bunun miktarı ne olmalıdır? Bu artık sosyal yardımlar, sosyal bakımlar biraz da anayasamıza göre ekonomik devletin ve zarar verenlerin, belki zarar verende bu aranmaz, ama ekonomik gücü olmayan kişinin tam yansıma yoluyla desteğinden yoksun kalan tüm kişilerin bu şekilde yansımali bir zararını tazmin etmesi de biraz zor. Ama belirli oranda düşünülebilir.

**Prof. Dr. Erdal ONAR (Oturum Başkanı)-** Teşekkür ederiz. Açış oturumunu burada... Peki, buyurunuz efendim.

**Av. Birsen DÖNMEZ (Sosyal Güvenlik Kurumu)-** Bizde iş kazasını uğrayan sigortalımız hem kurumdan yardım almakta, hem de Sosyal Güvenlik Kurumunun ilk peşin sermaye değerli gelirini kusur oranına isabet eden miktarı dışında da tazminat olarak almaktadır. Ben Sayın Dr. John Culhane'a sormak istiyorum. Kendi haklarında acaba sosyal güvenlik kurumundan herhangi bir yardım alan kişinin ki, özel sigorta dışında tazminat hakkı bulunmakta mıdır?

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Erdal ONAR (Oturum Başkanı)-** Evet açış oturumunu ben burada sonlandırıyorum. Her iki konuşmacıya da çok teşekkür ederim. Programın bundan sonraki akışı hakkında pek bir bilgim yok. Yalnız Sayın Başkan bu arada bir Ebru sergisini ziyaretten söz etmişti. Acaba kast ettiği bu ara mıydı?

Çok teşekkürler efendim. (Alkışlar)

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

---

*Birinci Oturum*

*“Borçlar Hukuku Yönünden Bedensel  
Zararların Tazmini Esasları”*



**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Çok değerli konuklar, bu birinci oturumumuza hoş geldiniz diyorum tekrar. Biraz önceki açış oturumunun akabinde bu birinci oturumumuza başlatacağız.

Çok değerli konuklarımız var, çok önemli konularda bizleri aydınlatacaklar gerçekten. Şimdi ilk önce Sayın Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'ndan ben rica edeceğim konuşmasını. *“Doğal afetler nedeniyle oluşan bedensel zararlar da bina ve yapı malikinin sorumluluğuyla, yapıyı inşa eden yüklenicinin sorumluluğu.”* Sayın hocama emekli dediler, ama İstanbul Üniversitesinden efsanevi demek istediler herhalde hocası, bizim de hocamız.

Buyurun hocam.



**DOĞAL AFETLER  
NEDENİYLE OLUŞAN BEDENSEL  
ZARARLARDA BİNA VE YAPI MALİKİNİN  
SORUMLULUĞU İLE YAPIYI İNŞA EDEN  
YÜKLENİCİNİN SORUMLULUĞU**

*Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU*

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

- 1) Bilindiği üzere 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu bir devrim (tabula rasa) amacından çok, bir reform amacını taşımaktadır. Bu bağlamda, dikkatli her okuyucunun kolaylıkla ayırt edebileceği gibi, önceki 818 sayılı BK.'nun sistemiği ve kurumları büyük ölçüde muhafaza edilmiştir. Yeni kanunun hazırlanması sırasında yine kaynak İsviçre Hukuku'ndaki gelişmeler irdelenmiştir.
- 2) Bu çalışmanın temelinde yer alan TBK'nun 69. maddesi, 818 sayılı BK.'nun 58. maddesinde yer verilmiş olan düzenlemeyi, bazı değişikliklerle tekrarlamış bulunmaktadır. Bu değişikliklerin en önemlisi hiç kuşkusuz, sorumlu tutulabilecek kişilere intifa hakkı sahipleri ile oturma hakkı sahiplerinin eklenmesidir.
- 3) Öğreti ve uygulamaya göre, önceden olduğu gibi yeni 58. maddede düzenlenmiş olan sorumluluk ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluktur Buradaki kusursuz sorumluluk ağırlaştırılmıştır; çünkü, kural olarak, sorumlu kişi bakımından bir kurtuluş kanıtı getirilmesi öngörülmemiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 4) Sorumlu tutulabilecek olan kişiler arasında, bina veya yapı eseri malikinin yanına, intifa ve oturma hakkı sahipleri eklenmiş olsa da, bu kişilerin sorumlulukları, malike oranla biraz daha hafifletilmiş gibidir. Malik, bina veya yapıdaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden sorumlu iken, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin binanın bakımındaki eksikliklerden sorumlu olacaklardır. Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da, malikin, kural olarak her hal ve karda, bu kişilerle birlikte (müteselsilen) sorumlu tutulduğudur.
- 5) TBK.'nun 69. maddesine göre sorumluluğun şartları şöyle sıralanmaktadır: i) Bir bina veya yapı eserinin bulunması; ii) Binanın veya diğer yapının yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki eksikliğin varlığı; iii) Bir üçüncü kişinin zarara uğraması; iv) Uğranılan zarar ile yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksik arasında uygun nedensellik bağının bulunması; v) Sorumlu tutulmak istenen kişinin, yapılışı veya bakımı yetersiz olan binanın maliki ve/veya intifa ya da oturma hakkı sahibi olması.
- 6) Bina ve yapı eseri ile ilgili olarak şu açıklamalar yapılmaktadır: Binanın en kolay tanımlanabilecek yapı eseri olduğu açıktır. Bina üzerinde fazlaca durmaya gerek yoktur. Bina "insanların, hayvanların veya şeylerin korunmasına veya barınmasına tahsis edilmiş ve insanların girişine açık, etrafı çevrilmiş özel yapı eseri" tanımı yapılmaktadır Yapı eseri de şöyle tanımlanmaktadır: "Sabit, toprakla doğrudan veya dolaylı olarak bağlılığı olan ve insan eliyle yapılan/ değiştirilen maddeler yapı eseridir" . Bu tanımdan hareketle, diğer yapı eserlerine şu örnekler verilmektedir: reklam tabelaları, köprüler, kanallar, bentler, karayolları, tren ve tramvay rayları, taban döşemeleri, telefon ve elektrik direkleri, su ve elektrik tesisatı, vinçler, inşaat iskeleleri, maden ocakları, banyo küvet ve şofbenleri, su kuyuları, barakalar, asansörler, kaldırımlar, kayak pistleri, otopark giriş çıkışlarına izin veren demir, plajdaki duşa kabin, yüzme havuzları, yakıt tankları .



- 7) 69. maddeye göre sorumluluk koşullarından ikincisi, yani zararın bina veya yapının yapılışındaki bozukluk ve/veya bakımındaki eksiklik hakkında şu gözlemler yapılmaktadır. Burada vurgulanması gereken, bu sorumluluğu doğuracak olan bozukluk ve/veya eksikliğin bina ya da yapı eserinin özgülendiği amaç dikkate alınmaktadır. Örnek, müstakil bir evde yangın merdiveninin yokluğu belki yapımda bozukluk oluşturmaz; ancak, bir iş merkezi veya bir okul söz konusu olduğunda, yangın merdiveninin yokluğu veya yapımındaki bozukluk hiç kuşkusuz sorumluluğun nedeni olabilir. Kamuya açık alanlardaki yapımda bozukluk veya bakım eksikliği irdelenirken, kural olarak daha titiz bir değerlendirme yapılacaktır.

Önceki BK. döneminde, 58. maddenin uygulanması açısından, yapımda bozukluk ile bakım eksikliği arasında net bir ayırım yapılmamaktaydı. Bunlardan herhangi birinin varlığı, sorumluluk için yeterli sayılıyordu. TBK.'nin 69. maddesinin 2. fıkrasının "İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar" içerikli hükmü, yapımda bozukluk ile bakım eksikliğinin karıştırılmaması gerektiği izlenimini yaratmaktadır. Gerçekten, intifa hakkı ve oturma hakkı sahipleri hükmün içeriğine göre, malikten farklı olarak, yalnızca bakım eksikliği nedeniyle sorumlu tutulabilecek gözükmektedirler. Kanımca, bina veya yapı eserinin yapımındaki bozukluk söz konusu olduğunda ister istemez, bakım daha ciddi olmak zorundadır. Bir diğer söyleyişle, intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi her ne kadar, yapımda bozukluk olmasa da, bakım eksikliği nedeniyle sorumlu olacak ise de, malik de yalnızca bakım eksikliğinin varlığı halinde, onlarla birlikte sorumlu tutulacağından, malik açısından, durumda bir değişiklik olmadığı söylenebilir.

- 8) TBK.'nin 69. maddesi bağlamında sorumluluğun üçüncü koşulu olan zarar maddi veya manevi olabilir. Bu kongresinin ana teması bedensel zararların tazmini'dir. Bedensel zararlar da hiç kuşkusuz, bina veya diğer yapı eserlerinin

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yapımındaki bozukluklarından veya bakımındaki eksikliklerden kaynaklanabilir. Bedensel zarar, bedensel bütünlüğün zedelenmesi sonucunu doğurmuş ise, TBK.'nun 56. maddesi uyarınca, manevi tazminat da gündeme gelebilecektir.

- 9) TBK.'nun 69. maddesi bağlamında sorumluluğun, tüm diğer sorumluluklarda olduğu gibi, olmazsa olmaz koşullarından biri de yapıdaki bozukluk ve/veya bakımdaki eksiklik ile, uğranılan zarar arasında uygun nedensellik bağının mevcut olmasıdır. Öğretide ve uygulamada, uygun nedensellik bağının varlığı yönünde herhangi bir karine olmadığı; zarara, binanın veya diğer bir yapının yapısındaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin neden olduğuna ilişkin ispat yükünün zarar görene ait olduğu kabul edilmektedir .

Burada vurgulanması gereken, bu sorumluluğu doğuracak olan bozukluk ve/veya eksikliğin bina ya da yapı eserinin özgülendiği amaç dikkate alınmaktadır. Örnek, müstakil bir evde yangın merdiveninin yokluğu belki yapıda bozukluk oluşturmayabilir; ancak, bir iş merkezi veya bir okul söz konusu olduğunda, yangın merdiveninin yokluğu veya yapımındaki bozukluk hiç kuşkusuz sorumluluğun nedeni olabilir. Kamuya açık alanlardaki yapım bozukluğu veya bakım eksikliği irdeleirken, kural olarak daha titiz bir değerlendirme yapılacaktır.

Önceki BK. döneminde, 58. maddenin uygulanması açısından, yapım bozukluğu ile bakım eksikliği arasında net bir ayırım yapılmamaktaydı. Bunlardan herhangi birinin varlığı, sorumluluk için yeterli sayılıyordu. TBK.'nun 69. maddesinin 2. fıkrasının "İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar" içerikli hükmü, yapım bozukluğu ile bakım eksikliğinin karıştırılmaması gerektiği izlenimini yaratmaktadır. Gerçekten, intifa hakkı ve oturma hakkı sahipleri hükmün içeriğine göre, malikten farklı olarak, yalnızca bakım eksikliği nedeniyle sorumlu tutulabilecek gözükmektedirler. Kanımca, bina veya yapı eserinin yapımındaki bozukluk söz konusu olduğunda ister istemez, bakım daha ciddi olmak zo-

rundadır. Bir diğer söyleyişle, intifa hakkı veya oturma hakkı sahibi her ne kadar, yapım bozukluğu olmasa da, bakım eksikliği nedeniyle sorumlu olacak ise de, malik de yalnızca bakım eksikliğinin varlığı halinde, onlarla birlikte sorumlu tutulacağından, malik açısından, durumda bir değişiklik olmadığı söylenebilir. Hemen belirteyim, aslında bu ayırım bir ölçüde yanıltıcıdır. Gerçekten, bina veya diğer yapı eserinde bir yapım bozukluğu mevcut idiyse, bakım bu bozukluk dikkate alınarak tanımlanacaktır. Bir diğer anlatımla, yapım bozukluğu söz konusu olduğunda, bu bozukluk varken, yeterli bakımın yapılmasının mümkün olabilip, olamayacağı en azından tartışmalıdır.

Zarar gören, üzerine düşen bu ispat yükünü yerine getirdiğinde, yani, binanın yapılışında bir bozukluk ve/veya bakımındaki bir eksiklik bulunduğunu kanıtladığında, olayların büyük çoğunluğu bakımından aslında bina malikinin (veya intifa ya da oturma hakkı sahibinin) kusurlu olduğunu da ortaya koymuş olmuyor mu? Öyle ya, zarara yol açan binanın maliki isem, normal şartlarda, bu binanın yapılışındaki bozuklukları bilmem gerekmez mi? Yine, malik (veya intifa ya da oturma hakkı sahibi) binanın bakımında bir eksiklik varsa, normal şartlarda binaya gereği gibi bakılmadığından kusurlu olmayacak mıdır?

İspat yükü ister zarar görene, ister malike (intifa hakkı veya oturma hakkı sahibine) düşsün, yapımda bir bozukluk ve/veya bakımda bir eksiklik olmadığı kanıtlandığı takdirde, sorumluluğu olmazsa olmaz koşullarından biri mevcut olmayacağından sorumluluktan söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda, nedensellik bağının yokluğundan veya kesildiğinden mi söz edilecektir?

10) TBK.'nun 69. maddesinde düzenlenen sorumluluğun son koşulu olan sorumlu tutulacak kişinin binanın veya diğer yapı eserinin maliki veya intifa hakkı ya da oturma hakkı sahibi olması ile ilgili olarak, yeni düzenlemenin malikin yanına bu diğer hak sahiplerinin de eklenmesi nedeniyle önceki BK.'nun 58. maddesinden ayrıldığını bir kez daha

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

vurgulamakla yetineceğim. Lûtfen dikkat buyurulsun; malik gerek yapım bozukluğu, gerekse bakım eksikliğinden her hal ve karda sorumlu olacak iken, intifa hakkı sahibi ile oturma hakkı sahibinin sorumluluğu yalnızca bakım eksikliğinde gündeme gelecektir.

- 11) Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, kamu tüzel kişilerinin TBK.'nun 69. maddesi bağlamında sorumlu tutulabilip tutulamayacağıdır. Özel hukuk tüzel kişilerinin sorumluluğu konusunda herhangi bir sorun yoktur . Örneğin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2000 t. ve E: 5324, K. 5898 sayılı kararında bir elektrik dağıtım şirketinin yapı eserleri nedeniyle kusursuz sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Özel hukuk tüzel kişileri lehine intifa hakkı tesis edilebilir, intifa hakkı sahibi konumu ile sorumluluk gündeme gelebilir. Buna karşılık, oturma hakkı tüzel kişiler lehine kurulamaz .

Kamu tüzel kişilerinin, özel hukuk alanındaki işlem ve eylemleri özel hukuka tabidir. İdarenin özel hukuka tabi bina ve yapı eserleri bakımından TBK.'nun 69. maddesi uyarınca sorumluluğu açıktır. Kamu tüzel kişilerinin kamu emlaki niteliğindeki bina ve yapı eserleri açısından TBK.'nun 69. maddesine göre sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Baskın görüş, bir kamu kuruluşu tarafından, kamu yasaları uyarınca yapılmış olan tesislere bakma ve o tesisleri kullanma yükümlülüğü kamu yasalarından doğan bir yükümlülüktür; yani, malik olmaya dayanmaz (BAŞ, age, s. 147 dn 628: Y. 17 HD.'nin 28.12.2004 t. ve E. 6630, K. 14233). 11.02.1959 t. ve E. 17, K. 15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da, bu yöndedir ve uğranılan zararların idari yargıda görülmesi gerektiğini belirtmiştir (BAŞ, s. 147, dn 629).

- 12) Tüm haksız eylem sorumluluğu hallerinde olduğu gibi, TBK.'nun 69. maddesi bağlamında da, mücbir sebep, üçüncü kişinin fiili veya zarar görenin fiili uygun nedensellik bağımlı kesebilir.
- 13) Yine, tazminatın belirlenmesi aşamasında, TBK.'nun 50 ila 52. maddeleri uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak, zarar

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

görenin kusuru, nedensellik bağıını kesecek kadar güçlü olmasa da, tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi olarak dikkate alınacaktır.

- 14) TBK.'nun 69. maddesi bağlamındaki sorumluluk konusunda, tüm haksız fiiller için geçerli olan TBK'nun 72. maddesinin 2 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Belirteyim ki, Borçlar Kanunu Tasarısı'nı hazırlayan komisyon, 1 yıllık zamanaşımı süresini 2 yıla çıkarmanın yanı sıra, on yıllık zamanaşımı süresini de 20 yıla çıkarmış idi. Adalet komisyonunda 20 yıllık süre 10 yıla indirildi. Burada asıl önemli olan, 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anının belirlenmesidir. Önceki BK.'nun 60. maddesine on yıllık zamanaşımının başlangıcının zararı müstelzim fiil olarak gösterilmiş olmasından hareketle, özellikle deprem zararları kapsamında, Yargıtay zarar doğmadan zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacağını kabul etmiş idi. Komisyon, hatalı yorum olarak nitelendirdiği bu görüşe son vermek amacıyla, zararı müstelzim veya yeni Türkçe karşılığı sözcüklere yer vermedi ve açıkça fiilin işlendiği tarih ibaresine yer verdi.

Zamanaşımı çerçevesinde vurgulanması gereken 2. nokta ise, bakım yükümlülüğünün devamlılığıdır. Bir diğer anlatımla, bina veya yapı eserine bakım yükümlülüğü sürekli olduğundan, zamanaşımını başlatacak olan eylem de yine sürekli olacaktır.

Nihayet, yapım bozukluğunun bir başına bakım eksikliği aranmaksızın dikkate alınabileceği hallerin de son derece sınırlı olacağı kanısındayım. Gerçekten, belli bir tarihte bozuk bir şekilde yapılmış olan bir binanın, maliki tarafından hiç kullanılmamış olması halinde bile bakım eksikliğinden söz edilecektir. Bakım eksikliği bile yeterli olduğuna göre, bakım yokluğu evleviyetle bu sorumluluk için yeterli olacaktır.

- 15) Doğal afetler nedeniyle TBK.'nun 69. maddesi bağlamında sorumluluğu gerektirecek bedensel zararlar konusu, bu sorumluluk çerçevesinde oluşabilecek diğer zararlara göre bir özellik arz etmemektedir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Doğal afetler bir mücbir sebep oluşturdıkları takdirde, zarar görenin veya üçüncü kişinin önemli kusurlarında olduğu gibi, bina veya diğer yapı eserinin yapımındaki bozukluk ve/veya bakımındaki eksiklik ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağı kesebilir. Uygun nedensellik bağı, tüm diğer sorumluluklarda olduğu gibi, TBK.'nun 69. maddesi bağlamındaki sorumlulukta da, olmazsa olmaz koşuldur. Hemen belirtiyim, uygulamada doğal afetlerin uygun nedensellik bağı kesmesi kolay kolay kabul edilmemektedir. Doğal bir afetin, bir bina veya diğer yapı eserinin yıkılmasına yol açması halinde, bu bina veya diğer yapı eserinin yapımında bir bozukluğun veya bakımında bir eksikliğin varlığı halinde, doğal afetin rolü dikkate alınmamaktadır.

Ülkenin yaşadığı en büyük felaketlerden olan 17 Ağustos 1999 tarihli 7.4 şiddetindeki depreme bile bu nitelik tanınmamıştır. Bu konuda yüzlerce karar vardır. Deprem davalarında, binaların yapımında bozukluğun varlığı kabul edilmiştir. Bu örneklerin yanı sıra şunlara da yer verilebilir:

Y. 11. HD.'nin 20.02.2007 t. ve E: 2005/ 11830, K. 2007/ 3191 sayılı kararına konu olan olayda, kiracı tarafından kiralananın çatısına konulan tabela, karın çatıda birikmesine ve çatının çökmesine yol açmıştır. Mahkeme'ce kiracının en azından % 50 oranında kusurlu olduğunu kabul ederek, maliklerin sorumluluğunu bu oranda sınırlamıştır. Yüksek Daire, dosyadaki bilirkişi kök ve ek rapordaki 'çatının taşıyıcı sistem bakımından mühendislik, üst örtü tasarımı bakımından mimarlık ilke ve kurallarına uyulmadan yapıldığı... çatının aşırı yetersizlikler nedeniyle çöktüğü'ne ilişkin açıklamaları dikkate alarak, çatının ön tarafına konulan tabelanın çatının çökmesinde etken olup olmadığı hususunun aydınlatılması gerektiği nedeniyle kararı bozmuştur.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2005 t. ve E. 2004/ 16308, K. 2005/ 12788 sayılı kararına konu olan olayda, davalının sahibi olduğu binadan, rüzgarın etkisi ile uçan bir sac levhanın çarpması nedeniyle yaralanma gerçekleşmiştir. Davacı bu bedensel zararı nedeniyle maddi ve manevi tazminat

isteminde bulunmuş, Mahkeme'ce davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz üzerine Yüksek Daire, olayda (önceki) BK.'nun 58. maddesi uyarınca sorumluluğun kabul edilmesi gerektiğini şu gerekçelerle kabul etmiş ve kararı bozmuştur: "davalıya ait olan ve yine davalı tarafından benzin istasyonu olarak kullanılan yerdeki binanın çatı aralığı ile merdiven arasındaki açıklığı kapatmak için konulmuş olan sac levhanın, kuvvetli rüzgarın etkisi ile yerinden kurtulup, yakıt almak için orada bulunan davacının yüzüne çarparak yaralanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. ... Binanın çatısına yeterince sağlamlaştırılmadan ve tehlike yaratacak şekilde sac levha monte edilmesi binanın kullanımına bağlı bir olgu olduğundan Borçlar Yasasının 58. maddesinde açıklanan binanın korunmasındaki kusur kapsamında değerlendirilmeli ve davalı zarardan sorumlu tutulmalıdır".

16) Son olarak, binayı inşa eden yüklenicinin sorumluluğu üzerinde duracağım. Burada artık, TBK.'nun 69. maddesindeki kusursuz sorumluluk düzenlemesinden ayrılıyoruz. 1999 depreminden sonra açılan davaların 100'e yakın kısmında doğrudan yüklenicinin avukatı olarak görev yaptığım için çok yakından bildiğim uygulamayı, değerlendirmeyi sizlere bırakarak aktarmakla yetineceğim. Doğal afet (deprem) sonucu yıkılan veya hasar gören binayı, doğrudan yüklenicisinden satın ve devralmış olan kişinin tazminat talebi, sözleşmesel sorumluluk çerçevesinde, her hal ve karda 10 yıl ile sınırlanmış kabul edilmiştir. Buna karşılık, doğal afet (deprem) sonucu yıkılan veya hasar gören binayı, doğrudan yükleniciden değil de, yüklenicinin ilk olarak satıp devrettiği kişiden alanlar, haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde, zarar doğmadan zamanaşımı işlemeye başlamaz anlayışına uygun olarak, neredeyse, zamanaşımı sınırlamasına tabi olmadan dava açabileceklerdir.

Bu kısa açıklamalarımın, bedensel zararlar konusunda küçük de olsa bir yararı olacağını umuyor ve konunun bazı yönleri ile yeniden üzerinde durulması gerektiğine inanıyorum.





## TÜRK BORÇLAR HUKUKU VE SORUMLULUK HUKUKU AÇISINDAN TBK 55. MADDE VE BEDENSEL ZARARLAR

*Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU*  
*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Konumuz Türk borçlar hukuku ve sorumluluk hukuku açısından, Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi ve 55. maddesiyle bedensel zararlar konusunda getirilenler. Kısaca bu konuya temas etmeye çalışacağım. Tabii konuya temas ederken de, konuyla bağlantılı olarak benden sonra konuşma yapacak Mine Kaya hanımefendi ve Sema Güleç Uçakhan hanımefendinin alanlarına çok fazla girmeden, genel itibariyle 55. maddede neler getiriliyor? Bunun üzerinde durmaya gayret edeceğim.

Şimdi 55. madde malumunuz olduğu üzere eski Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir düzenleme. Bu Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Başkanı Ahmet İyimaya'nın büyük ölçüde etkisiyle metne dahil edilmiş bir çalışma. Dolayısıyla komisyon çalışmaları sırasında çok fazla gündeme gelmediği anlaşılıyor. Bu nereden ortaya çıkıyor? Çünkü komisyon sırasında, komisyonda görev alan öğretim üyelerinin bazılarının bu konuyla ilgili bazı noktalarda eleştirileri söz konusu oldu. Dolayısıyla bu daha ziyade Adalet Komisyonunda neşvünema bulmuş bir düzenleme.

Şimdi ne getiriliyor 55. maddede? Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinde, üç önemli konuda düzenleme getiriliyor. Bunlardan ilki, bedensel zararların belirlenmesinde denkleştirme konusu, denkleştirme yasağı. Öncelikle bir denkleştirme

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yaşağı getiriliyor, yani zararın belirlenmesi aşamasında yapılan bir işlem olan denkleştirmeyle ilgili olarak iki noktada bir yasağ getiriliyor. İkinci önemli husus bu maddeyle getirilen; hesaplanan tazminatta, yani bütün tazminat zarar belirlenmiş, tazminat hesaplanmış, artık son aşamada. O aşamadan sonra hâkimin hakkaniyet düşüncesiyle artırma ve azaltma yapamayacağı hususuna yer veriliyor. Tabii bunu ben bu şekilde söylüyorum, bu tartışmalı olan bir konu. Acaba temel sorumluluk ilkelerinde vesairede de sadece hesaplamayla ilgili hususlarda değil, aynı zamanda genel olarak tazminat hukuku anlamında bir değişiklik getiriyor mu getirmiyor mu konusu da ayrıca tartışmalı bir konu. Nihayet belki de bu paketin en önemli ayaklarından birini teşkil eden, her türlü idari eylem ve işlemlerle, idarenin sorumluluğu olduğu sebeplerden ileri gelen bedensel zararlardan ve ölüm halinde ortaya çıkan zararlardan dolayı, idarenin Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre sorumlu olması düzenleniyor.

Şimdi tabii bunun HMK ayağı var, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ayağı var. HMK'da da bunu tamamlamak üzere, yani bir sistem oluşturmak üzere bir 3. madde ihdas edilmişti. Fakat malumunuz olduğu üzere ilgili üçüncü madde Anayasa Mahkemesince iptal edildi. Halen 55. maddeyle ilgili olarak da zaten Anayasa Mahkemesinde bir iptal başvurusu söz konusu. Tabii bir de buna ilave olarak, şu anda Mecliste bir teklif aşamasında bulunan, bu konulara ilişkin davaları görmekle görevli mahkemelerin oluşturulmasıyla ilgili düzenleme teklifi var.

Bütün bunlar aslında neyi amaçlıyor? Bir sistem değişikliğini amaçlıyor, bir yeknesaklaştırmayı amaçlıyor, farklı hukuki kurumlar arasında, farklı mahkemelerin vermiş olduğu kararlar arasında, bir yeknesaklaştırmayı temin etmeyi amaçlıyor; temel yaklaşım bu. Aslında hareket noktası itibariyle tabii Sema Hanım da bu hususa temas edecektir. Pek çok bakımdan, işte idare hukuku, özel hukuk arasında bu noktada önemli farklılıklar mevcut. Bu farklılıkların yaratmış olduğu sorunları asgariye indirmek amacıyla başlatılan bir yaklaşım bu. Bir önceki oturumda Fikret Eren hocamız da, genelde bu yeknesaklaştır-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ma faaliyetlerine sıcak baktığını ifade ettiler. Bu konuda farklı farklı görüşler var mutlaka. Tabii bu konuda ihtisaslaşmış bazı mahkemelerin oluşturulması uygundur ve bunun da belki özel hukuk bünyesinde yapılması, özel hukuka ilişkin mahkemeler bünyesinde gerçekleştirilmesi isabetli olabilir. Çünkü özel hukukta sorumluluğa ve tazminata bakış, tazminat hesapları vesaire daha farklı, daha detaylı olarak ele alındığı. En azından mahkeme kararları itibariyle görülmektedir. Belki bu yönde bir değişikliğin ileride gerçekleşmesi faydalı olabilir.

Ancak özellikle Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında, bu konuda mevcut ayaklardan bazılarının ortadan kalkması nedeniyle, bazılarının da tamamlanmamış olması nedeniyle sıkıntılar olduğu açıktır. Nitekim Sema Hanım da farklı hesaplama yöntemlerine muhtemelen işaret edecektir. Aslında 55. madde bu farklı hesaplama, bedensel zararın farklı hesaplanmasına yönelik çabaları engellemeye matuf, getirilen bu düzenleme engellemeye matuftur. Sema Hanım da muhtemelen bu hususa işaret edecektir.

Şimdi 55. maddeyle getirilen değişikliklerden birincisi, destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararların belirlenmesinde getirilen denkleştirme yasağıdır. Bu hükümler birlikte, bildiğiniz gibi denkleştirme, zararın belirlenmesi aşamasında gerçekleştirilen bir faaliyettir. Bazı durumlarda, zarara yol açan olayın, zarar gören bakımından, aynı zamanda bazı ekonomik yararlar sağlanması mümkündür ve bu durumun zarar görenin malvarlığında birtakım artışlara sebep olması söz konusu olabilir.

İşte denkleştirme tazminat zarar kadar olduğu için, zarar görenin bu şekilde elde etmiş olduğu yararların, zarardan indirilmesi temel düşüncesine dayanır. Bu amaçla getirilmiş yapılan bir faaliyettir. Dolayısıyla ekonomik menfaatler brüt zarardan düşülmek suretiyle gerçek zararın hesaplanması yoluna gidilir. Bunun için belirli şartlar aranır. İşte denkleştirme için zarar verici olay, zarar gören lehine ekonomik bir menfaat, ekonomik bir fayda sağlamalıdır. Malvarlığında meydana gelen yararlar, zarar verici olay arasında uygun illiyet bağı bu

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lunmalıdır ve nihayet bir kanun hükmü ve tarafların iradesi yararın denkleştirilmesine karşı olmamalıdır. İşte 55. madde, belirli yararlar bakımından bu şekilde bir denkleştirme yasağı getirmiştir.

Bunlardan birincisi, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik alacaklarıdır. Bu özellikle 1978 tarihli içtihadı Yargıtay içtihadı birleştirme kararının bir uzantısı olan, durumu yansıtan bir düzenlemedir. O karar da diyor ki; haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanmasi söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir. Bu itibarla bu düzenlemenin bir yansıması olarak, aslında 55. maddede bahse konu husus madde metnine eklenmiştir.

İkinci önemli getirilen denkleştirme yasağı; ifa amacını taşımayan ödemelerdir. İfa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde, yani bedensel zararların belirlenmesinde göz önüne alınmaz. Dolayısıyla kişiye akraba ve yakınları tarafından çeşitli maddi yardımlarda bulunulması suretiyle gerçekleştirilen ödemeler, yardımlar diyelim buna. Çünkü ödeme deyince aslında biz ilk dar ve teknik anlamda para borçları aklımıza gelir. Buna her türlü nakdi, nakdi olmayan yardımları da içine alacak şekilde anlamamız gerekir, geniş anlamamız gerekir. Dolayısıyla bu tür yardımlar yapılması kişiye mümkündür.

Şimdi eğer biz bu yardımları zararın belirlenmesi aşamasında denkleştirme kapsamında ele alırsak, kişi yakınlarına yardım etmek amacıyla böyle bir yardımda bulunuyor. Ama netice itibariyle zarar miktarında azalma olacağı için, neticede zarar veren bundan istifade ediyor. Zarar verenin bundan istifade etmesi fikriyle, zarar görenin yakınlarının böyle bir ödemeyi yaptığını düşünmek imkân dahilinde değildir. Bu onlara da esas itibariyle saygısızlık olur. İşte bu mülahazayla kanun koyucu böyle bir istisnaya yer vermiştir. Yani bunları kapsam dışında, denkleştirme kapsamı dışında bırakmıştır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi tabii bunun özellikle anlamı, destekten yoksun kalma zararlarında ortaya çıkar. Zira bu zararlar da zarar yanında hayat standardında da bir düşmenin söz konusu olması gerekir. Yapılan yardımlar bu düşmeyi ortadan kaldıracığı için, özellikle böyle bir düzenlemenin destekten yoksun kalma zararları bakımından büyük önemi mevcuttur.

İkinci getirilen önemli düzenleme, hesaplanan tazminatta hakkaniyet düşüncesiyle artırma veya azaltma yapılamaması hususudur. Bu çok tartışmalı bir konu, ama Sayın Başkan süremin çok azaldığını söyledi. Dolayısıyla sadece şu hususa işaret edeyim. Bu hakkaniyet düşüncesiyle artırma ve azaltma, Borçlar Kanunu hükümlerine göre zarar ve tazminatın belirlenmesi aşamasından sonra, artık hâkimin toplu bir hakkaniyet mülâhazasıyla herhangi bir indirimde bulunamayacağını ifade etmektir. Asıl amaç budur, keyfiliği önlemektir.

Ancak tabii bu düzenlemenin çok doğru olduğunu ifade etmek biraz zor kanaatimce; çünkü bizim medeni hukuk sistemimize ve borçlar hukuku sistemimize baktığınızda, hâkimin geniş yetkilerle donatıldığını görüyoruz. Biraz önce Haluk Burcuoğlu hocam da bahsettiler, niye bazı maddeleri uygulamıyorsunuz? Hakikaten hâkimin önüne gelen meselede, eğer bir kanun hükmü varsa bunu uygulamamak gibi bir lüksü yok. Hâkim böyle bir lüksü olmadığı gibi, önüne gelen meseleyi mutlaka çözüme yükümlülüğü altında. Bunun için birtakım mekanizmalar geliştirilmiştir. İşte boşluk doldurma gibi, hukuk yaratma gibi, hakkaniyet kararı gibi.

İşte biraz önce Haluk Burcuoğlu hocam bahsetti 76 madde, geçici ödemeler. Aslında bu hâkime getirilmiş çok önemli bir imkân. Dolayısıyla bir taraftan 76. maddedeki düzenlemeyi öngören kanun koyucunun, bu konuda hâkime bir sınırlama getirmesinin aslında çok fazla anlamı yoktur. Doğrusunu söylemek gerekirse, hâkim zaten keyfi davranamaz, davranmamak zorundadır. Bu da denetime tabidir. Dolayısıyla ben bu hükmü özellikle çok uygun, böyle bir sınırlama yapılmasını çok uygun bulmadığımı ifade etmek istiyorum. Ama mevcut bir hükümdür ve bunun mümkün olduğu kadar dar yorum-

lanması gerekir. Zararın ve tazminatın belirlenmesi aşamasındaki o aşamalarda hâkimin takdir haklarını kullanmasına herhangi bir engel yoktur. Ondan sonraki aşamada ancak böyle bir sınırlamadan bahsedilebilir.

Nihayet tabii her türlü davanın idari yargıda, idari eylem ve işlemler dolayısıyla söz konusu olan her türlü davanın ve bedensel zararların hukuk mahkemelerinde görülmesi hususu ve buna Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması hususuna gelince; zaten bunun birinci ayağı, yani idarenin davalı taraf olduğu davalar bakımından, bu davaların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi imkânı Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında artık mümkün değil. Dolayısıyla elimizde bu davalarda hizmet kusuru veya tam yargı davaları vesaire bakımından, elimizde kalan husus, Türk Borçlar Kanununun hükümlerinin uygulanması.

Burada Türk Borçlar Kanununun hükümlerinin uygulanması deyince, çok dikkatli olmak gerekir. Acaba sorumluluk temelleri bakımından da mı bütün Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır? Yoksa zararın ve tazminatın belirlenmesiyle mi sınırlı tutmak gerekecektir bunu?

Burada aslında yapılması gereken amaca uygun sınırlamadır. Teleolojik redüksiyondur ve sadece zararın ve tazminatın belirlenmesi bakımından idare mahkemelerinde Borçlar Kanununda buna ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilmelidir. Aksi takdirde idare hukukunda hâkim olan sorumluluk anlayışı sorumluluk temelleri, özellikle işte sosyal risk vesaire dolayısıyla kusursuz sorumluluğun kural olması. Özel hukukta ise kusur sorumluluğunun kural olması, beraberinde pek çok sakıncayı da getirecektir.

Şimdi dolayısıyla sonuç olarak, bu üçüncü başlıkla ilgili şunu söylemek mümkün: Evet, idare mahkemeleri de zararın ve tazminatın belirlenmesi bakımından Borçlar Kanununun, tazminatın ve zararın belirlenmesine ilişkin hükümleri, 51-52-53-54-56 vesaire bunları uygulayacaktır. Ama bu hükmü artık Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sonrasında da bu kapsamda algılamak gerekir. Zaten Anayasa Mahkemesi kararı iptal

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ederken, taleple bağılı olduğu için 55. maddeyle ilgili herhangi bir görüş beyan etmemiştir. Ama dolaylı yoldan 55. maddeyle ilgili birtakım görüşler ileri sürmüştür ilgili olduğu ölçüde. Dolayısıyla burada yapılması gereken sınırlama, amaca uygun sınırlamadır. Buradaki temel amaç, zararın ve tazminatın belirlenmesinde bir yeknesaklık sağlamaktır. Bu yeknesaklığı sağlamaya matuf olarak, idari yargı ve adli yargı mercilerinde görülen bedensel zararlara ilişkin davalarda, Borçlar Kanununun zararın ve tazminatın belirlenmesine ilişkin kurallar uygulanacaktır.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.





# ALMAN HUKUKUNDA ŞAHİS YARALANMALARINA KARŞI YASAL SORUMLULUK

**Prof. Dr. iur. Mathias ROHE**

*Friedrich Alexander Üniversitesi*

*Türk Hukuku Araştırma Merkezi Direktörü*

## I. Giriş

Sorumluluk ile ilgili durumlar her zaman tam da Almanlar'ın mizacına uygundur. Yazar Kurt Thucholsky'nin bile anladığı üzere „Bir Alman düşerse, tekrar ayağa kalkmaz, bilakis etrafında bu olaydan sorumlu tutabileceği birini arar“. Yazar bu eğilimi devlete ait sorumluluk meselelerinden sorumlu Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi Mali Senatoda yaşanan bizzat kendisine ait adli bir olayla ortaya koyabiliyor. Bundan sonraki bölümlerde ilk etapta Alman yasalarındaki en önemli yasal sorumluluk esasları üzerinde durulacak ve örneklerle gösterilecektir. Sonrasında maddi ve manevi tazminat ile ilgili bireysel sorular üzerinde durulacak ve akabinde sınırötesi olayların esaslarına kısa bir bakış atılacaktır. Uygulamada çok büyük önem taşıyan tıbbi sorumluluk konularına ilişkin ise değinilmeyecektir, zira bu bay Dr. Yarayan tarafından bizim için hazırlanmış olduğu özel bir sunumla ele alınacaktır

## II. Yasal sorumluluk esasları

### 1. Davaya temelleri

Kişi zararları açısından yasal sorumluluklar konusunu Federal Almanya Medeni Kanun’da özellikle de §§ 823 Par1 (Yaşamın, vücudun, sağlığın korunması) ve Par.2’de bulabilirsiniz. Bu normun içeriği aşağıdaki gibidir:

„(1) Kim kasten ve ihmalkar bir tavırla bir başkasının bir hayatı, vücudu, sağlığı, özgürlüğü, mülkiyeti veya başkaca haklarını yasalara aykırı nitelikte ihlal ederse, mağdur ettiği kişinin bununla ilgili oluşan zararlarına karşı sorumlu olur.

(2) „Aynı sorumluluk diğerinin koruması amacına yönelik yasalara karşı ihlalde bulunan kişiler için de geçerlidir. Eğer yasa metni uyarınca buna karşı sorumluluk bir kusur olmaksızın da geçerli olabilmektedir. Bu durumda özel sorumluluk yalnızca kusurlu olma hallerinde devreye girer.“

Birinci paragrafta anılan „diğer haklar“a özellikle de genel kişilik hakları girer.<sup>1</sup> Eğer bunlar, örneğin medyada gerçekmiş gibi iddia edilerek yayılan namını zedeleyici yanlış iddialar veya korumaya alınmış özel alan veya onur zedeleyici sorumluluk koşullar<sup>2</sup> gibi bir basın özgürlüğüyle ilgili olmayan raporlarla olduğu gibi çok ağır şekilde ihlal edilmiş ise mahkemeler kısmen külliyetli acı parasına (manevi tazminat) hükmedebilir.

FAMK (Federal Almanya Medeni Kanunu) § 823 burada yasal sorumluluk konusunda Alman Medeni Kanunu’nun en kapsamlı ele alınan sorumluluk maddesidir. Bu madde aşağıdakileri ön koşul olarak niteler:

- Yasal sorumluluğun faaliyetinde bir olay gerçekleştirilmiş ya da yapmaktan vazgeçilmişse.

<sup>1</sup> Bknz. Palandt, FAMK, 74. baskı 2015, § 253 Ek madde 10 ve diğer kanunlar

<sup>2</sup> Davaya temeli ancak § 839 FAMK’ın Anayasa’nun 34. Maddesi ile ilişkili olması halinde

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- nedene bağlı ve de olasılık dahilinde tanımlaması yapılan korumaya alınmış kişi varlık haklarını ihlal etmişse,
- bu ihlalin yasaya aykırılığı,
- kusuru ve
- nedene bağlı olarak kişi haklarını ihlale dayanan zararlar.

Korunmaya alınmış olan kişi varlık haklarının belirlenmesi genelde hem yaşam ve vücut, hem de sağlığı kapsamına aldığından dolayı sorunsuz gerçekleşir. Ancak burada bazı anlaşmazlık durumları da ortaya çıkmadı denemez.

Örneğin, Federal Mahkeme HIV-Virüslü bir enfeksiyonun hastalık henüz sirayet etmemiş dahi olsa, bedensel bir zararı teşkil ettiği yönünde bir böyle karar vermiştir.<sup>3</sup>

Ancak buna karşın suçun yasal unsurlarında kişi haklarının ihlaline yönelik olayın gerçekleştirmesinde/ihmalinde nedensellik ve isnat edilebilirlik gibi başka daha büyük sorunlar karşımıza çıkmaktadır. Yargının örneğin hangi durumlarda yalnızca psikolojik sebeplere dayalı nedenselliğin sorumluluk nedeni sayılabileceği sorusunu da ele alması gerekiyordu<sup>4</sup>

Bu durumda akla ebeveynlerin çocuklarının bir trafik kazasında nasıl ağır ya da ölümcül yaralandığını ve bunun sonucunda sağlık sorunları yaşadıklarını gördükleri veya televizyon izleyicilerinin haberlerden aynı etkiler yaratabilecek nitelikte dehşet verici görüntülere maruz kaldığı başka durumlarda olaylar gelmektedir. Bu tür „şok zararları“ ancak ve yalnızca genel yaşam riski ötesinde gerçekleşmesi halinde tazmin edilebilirliğe sahiptir. Fakat yakınların bir suç sonucunda ölümünün (nişanlı ve yaşam ortağı da dahil) ancak zararların türü ve ağırlığına göre zararlar bu türden yakınların normal olarak olayların içinde bulunmasının ötesine gidebildiği ölçüde kabul

---

<sup>3</sup> BGH NJW 2005, 2614.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu zum Beispiel Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, Vorbemerkung vor § 249 Randnummern 37 fortfolgende mit weiteren Nachweisen.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

edilebilirliği olan tipik bir durumdur<sup>5</sup> Federal Çalışma Mahkemesi böyle gözle görülebilir intihar eğilimi altında zarar gören kişinin „Mobbing“ baskısıyla intihara sürüklendiği durumlarda da nedenselliği ihtimal dahilinde tutmuştur.<sup>6</sup> Aynı durum aynı şekilde anılan „tahrik edici durumlar“ için de geçerlidir: Örneğin; Federal Temyiz Mahkemesi'nin bir kararı sonucunda suçlu kişi bir polisin kendisini evinden kaçarken takip ettiği ve pencereden atlarken aldığı yaşadığı yaralanmanın zararlarının karşılamak zorunda kalmıştı<sup>7</sup> Aynı şekilde şiddet eylemleriyle tanınmış başka bir suçlu, kurbanının kaçmaya çalışırken (8-10 Metre yukarıda kalan bir pencereden) aldığı zararları da karşılamak zorunda kalmıştı<sup>8</sup> Hala doğrudan isnat edilebilirlik ile ilgili karşılaşılan, örneğin, bir yaralının sevkedildiği bir hastanede<sup>9</sup> veya bir anne tarafından çocuğunu kurtarılması için organ bağışlaması gibi ağır olmayan bir ihmal sonucunda aldığı enfeksiyonla hastalanmasının söz konusu olduğu belirli durumlar da mevcuttur.<sup>10</sup>

Öte yandan şok yaratan -üstelik gönüllü olarak- güncel hayatta karşı karşıya kalma olayının genel yaşam riski olarak değerlendirilmesi gereklidir. Federal temyiz mahkemesi bu anlamda örneğin annenin, boşandığı kocası tarafından kendisinin ağır bir hastalık geçirdiği ve bunun da (muhtemelen) ortak çocuklarına geçmiş olması ihtimaline yönelik aldığı bilgiler doğrultusunda açtığı maddi ve manevi tazminat davasını reddetmiştir<sup>11</sup> Aynı şekilde yaşananların „uygun olmayan“ işlemlenmesiyle ilgili zararlar tazmin edilebilir nitelikte değildir. Bu, örneğin, hafif düzeyde, çabuk iyileşebileşek olan yaralanmaların tamamıyla maluliyete dönüştüğü „emek-

<sup>5</sup> Vgl. Beck'scher Online-Kommentar-Schubert, § 249 Randnummern 69,70 mit Kritik an dieser Einschränkung.

<sup>6</sup> BAG NZA 2009, 38, 43.

<sup>7</sup> BGH NJW 1975, 168.

<sup>8</sup> BGH NJW 2002, 2232; vgl. weiterführend Münchener Kommentar BGB-Oetker, 6. Auflage 2012, § 249 Randnummern 170 fortfolgende.

<sup>9</sup> BGH NJW 1987, 2925.

<sup>10</sup> BGH NJW 1987, 2925.

<sup>11</sup> BGH NJW 2014, 2190 ve diğer deliller. Burada adı geçen ölümcül bir beyin hastalığına götürebilecek Huntington kolera genetik hastalığı

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lilik nevrozları“ için geçerlidir<sup>12</sup> Yargının genel çizgisi, zarara götüren olayı özellikle garip, ihtimal dışı bir durum niteliğinde değil de genel anlamda alıp alamayacağımız ve yaşamın normal akışı içinde olayların gözardı edilebilecek koşullarda olup olmadığı sorusuna karşılıktır<sup>13</sup>Medeni Kanun’da yanı sıra kişi zararları dahilinde başka dava esasları da mevcuttur (örn.§825: Cinsel tavırlara, yönelik belirleme; § 831 bakmakla yükümlü kişinin sorumlulukları; §§ 833, 834; Hayvan sahibinin/bakıcısının sorumlulukları; §§836,837,838 Arazi ve bina sahiplerinin ve bakmakla yükümlü kişinin sorumlulukları). Ayrıca, trafik yasası, ürün sorumluluk yasası, sorumluluk yasası, hava trafiği yasası, atom yasası, sular idaresi yasası, ilaç yasası, maden yasası, çevre sorumluluğu yasası ve genteknik yasası gibi bazı özel yasalara tabi önemli dava esasları da vardır.

Yasa uygulamalarında bu davalar Medeni Yasa § 823 genel hükümlerinde sorumluluk yüklenmesini koşul olarak almadığı veya kanıtlama kolaylığını da içerdiği için birincil nitelikte denetlenmelidir.<sup>14</sup> Özellikle trafik kazalarına ait sorumluluk normlarına (2014 yılında Almanya’da 3.368 trafik kazaları ölümlü ve yaklaşık 389.000 hafif ve ağır yaralı<sup>15</sup>) uygulamada Trafik yasası §§ 7 und 18 uyarınca önem atfedilmek zorundadır.

§ 7 Tr.Yas.: „(1) Bir aracın sürülmesi veya bir araç tarafından çekilmesi belirlenen römorkun bir insanı öldürmesi, vücudunu ya da sağlığını bozması veya bir eşyasını tahrip etmesi halinde, sorumluluğu olan kişinin zarar görenin bu vesileyle gördüğü zararları karşılamakla yükümlüdür.

<sup>12</sup> Bknz. yalnızca Palandt, M.K, 74. Basım 2015, Giriş açıklaması § 249 Ek no 38 başka kanıtlarla devamı.

<sup>13</sup> Bknz. yalnızca BGH NJW 2002, 2232, 2233 ve beraberindeki kanıtlar.

<sup>14</sup> Kusurlu olmayan Sözleşme dışı sorumlulukların yapısı ve gerekçeleri hakkında Zu Struktur und Gründen der außervertraglichen Haftung ohne Verschulden bknz. Rohe, Mathias, Kusurlu sorumluluğun nedenleri ve sınırları – kusurlu haklarının yasal karşılaştırma açısından düzen görevleri(kusursuz sorumluluklar dahil) , Sivil uygulamalar arşivi 201 (2001), 117-164.

<sup>15</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15\\_065\\_46241.html;jsessionid=E68D1EF46F46A14ECA494F3FF25AA FEC.cae3 \(02.04.15\).](https://www.destatis.de/DE/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15_065_46241.html;jsessionid=E68D1EF46F46A14ECA494F3FF25AA FEC.cae3 (02.04.15).)

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- (2) Tazmin zorunluluğu ancak mücbir sebepler söz konusu olduğunda iptal olur.
- (3) Bir kişi bir aracı sahibinin haberi ve onayı olmaksızın kullanıyorsa, o durumda kendisi araç sahibi yerine tazminden sorumlu tutulur. Bunun yanı sıra araç sahibi ise, aracın kullanılmasında kendisine ait bir kusur oluşursa bizzat sorumlu tutulur. Fıkra 1 araç sahibi şirket kullanıcı tarafından işletme için işe alınmışsa veya aracın sahibi tarafından araç kendisine verilmişse, uygulamaya girmez.“

Bunun yanı sıra sürücü Trafik Yasası § 18 uyarınca ve aslında tahmini nitelikte olan yalnızca kendi hatalarının sorumluluğunu taşır. Genellikle sanık lehindeki delil yargının motorlu taşıtlarla ilgili gerekçeleri oldukça yüksek olduğundan ortaya çıkmaz.

Araç sahiplerinin mücbir sebepler sınırına kadar olan sorumlulukları Alman yasalarının en katı sorumluluk yükleyen türleridir. Bu anlamda bunlar trafikteki motorlu taşıtların sürücülerine sağladığı avantajların aynı trafik içinde yer alan diğerleri açısından ağır dezavantajlara maruz kalan kaza kurbanları sayısını beraberinde getirdiği durumunu yansıtmaktadır. Bu durumda bu dezavantajların da mümkün olduğunca kapsamlı ve etkili bir şekilde dengelenmesi gerekmektedir. Burada etkili bir mağduriyet koruması için zorunlu sigorta sisteminin önemi büyüktür: Ağır yaralanmalarda zarar veren kişilerin milyonlarca Euro değerinde oluşabilecek tam bir maddi zararı karşılayacak kaynakları genellikle tahminen olmamaktadır. İşte tam burada konuyla ilgili talep edilebilen bir zorunlu sigorta hasar tazminini kolaylaştırma konusunda devreye girer. Konuyla ilgili diğer trafik bölgelerinde bu noktaya kadar belirli eksiklerin de tespiti doğrultusunda, özellikle de çok nadir olmayan bisikletlilerin sebep olduğu kazalar konusuna da işaret edilmiştir (Yaya ve diğer bisiklet sürücülerinin başka bisiklet sürücüleri tarafından yaralanması; özellikle de üniversite şehirlerinde).

## 2. Kişinin maddi zararları

Tazminatın belirlenmesi FAMK §§ 249 bis 254 esasına dayanır. Burada merkezi anlamda belirleyici anlam FAMK §§ 249'dur:

- „(1) Tazminata karşı sorumlu olan kişinin kendisinin devreye girmeden önceki muhtemel durumu tekrar sağlamak amacıyla karşılaması gerekir.
- (2) Eğer kendisi bir yaralanma sebebiyle (...) tazminata mahkum edildiyse, alacaklı kişi önceki durumunun geri getirilmesi yerine tespit edilen para miktarını talep edebilir. (...).“

Zarar gören kişinin ortak kusurlu olması FAMK § 254 uyarınca ve diğer yazışma normlarıyla birlikte tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Tipik tazminatlar genellikle sağlık tedavisi için olanlardır. Genellikle Alman Sosyal Yargı Sisteminde hastalık sigorta şirketleri tarafından üstlenilmiştir ve sonrasında hasara sebep olan kişiye veya onun sigorta şirketine rücu yoluyla alınır.<sup>16</sup>

X Sosyal Sigortalar Yasası'nın § 116 ve sosyal sigortalar sözleşme yasası § 86 uyarınca bu tür alacakların yasal geçişi bu hizmeti veren sigortacılar üzerinden düzenlenmiştir.

Sağlık giderlerine bazı mahkeme kararları uyarınca gerekli olan yaralı yakınlarının ve gerekli hallerde çocuk bakıcısının yol ve konaklama masrafları da, yakınların ziyaretlerinin mantıken iyileşme sürecini desteklemesi sebebiyle dahil edilir<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Bknz. yalnızca Palandt, BGB, 74. Basım 2015, § 249 Ek no 8 ve diğer kanunlar.

<sup>17</sup> BknzBGH NJW 1985, 2757; BGH NJW 1989, 766; BGH NJW 1990, 1037.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ayrıca yaralının rehabilitasyonu, muhtemel yeni bir mesleki eğitim<sup>18</sup> engelliliğe uygun gerekli görülen ev<sup>19</sup> ve araç<sup>20</sup> değişiklikleri için gerekli tedbir mahiyetinde tazmin edilmesi öngörülür.

Maddi tazminat niteliğinde bireysel nitelikte diğer dava esasları FAMK §§ 843, 844 ve 845 tarafından sunulur. Bunlar aşağıdaki gibidir:

§ 843: (1) „Bir vücudun yaralanması ya da sağlığın bozulması sonucunda yaralanan ya da sağlığı bozulan kişinin iş görebilme yetisi ortadan kalkar ya da kısıtlanırsa veya kendisine ait olan günlük ihtiyaçlarında bir artış söz konusu olursa, budurumda bu yaralı kişiye parasal bir emeklilik miktarının tazminat niteliğinde ödenmesine hükmedilir (..)

(3) Yaralı kişi emeklilik geliri yerine bunun için önemli bir gerekçenin varlığı halinde, sermaye niteliğinde bir tazminat da alabilir. (...)“

Bunun yanı sıra kusurlu sorumluluk FAMK §§ 844 ve 845 ölüm vakalarında üçüncü kişilerin cenaze giderlerini, sorumlu olan kişinin ölümü sebebiyle aynı zamanda nafaka ve kaybedilen hizmetleri de kapsar ve bu özelliğiyle de sözleşmeye bağlanan tazminat hakkının çerçevesini büyük ölçüde geçer. İşte burada da bazı pratik sıkıntılar kendini gösterebilir. Örn. öldürülen kişinin muhtemelen daha ne kadar maaş alma ihtimalinin ya da alabileceğinin tespiti ( Öldürülen kaza mağdurunun gelir ihtiyacının tahmini ve mümkün olabilecek yaşam süresinin belirlenmesi<sup>21</sup>).

---

<sup>18</sup> BGH NJW-RR 2004, 671.

<sup>19</sup> BGH NJW-RR 2004, 671.

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2004, 671.

<sup>21</sup> Bknz. bu konuda Palandt, BGB, 74. Basım 2015, § 844 Ek no 12 ve takibeden diğer kanıtlarla.



### 3. Manevi tazminat

Manevi tazminatlar için maddi tazminatlara ek olarak FAMK § 253 uyarınca hem yasal sorumluluk taleplerinin bir parçası olarak, hem de sözleşmeye bağlı tazminat talepleri temelinde acı parası talep edilebilir. Buradaki geçerli ifade şöyledir:

- „(1) Varlık niteliğinde olmayan bir zarar sebebiyle yalnızca yasa tarafından belirlenen durumlar parasal tazminatlar talep edilebilir.
- (2) Eğer bir vücudun yaralanması, sağlığın ve özgürlüğün bozulması veya cinsel kendi karar yetisinin kalkması sebebiyle tazminat ödenmesi söz konusuysa, bu tazminat sebebiyle ucuz („ucuz“un anlamı burada „parasal bir azlık“ değil, bilakis „uygun“dur) parasal bir tazminat talep edilebilir.

Temelinde manevi tazminat talebi oluşabilen başkaca sorumluluk türleri Trafik Yasası § 11 par.2, Ürün Sorumluluk Yasası § 8 par. 2, Sorumluluk Yasası § 6, İlaç Yasası § 87 par.2, Hava Trafiği Yasası § 36 par.2, Genteknik Yasası § 32 par.5 par.2 ve Çevre Sorumluluk Yasası § 13 par.2'dir.

Son 10-20 yıl arasında özellikle de ağır kişi zararları lehinde mahkemelerce onaylanan miktarlar ABD mahkemelerinkilerinin kısmen abartılı miktarlarıyla kıyaslanamasa da oldukça büyük bir artış göstermiştir. Açıklanan vakalar kuaför ziyaretlerinde istenmeyen saç renklerinde (Başarısız bir saç perması sonrasında „Aynaya bakıldığında“ geçirilen şok için 102 Euro<sup>22</sup>) dan ağır engellilik vakasına 500.000 Euro en ağır belden aşağıya felç vakası) kadar uzanır<sup>23</sup>).

Manevi tazminatlar için koşul ise yaralının yalnızca küçük boyutta etkilenme yaşamamış olmasıdır. Acılı şişlikler gibi

---

<sup>22</sup> AG Siegen 19.06.1990, NJW-RR 1990, 1248.

<sup>23</sup> OLG Schleswig 09.11.2003 (9 U 92/03).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

önemsiz nitelikteki bagatel yaralanmalar için burada her seferinde talepler geçerlilik niteliğinde değerlendirmeye alınsa da acı parası ödenmez.<sup>24</sup>

Aynı zamanda örneğin öldürülen bir ev hayvanının<sup>25</sup> öldürülmesi ile ilgili üzüntü davası bir düğünün<sup>26</sup> rahatsız edilmesi ve bunu müteakip kesilmesi davası reddedilmiştir.

Ağır türden etkilenmelerde tazminat miktarları koşulların niteliği ve mağduriyetin ağırlığı ve bunun gibi zarar veren kişinin davranışının gücü takdiri ile ilgili kapsamlı bir gözlem sonunda ölçülür.<sup>27</sup>

Mahkemece geçerli kılınan yardımcı kaynaklar genellikle çoğu zaman yaralanmanın niteliği veya acı parasının ağırlığı/boyutuna göre sınıflandırılmış ve diğer acı paralarının geçerli kılınmasında bir tahmin çerçevesi oluşturma niteliğinde yayınlanan “acı parası tabloları”dır.<sup>28</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus dava sahibinin tam da örnek davada yetkili mahkemenin onaylayacağı miktarı talep etme çıkarları doğrultusunda olmasıdır. Eğer çok fazla istenirse, HMK § 91 uyarınca mahkemenin davayı reddetmesi halinde oluşan mahkeme giderlerine payı oranınca katılıma zorunluluğu tehlikesi söz konusu olabilir. Davacılar içinse genel kurallara karşı belirlenmiş bir miktar ifade etmemeleri, daha ziyade bir miktar çerçevesi çizmeleri (Örn. 5000-6000 Euro) önerilerek bir kolaylık sağlanmaktadır. Eğer bir mahkeme kararı bu çerçeveler içinde kalırsa dava tam anlamıyla başarılı olarak değerlendirilmekte ve davalı bunun neticesinde tüm mahkeme giderlerini karşılamak zorundadır.

<sup>24</sup> Bknz. yalnızca Slizyk, Beck’e göre acı parası tablosu, 11. Basım 2015, Bölüm „Acı parası ödenmeyen bagatel yaralanmaları“.

<sup>25</sup> BGH NJW 2012,1730: Genel yaşam riskinin sınıflandırılması.

<sup>26</sup> OLG Brandenburg NJW-RR 2005, 253: Yanlış giden havai fişek bunun üzerine durdurlan bir düğünde misafirleri vurdu.

<sup>27</sup> Bknz. sadece Palandt, BGB, 74. Basım 2015, § 253 ek no 15 ve devam eden diğer kanıtlar

<sup>28</sup> Zum Beispiel Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge, 33. Auflage 2014; Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 7. Auflage 2014; Slizyk, Beck’sche Schmerzensgeldtabelle, 11. Auflage 2014.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ağır yaralanmalarda uygunsuz bir dava ve yükü önlemek için acı parası davası kalıtsal nitelikte geliştirilmiştir.

### III. Sınırötesi dava konuları

Sınır ötesi davalarla ilgili sorumluluk meselelerinde EGBGB Madde 3 Haksız Davalar'la bağlantılı Rom II-Yönergesi'nin düzenlemeleri geçerlidir. Haksız sorumluluk düzeyinde genellikle zararın oluştuğu ülkenin yasalarını geçerli kılan Rom II-Yönergesi Madde 4 par.1 ilgilidir. Bu normalde bireysel bazı zarar giderleri daha sonra başka bir yerde hayata geçirilse de kişinin vücudunun veya sağlığının maruz kaldığı yerdir; Madde 4 par.1 böyle "dolaylı zarar sonuçları"nın oluştuğu yerleri açık bir şekilde sınırlar.

Yanlış ürünlerden kaynaklanan kişi zararları ise özellik arzeder. Burada Rom II- Yönergesi Madde 5 üretici ile mağdur arasında yasal uygulama çıkar ilgisinin dengelenmesi amacıyla özel bir kural getirmeyi öngörür.

Bu özel kurallar aynı zamanda hava trafiğindeki zararlar gibi Montreal Anlaşması'na tabi olan uluslararası anlaşmalarda da hayat bulur.

### IV. Sonuç

Şahıs zararlarının sorumluluğunun bir sonuca bağlanması Alman yargı uygulamalarında yıllık yüzbinlerce trafik kazaları ve bunlara uygun tazminatları ve 3.000'in üzerinde trafik kazasında ölenler dikkate alındığında bir kitlesel "ticaret niteliğindedir. Geçerli yasalar ise buna kıyasla yalnızca bir yığın bireysel mahkeme kararları ve bunların yayınlamalarıyla açıkça belirtilen soyut bir çerçeve çizmektedir. Uzmanlaşmış avukatlar ve dernek üyesi hukukçular için burada yalnızca mahkeme davaları açısından değil, aynı zamanda çoğu kez böyle zarar davalarının mahkeme dışı ele alınan neticelendirmesi üzerinde geniş bir çalışma alanı sunulmaktadır. Buradaki avukatlık yükümlülüğü iki yönden önemlidir: Bir taraftan elbetteki tüm haklı müvekkil davaları mümkün olduğunca kapsamlı bir şe-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kilde ve çabuk geçirilmelidir. Diğer taraftan ise birçok insanın yüksek orandaki dava heyecanı açısından umutsuz vakalarda potansiyel müvekkili başka bir geçelilik talebinin yalnızca masraf ve külfete neden olabileceği konusunda yeterli düzeyde açık bir şekilde aydınlatmaktır. Uzmanın kendisi de bir kaç yıllığına Nürnberg Vergi Meseleleri Senatosu'nda hakimlik yapmıştır ve insanların açıkça çukura düşebilecekleri veya kar ve buzlu hava koşullarında evden çıkıp sonrasında alışılmış yürüyüş hızında ilerledikleri ve bu yüzden de düştükleri için yaralanmalara maruz kalabilecekleri türden absürd talepleri hakkında bilgilidir. O durumda bile ancak yol ve yürüyüş alanlarının mümkün olduğunca tehlikesiz bir şekilde tutulmasından sorumlu kişiler hakkında tazminat davaları açılabilir (yasal trafik emniyet sorumluluğu). Yazgısal gelişmeleri ve yaşam risklerini kabul etme eğilimi göstermek ve kendi sorumluluğunu almak Almanya'da günümüzde hala geliştirilebilir.

# GESETZLICHE HAFTUNG FÜR PERSONENSCHÄDEN IM DEUTSCHEN RECHT

*Prof. Dr. iur. Mathias ROHE*

## **I. Einführung**

Haftungsfragen bewegen das Gemüt der Deutschen. Schon der Schriftsteller Kurt Tucholsky bemerkte „Wenn der Deutsche hinfällt, steht er nicht auf, sondern sieht sich um, wer ihm Schadensersatzpflichtig ist“<sup>1</sup>. Der Verfasser kann diesen Trend aus eigener richterlicher Tätigkeit im Fiskalsenat des Oberlandesgerichts Nürnberg bestätigen, der für Fragen der staatlichen Haftung zuständig ist. Im Folgenden werden zunächst die wichtigsten gesetzlichen Haftungsgrundlagen des deutschen Rechts für Personenschäden erläutert und mit Beispielen illustriert. Dann werden einzelne Fragen des materiellen und immateriellen Schadensersatzes erörtert, sodann erfolgt ein kurzer Blick auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Ausgeklammert bleiben die praktisch sehr bedeutsamen Fragen der Medizinschadenshaftung, welche Herr Dr. Yarayan in einem gesonderten Referat behandeln wird.

## **II. Gesetzliche Haftungsgrundlagen**

### **1. Anspruchsgrundlagen**

Gesetzliche Haftungstatbestände für Personenschäden finden sich im Bürgerlichen Gesetzbuch, vor allem in den §§ 823

---

<sup>1</sup> Kurt Tucholsky, Schnipsel, Reinbek 1976, 78.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Abs. 1 (Schutz von Leben, Körper, Gesundheit) und 2 BGB. Der Text dieser Norm lautet wie folgt:

- „(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.
- (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“

Zu den in Absatz 1 genannten „sonstigen Rechten“ zählt insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht.<sup>2</sup> Wird es schwerwiegend beeinträchtigt, beispielsweise durch in den Medien verbreitete rufschädigende falsche Tatsachenbehauptungen oder nicht mehr von der weitreichenden Pressefreiheit gedeckte Berichte über eine geschützte private Kernsphäre, oder durch unwürdige Haftbedingungen<sup>3</sup>, so haben die Gerichte teilweise beträchtliche Summen an Schmerzensgeld (immaterieller Schadensersatz) zugesprochen.

§ 823 BGB ist die am breitesten gefasste gesetzliche Haftungsregel des deutschen Zivilrechts. Sie setzt folgendes voraus:

- Eine Handlung oder ein Unterlassen bei einer Rechtspflicht zum Handeln,
- die kausal und in zurechenbarer Weise eines der genannten geschützten Rechtsgüter verletzt hat,
- die Widerrechtlichkeit dieser Verletzung,

---

<sup>2</sup> Vgl. Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 253 Randnummer 10 mit weiteren Nachweisen

<sup>3</sup> Anspruchsgrundlage ist dann § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 Grundgesetz.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Verschulden, und
- einen kausal auf der Rechtsgutsverletzung beruhenden Schaden.

Die Bestimmung der geschützten Rechtsgüter ist meist unproblematisch, da sowohl Leben als auch Körper und Gesundheit erfasst sind. Allerdings gab es auch hierbei einige Streitfälle. So hat etwa der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Infektion mit dem HIV-Virus eine Körperverletzung darstellt, auch wenn die Krankheit noch nicht ausgebrochen ist.<sup>4</sup>

Größere Probleme stellen sich hingegen bei anderen Tatbestandsmerkmalen wie der Kausalität und Zurechenbarkeit der Handlung/des Unterlassens für die Rechtsgutsverletzung. Die Rechtsprechung hatte sich beispielsweise mit der Frage zu befassen, in welchen Fällen auch eine nur psychisch vermittelte Kausalität zur Haftung führen kann.<sup>5</sup> Man denke an Fälle, in denen Eltern zusehen müssen, wie ihr Kind bei einem Verkehrsunfall schwer oder gar tödlich verletzt wird, und in der Folge schwere gesundheitliche Beeinträchtigungen erleiden, oder aber an Falllagen, in denen Fernsehzuschauer schreckliche Bilder in Nachrichtensendungen sehen, die zu ähnlichen Beeinträchtigungen führen. Solche „Schockschäden“, auch in Gestalt von Depressionen, sind dann, aber auch nur dann ersatzfähig, wenn sie über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen. Der Tod naher Angehöriger (einschließlich von Verlobten und Lebensgefährten) aufgrund einer deliktischen Handlung ist ein typischer Fall für anerkannte Schockschäden, jedoch nur insoweit, als die Schäden nach Art und Schwere über das hinausgehen, was solche Angehörige normalerweise in diesen Situationen erleiden.<sup>6</sup> Das Bundesarbeitsgericht hat die Kausalität auch in Fällen für möglich gehalten, in denen

---

<sup>4</sup> BGH NJW 2005, 2614.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu zum Beispiel Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, Vorbemerkung vor § 249 Randnummern 37 fortfolgende mit weiteren Nachweisen.

<sup>6</sup> Vgl. Beck'scher Online-Kommentar-Schubert, § 249 Randnummern 69,70 mit Kritik an dieser Einschränkung.

der Geschädigte bei erkennbarer Suizidgefahr durch „Mobbing“ in den Selbstmord getrieben wird.<sup>7</sup> Dasselbe gilt in sogenannten „Herausforderungsfällen“: Beispielsweise musste nach einem Urteil des Bundesgerichtshofs ein Straftäter Ersatz für die Verletzungen eines Polizisten leisten, der den Täter bei einem Fluchtversuch aus seiner Wohnung verfolgt hatte und bei einem Sprung aus dem Fenster Verletzungen erlitt.<sup>8</sup> Ebenso haftete ein als gewalttätig bekannter Täter für Schäden, die sein Opfer sich auf der Flucht (Sprung durch ein 8-10 Meter hoch gelegenes Fenster) zugezogen hatte.<sup>9</sup> Noch vom Zurechnungszusammenhang gedeckt sind auch bestimmte Fälle mittelbarer Verursachung, wie zum Beispiel die tödliche Erkrankung durch eine nicht grob fahrlässig herbeigeführte Infektion in einem Krankenhaus<sup>10</sup>, in das der Verletzte eingeliefert wurde, oder die Organspende durch die Mutter zur Rettung ihres verletzten Kindes.<sup>11</sup>

Andererseits ist die – noch dazu freiwillige – Konfrontation mit schockierenden Alltagserlebnissen zum allgemeinen Lebensrisiko zu zählen. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Sinne beispielsweise auch eine Klage auf materiellen und immateriellen Schadensersatz einer Mutter abgewiesen, die von der mit Zustimmung ihrer geschiedenen Mannes übermittelte Nachricht belastet war, dass dieser an einer schweren Erbkrankheit litt, die sich möglicherweise auch auf die (gemeinsamen) Kinder übertragen hat.<sup>12</sup> Ebenso sind Schäden aus einer „unangemessenen“ Verarbeitung von Erlebnissen in der Regel nicht ersatzfähig; das gilt beispielsweise bei „Rentenneurosen“, bei denen geringfügige, schnell ausgeheilte Verletzungen

---

<sup>7</sup> BAG NZA 2009, 38, 43.

<sup>8</sup> BGH NJW 1975, 168.

<sup>9</sup> BGH NJW 2002, 2232; vgl. weiterführend Münchener Kommentar BGB-Oetker, 6. Auflage 2012, § 249 Randnummern 170 fortfolgende.

<sup>10</sup> Vgl. schon Reichsgericht 105, 264.

<sup>11</sup> BGH NJW 1987, 2925.

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 2190 mit weiteren Nachweisen. Es ging um die Erbkrankheit Chorea Huntington, die zu einer tödlichen Gehirnerkrankung führen kann.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

zu völliger Arbeitsunfähigkeit führen.<sup>13</sup> Die generelle Leitlinie der Rechtsprechung ist die Frage danach, ob das zum Schaden führende Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen.<sup>14</sup>

Das BGB enthält noch einige weitere Anspruchsgrundlagen für Personenschäden (z.B. § 825 Bestimmung zu sexuellen Handlungen, § 831 Haftung des Aufsichtspflichtigen, §§ 833, 834 Haftung des Tierhalters und -aufsehers, §§ 836, 837, 838 Haftung des Grundstücks- und Gebäudebesitzers und -unterhaltungspflichtigen). Ferner finden sich wichtige Anspruchsgrundlagen in einigen Sondergesetzen wie dem Straßenverkehrsgesetz, dem Produkthaftungsgesetz, dem Haftpflichtgesetz, dem Luftverkehrsgesetz, dem Atomgesetz, dem Wasserhaushaltsgesetz, dem Arzneimittelgesetz, dem Bergbaugesetz, dem Umwelthaftungsgesetz und dem Gentechnikgesetz.

In der Rechtspraxis sind diese Ansprüche primär zu prüfen, weil sie anders als die Generalklausel des § 823 BGB kein Verschulden des Haftenden voraussetzen oder Beweiserleichterungen beinhalten.<sup>15</sup> Von besonderer praktischer Bedeutung (3.368 Verkehrstote und ungefähr 389.000 Schwer- und Leichtverletzte in Deutschland im Jahre 2014<sup>16</sup>) sind die bei Verkehrsunfällen einschlägigen Haftungsnormen der §§ 7 und 18 Straßenverkehrsgesetz.

---

<sup>13</sup> Vergleiche nur Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, Vorbemerkung vor § 249 Randnummern 38 fortfolgende mit weiteren Nachweisen.

<sup>14</sup> Vgl. nur BGH NJW 2002, 2232, 2233 mit weiteren Nachweisen.

<sup>15</sup> Zu Struktur und Gründen der außervertraglichen Haftung ohne Verschulden vgl. Rohe, Mathias, Gründe und Grenzen deliktischer Haftung – die Ordnungsaufgaben des Deliktsrechts (einschließlich der Haftung ohne Verschulden) in rechtsvergleichender Betrachtung, Archiv für die civilistische Praxis 201 (2001), 117-164.

<sup>16</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, abrufbar unter [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15\\_065\\_46241.html;jsessionid=E68D1EF46F46A14ECA494F3FF25AA FEC.cae3](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/02/PD15_065_46241.html;jsessionid=E68D1EF46F46A14ECA494F3FF25AA FEC.cae3) (02.04.15).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

§ 7 StVG: „(1) Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

- (2) Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.
- (3) Benutzt jemand das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Halters, so ist er anstelle des Halters zum Ersatz des Schadens verpflichtet; daneben bleibt der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch sein Verschulden ermöglicht worden ist. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Benutzer vom Fahrzeughalter für den Betrieb des Kraftfahrzeugs angestellt ist oder wenn ihm das Fahrzeug vom Halter überlassen worden ist. Die Sätze 1 und 2 sind auf die Benutzung eines Anhängers entsprechend anzuwenden.“

Daneben haftet der Fahrer gemäß § 18 Straßenverkehrsgesetz nur im Falle eigenen Verschuldens, das allerdings vermutet wird. Meist gelingt der Entlastungsbeweis nicht, weil die Anforderungen der Rechtsprechung an die Sorgfalt von motorisierten Verkehrsteilnehmern sehr hoch sind.

Die Halterhaftung bis zur Grenze der höheren Gewalt ist die strengste Haftungsform des deutschen Rechts. Sie spiegelt den Umstand wider, dass die Vorteile des motorisierten Straßenverkehrs für die Allgemeinheit auch gravierende Nachteile für eine große Zahl von Unfallopfern mit sich bringen. Diese Nachteile sollen dann möglichst umfassend und effizient ausgeglichen werden. Hierbei ist auch das Pflichtversicherungssystem von erheblicher Bedeutung für einen wirksamen Opferschutz: In Fällen schwerer Verletzungen verfügen die Schädiger häufig nicht annähernd über die finanziellen Ressourcen für vollständigen Schadensersatz, der Millionen von Euro betragen kann. Hier greift die Pflichtversicherung, die

überdies auch direkt in Anspruch genommen werden kann, was die Schadensabwicklung meist erleichtert.

Es sei darauf hingewiesen, dass in anderen Bereichen des Straßenverkehrs insoweit gewisse Defizite festzustellen sind, insbesondere im Hinblick auf die nicht seltenen Unfälle, die Fahrradfahrer verursachen (Verletzen von Passanten oder anderen Fahrradfahrern, ein Dauerproblem insbesondere in Universitätsstädten).

### 2. Materielle Personenschäden

Die Bestimmung des Schadensersatzes erfolgt auf der Grundlage der §§ 249 bis 254 BGB. Die hier zentral bedeutende Norm ist §§ 249 BGB:

- „(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.
- (2) Ist wegen der Verletzung einer Person (...) Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. (...).“

Mitverschulden des Geschädigten ist nach § 254 BGB und anderen korrespondierenden Normen bei der Bemessung des Schadensersatzes zu berücksichtigen.

Typische Personenschäden sind die erforderlichen Kosten für Heilbehandlung. Meist werden sie im deutschen Sozialrechtssystem von Krankenversicherungsträgern übernommen und dann im Wege des Regresses vom Schädiger oder dessen Versicherung eingefordert.<sup>17</sup> In § 116 Sozialgesetzbuch X und in § 86 Versicherungsvertragsgesetz ist der gesetzliche Übergang solcher Forderung auf die leistenden Versicherer geregelt.

---

<sup>17</sup> Vgl. nur Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 249 Randnummer 8 mit weiteren Nachweisen.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Zu den Heilungskosten zählen nach einigen Gerichtsentscheidungen auch die notwendigen Kosten für Fahrt und Übernachtung naher Angehöriger des Verletzten und gegebenenfalls Kosten für einen Babysitter, weil die Besuche naher Angehöriger typischerweise den Heilungsprozess unterstützen.<sup>18</sup>

Zu ersetzen sind ferner notwendige Kosten für die Rehabilitation Verletzter, einschließlich von erforderlichen Maßnahmen für eine berufliche Umschulung<sup>19</sup>, die Kosten für einen erforderlich werdenden behindertengerechten Umbau der Wohnung<sup>20</sup> und des Autos<sup>21</sup>.

Eigene weitere Anspruchsgrundlagen für materiellen Schadensersatz bieten §§ 843, 844 und 845 BGB. Sie lauten wie folgt:

§ 843: (1) „Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein, so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten. (..)

(3) Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. (...“

Zudem erfasst die deliktische Haftung mit §§ 844 und 845 BGB bei Todesfällen Ansprüche Dritter für Beerdigungskosten, bei Verlust des Unterhaltsanspruchs wegen Todes des Verpflichteten auch Unterhalt oder entgangene Dienste und reicht damit weiter als das vertragliche Schadensersatzrecht. Auch hier stellen sich einige praktische Schwierigkeiten, zum Beispiel bei der Festlegung, wie lange der Getötete voraussichtlich Unterhalt hätte leisten müssen oder können (Prognose über die Notwendigkeit des Unterhalts und Festlegung der mutmaßlichen Lebensdauer des getöteten Unterhaltspflichtigen<sup>22</sup>).

---

<sup>18</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 2757; BGH NJW 1989, 766; BGH NJW 1990, 1037.

<sup>19</sup> Vgl. BGH NJW-RR 1991, 854.

<sup>20</sup> BGH NJW 1982, 757.

<sup>21</sup> BGH NJW-RR 2004, 671.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 844 Randnummern 12 folgende mit weiteren Nachweisen.

### 3. Immaterielle Personenschäden

Für immaterielle Schäden kann zusätzlich zu materiellem Schadensersatz Schmerzensgeld verlangt werden, gemäß § 253 BGB sowohl als Teil gesetzlicher Haftungsansprüche als auch auf der Grundlage vertraglicher Schadensersatzansprüche. Die Norm lautet:

- „(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.
- (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige (Anmerkung für die Übersetzung: „billig“ meint hier nicht „kostengünstig“, sondern „angemessen“) Entschädigung in Geld gefordert werden.“

Weitere Haftungsnormen, auf deren Grundlage immaterieller Schadensersatz gefordert werden kann, sind § 11 Satz 2 Straßenverkehrsgesetz, § 8 Satz 2 Produkthaftungsgesetz, § 6 Haftpflichtgesetz, § 87 Absatz 2 Arzneimittelgesetz, § 36 Satz 2 Luftverkehrsgesetz, § 32 Absatz 5 Satz 2 Gentechnikgesetz und § 13 Satz 2 Umwelthaftungsgesetz.

In den vergangenen 10-20 Jahren sind insbesondere die von Gerichten zugesprochenen Summen für schwere Personenschäden erheblich gestiegen, auch wenn sie nicht mit den teilweise exorbitanten Summen US-amerikanischer Gerichtsverfahren vergleichbar sind. Die veröffentlichten Fälle reichen von ungewollten Haarverfärbungen beim Friseurbesuch (102 Euro für den Schock beim „Blick in den Spiegel“ nach einer misslungenen Dauerwelle<sup>23</sup>) bis hin zu Schwerstbehinderungen (500.000 Euro bei schwerster Querschnittslähmung<sup>24</sup>).

---

<sup>23</sup> AG Siegen 19.06.1990, NJW-RR 1990, 1248.

<sup>24</sup> OLG Schleswig 09.11.2003 (9 U 92/03).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Voraussetzung für immateriellen Schadensersatz ist eine nicht nur geringfügige Beeinträchtigung des Verletzten. Für unbedeutende Bagatellverletzungen wie nicht schmerzhaft Beulen wird kein Schmerzensgeld gewährt, obgleich auch hier immer wieder Ansprüche geltend gemacht werden.<sup>25</sup> Abgewiesen wurden zum Beispiel auch Klagen wegen der Trauer über ein getötetes Haustier<sup>26</sup> oder wegen Störung und folgendem Abbruch einer Hochzeitsfeier<sup>27</sup>. Bei schwereren Beeinträchtigungen bemessen sich die Schadensersatzbeträge nach einer umfassenden Betrachtung aller maßgeblichen Umstände im Verhältnis zu Art und Schwere der Verletzung und die Würdigung des Verhaltens des Schädigers.<sup>28</sup>

Hilfsmittel für die gerichtliche Geltendmachung sind regelmäßig veröffentlichte „Schmerzensgeldtabellen“, die meist nach Art der Verletzung oder ihrer Schwere/Höhe der Schmerzensgeldbeträge geordnet sind und einen Einschätzungsrahmen für die Geltendmachung des Schmerzensgeldes liefern.<sup>29</sup> Hierbei ist zu beachten, dass es im Interesse des Anspruchsinhabers liegt, möglichst genau denjenigen Betrag zu fordern, den im Streitfall das zuständige Gericht auch zusprechen würde. Wird zu viel gefordert, besteht die Gefahr, gemäß § 91 Zivilprozessordnung die entstandenen Prozesskosten in Höhe des Anteils übernehmen zu müssen, den das Gericht zurückgewiesen hat. Eine Erleichterung für Kläger wird dadurch geschaffen, dass sie entgegen der generellen Regel keinen festen Betrag einklagen müssen, sondern einen Betragsrahmen (zum Beispiel: 5000-6000 Euro) angeben können. Bleibt die gerichtliche Entscheidung innerhalb dieses Rahmens, gilt die Klage

---

<sup>25</sup> Vgl. nur Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle, 11. Auflage 2015, Rubrik „Bagatellverletzungen ohne Schmerzensgeld“.

<sup>26</sup> BGH NJW 2012,1730: Einstufung als allgemeines Lebensrisiko.

<sup>27</sup> OLG Brandenburg NJW-RR 2005, 253: Fehlgeleitete Feuerwerkskörper trafen Gäste einer Hochzeitsfeier, die daraufhin abgebrochen wurde.

<sup>28</sup> Vgl. nur Palandt, BGB, 74. Auflage 2015, § 253 Randnummern 15 fortfolgende mit weiteren Nachweisen.

<sup>29</sup> Zum Beispiel Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge, 33. Auflage 2014; Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 7. Auflage 2014; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle, 11. Auflage 2014.

als in vollem Umfang erfolgreich; der Beklagte muss dann die gesamten Verfahrenskosten tragen.

Um bei Schwerstverletzungen unwürdige Verfahren und Belastungen zu vermeiden, wurde der Schmerzensgeldanspruch vererblich ausgestaltet.

### III. Grenzüberschreitende Falllagen

Für Haftungsfragen in grenzüberschreitenden Fällen gelten die Regelungen der Rom II-Verordnung in Verbindung mit Art. 3 EGBGB für deliktische Ansprüche.

Auf deliktischer Haftungsebene ist regelmäßig Art. 4 Abs. 1 der Rom II-Verordnung einschlägig, welcher das Recht des Staates für anwendbar erklärt, in dem der Schaden eintritt. Dies ist regelmäßig der Ort, an welchem der Körper oder die Gesundheit der Person beeinträchtigt wurde, auch wenn einzelne Schadensposten sich erst später an einem anderen Ort realisieren; Art. 4 Abs. 1 grenzt explizit diejenigen Orte aus, an denen solche „indirekte Schadensfolgen“ eingetreten sind.

Besonderheiten gelten für Personenschäden als Folge fehlerhafter Produkte. Hier sieht Art. 5 der Rom II-Verordnung eine Spezialregelung vor, welche die Rechtsanwendungsinteressen von Produzenten und Geschädigten auszugleichen sucht. Sonderregeln finden sich weiterhin in internationalen Übereinkommen, wie bei Schäden im Luftverkehr, die unter das Montrealer Abkommen fallen.

### IV. Schluss

Die Abwicklung der Haftung für Personenschäden ist in der deutschen Rechtspraxis ein Massengeschäft angesichts von hunderttausenden von Verkehrsunfällen mit entsprechenden Schädigungen und mehr als 3.000 Verkehrstoten jährlich. Die geltenden Gesetze geben nur einen vergleichsweise abstrakten Rahmen vor, der durch eine Fülle von einzelnen Gerichtsentscheidungen und Publikationen präzisiert wird. Für speziali-

sierte Anwälte und Verbandsjuristen bietet sich hier ein breites Betätigungsfeld, nicht nur im Hinblick auf Gerichtsverfahren, sondern auch auf die meist außergerichtlich vorgenommene Abwicklung derartiger Schadensfälle. Hier ist anwaltliche Verantwortung in zwei Richtungen gefragt: Zum einen sollen selbstverständlich alle berechtigten Ansprüche der Mandanten möglichst umfassend und schnell durchgesetzt werden. Zum anderen ist es angesichts großer Klagefreude vieler Menschen hilfreich, wenn in aussichtslosen Fällen den potentiellen Mandanten hinreichend deutlich gemacht wird, dass eine weitere Geltendmachung nur unnötige Kosten und Aufwand verursacht. Der Referent war selbst einige Jahre Richter am Oberlandesgericht Nürnberg im Senat für Fiskalsachen und könnte von Fällen einer absurden Anspruchshaltung von Menschen berichten, die in leicht erkennbare Löcher treten oder bei Schnee und Glatteiseinbrüchen das Haus verlassen und sich Verletzungen zuziehen, weil sie im gewohnten Gehtempo unterwegs sind und dann zu Fall kommen. Selbst dann werden Schadensersatzprozesse gegen diejenigen angestrengt, die verpflichtet sind, Straßen und Gehwege möglichst gefahrlos benutzbar zu halten (gesetzliche Verkehrssicherungspflicht). Die Bereitschaft, schicksalhafte Entwicklungen und Lebensrisiken hinzunehmen und selbst für sich Sorge zu tragen ist im Deutschland der Gegenwart noch entwicklungsfähig.



# YARGI KARARLARI YÖNÜNDEN BEDENSEL ZARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Mine KAYA*

*Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi*

Saygıdeğer katılımcılar hepimizi saygı ile selamlıyor, bu çalışmada bizleri bir araya getiren Türkiye Barolar Birliği, Hacettepe Üniversitesi ve Friedrich-Alexander Üniversitesi'ne teşekkür ederek konuşmama başlamak istiyorum. Yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğün ihlaline yönelik olan zararları bedensel zararlar kavramı içerisinde değerlendireceğimizi öncelikle belirtmek istiyorum. Bedensel zararlar konusuna Yargıtay'ın yaklaşımını, son yıllarda bu tür zararlara bakan dairelerin kararlarından örnekler vererek sizlere anlatmak istiyorum. Sunumumuz konu, şu anlatım planına göre anlatılacaktır:

1. Bedensel zararlar ve çeşitleri
2. Bedensel zararlardaki davalar ve istem kalemleri
  - A. Maddi tazminat davalarındaki istemler
  - B. Manevi Tazminat davalarındaki istemler
3. Bedensel zararların hesaplanması yöntemleri
  - A. Maddi tazminat davalarındaki hesaplama
  - B. Manevi tazminat davalarındaki belirleme

4. Bedensel zararlardaki davalarda özel durumlar

A. Ceza-Hukuk ilişkisi

B. Rücu davaları

**1. BEDENSEL ZARARLAR VE ÇEŞİTLERİ**

Bedensel zararlar, kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel bütünlüğüne yönelik olarak verilen zararları ifade etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme benimsenmekle bedensel zararları bedensel bütünlüğün ihlali ve ölüm nedeniyle uğranılan zararlar olarak ayırmak gerekir.

**2. BEDENSEL ZARARLARDAKİ DAVALAR VE İSTEM KALEMLERİ**

Bedensel zararlar nedeniyle yargı organları önüne gelen, başka bir ifadeyle açılan davalar ise maddi ve manevi tazminat davalarıdır. Bu davaları ve bu davalardaki istem kalemlerini daha yakından inceleyecek olursak:

**A. MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ İSTEMLER**

Maddi tazminat davaları, ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle kişinin malvarlığında, malvarlığının azalması veya artışın engellenmesi şeklinde meydana gelen zararların tazmini için açılır.

Maddi tazminat davalarındaki istemler (TBK.54), bedensel bütünlüğün ihlali halinde:

- a. Tedavi giderleri
- b. Kazanç kaybı
- c. Çalışma gücünün azalması veya yitilmesi
- d. Ekonomik geleceğin sarsılması

Ölüm halinde ise (TBK.53):

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- a. Tedavi giderleri
- b. Kazanç kaybı
- c. Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi
- e. Defin giderleri
- f. Destekten yoksun kalma tazminatı olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **B. MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ İSTEMLER**

Manevi tazminat davaları ise, ölüm veya bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle uğranılan manevi zararın, duyulan elem, acı ve ızdırabın giderilmesi amacıyla açılan tazminat davalarıdır.

Bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle açılacak manevi tazminat davalarını bizzat bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişi açabileceği gibi, bu ihlal ağır bedensel bütünlüğün ihlaline yönelik ise, TBK. 56/2. maddesine göre zarar görenin yakınları da açabilecektir. Daha önce BK.'da yer almayan bu hüküm, yargı kararlarında kabul görmüş ve Kanun koyucu tarafından Kanun maddesi haline getirilmiştir. Ölüm halinde bu dava ölenin yakınları manevi tazminat isteyebilirler<sup>1</sup>.

### **3. BEDENSEL ZARARLARIN HESAPLANMASI YÖNTEMLERİ**

#### **A. MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ HESAPLAMA**

##### **a. GENEL İLKELER**

-İspat yükü, bedensel zararların tazmini davalarında davacı (zarar gören) taraftadır. Davacı hem zararı hem de zarar verenin kusuru ispat etmelidir (TBK. 50).

---

<sup>1</sup> 17. HD. 25.12.2014 gün, 2013/12759-2014/19661.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

-Zararın hesaplanacağı zaman, kural olarak olayın gerçekleştiği zamandır.

-Bu davalarda taraf hakimiyeti ve taleple bağıllık ilkesi gereği faiz (kendisi- miktarı- başlangıcı) ve teselsül konularında istem dikkate alınarak karar verilir.

-Bedensel zararlar da tazminat miktarı zarar miktarını geçemez.

### **b. MADDİ TAZMİNAT İSTEMLERİNE GÖRE ÖZEL İLKELER**

#### **aa. Tedavi giderleri**

Kişinin sağlığına kavuşması, hastalığının artmasını önleyici tüm giderlerdir. Muayene, tahlil, teşhis, ameliyat, hastane, ilaç, protez, pansuman, fizik tedavi, ambulans ücreti, yol gideri, bakıcı ücreti, estetik ameliyat giderleri, refakatçi ücreti vb. giderler tedavi giderleridir.

Tedavi giderlerini her türlü delille ispat mümkündür. Belge-tanık-bilirkişi incelemesi-TBK.50/2 maddesine göre hakimce, olayların olağan akışına ve zarar görenin aldığı önlemlere göre tedavi gideri belirlenebilir. Bu konuda 3. HD kararı şöyledir: *“Davacı vekili dilekçesinde ve yargılama sırasında olay nedeniyle tedavi, ulaşım ve konaklama giderlerinin tazminini talep etmiş, tedavinin halen devam ettiği de belirtilmiştir. Buna rağmen, mahkemece, bu konuda herhangi bir inceleme araştırma yapılmadan ve gerekçelendirilmeden bu taleplerin reddine karar verilmiştir.*

*Hükme esas alınan tazminat hesabı hakkındaki bilirkişi raporunda, davacı U.’ın tedavi giderlerinin doktor bilirkişi tarafından belirlenmesi veya mahkemece uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50. (818 sayılı BK.’nun 42.) maddesi gereğince, zararın varlığını ve tutarını kanıtlamak zorunda olan davacının, zararın gerçek tutarını kanıtlamakta zorlandığı veya kanıtlanmasının davacıdan beklenemeyeceği durumlarda yargıç, işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı önlemleri gözeterek zarar tutarını kendiliğinden belirler.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Diğer yandan, yaralanma nedeniyle tedavi, ulaşım ve konaklama gideri yapılması yaşamın olağan akışına uygun olup tüm giderlerin belgelenmesi de beklenemez. Yaralanmanın gerektirdiği belgelendirilemeyen tedavi giderleri, ulaşım ve konaklama giderleri yönünden bilirkişi incelemesi yapılarak, bu zararın da kapsamı belirlenmeli, bu yöntemle zarar tutarının belirlenememesi durumunda ise Borçlar Yasası'nın 42. maddesi gereğince takdir edilecek uygun bir tutar, belgelendirilemeyen gider olarak kabul edilmelidir"<sup>2</sup>.*

Tedavi giderlerinden biri de bakıcı gideridir. Bu konuda belirlenen bakıcı giderinin tamamının değil indirim yapılarak hüküm altına alınması gerektiği yargı kararlarında kabul görmüştür. Bakıcı giderinde belli bir miktar indirim gerekli denildiği gibi<sup>3</sup>, bu konuda oran belirten kararlar da mevcuttur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi "*Başkasının bakım ve yardımına gereksinim duyulacak biçimde yaralanma olaylarında, maddi zarar kapsamında bulunan bakıcı ücreti belirlenirken; bakım gereksinimi duyan yaralanana aile birliği içinde bakılacağı olgusunun da değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, yaralanan evli ise eşinin 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 185. maddesinde öngörülen yardım yükümlülüğünün bulunduğu; başkasının bakması durumunda ise, yaralananın her halde gelirinden bakım için bir tutar pay ayırması gerekeceği olguları göz önünde tutulmalı ve belirlenen bakıcı giderine ilişkin tazminat tutarından, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddeleri gereğince indirim yapılmalıdır. Dava konusu olayda, davacının isteyebileceği bakıcı gideri tutarının, hesaplanan bakıcı gideri zararının % 50'si kadar olacağı'nın kabulü dosya kapsamına daha uygundur. Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, bakıcı giderinden % 50 oranında indirim yapılmamış olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir"* diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur<sup>4</sup>. Ancak bakıcı giderlerinde indirim yapılmaması yönünde 17. HD. kararları mevcuttur<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> 3. HD. 17.12.2014 gün, 2014/20263-2014/16671.

<sup>3</sup> 21. HD. 17.02.2014 gün, 2013/20165-2014/2388.

<sup>4</sup> 4. HD. 23.09.2014 gün, 2013/16547-2014/12142.

<sup>5</sup> 17. HD. 25.11.2014 gün, 2013/8717-2014/16847; 05.05.2014 gün, 2013/7373-2014/7012.

**bb. Kazanç kaybı**

Tıbbî şifa süresinde zarar görenin çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazanç kaybı veya kendisi yerine çalıştırmaya zorunlu olduğu kişiye ödenen ücrettir.

Çalışılmayan süre-gelir-indirimler dikkate alınarak kazanç kaybı zararı belirlenmelidir. Geçici süre iş görülememesi nedeniyle hükmolunacak zararının belirlenmesinde geçici iş görmezlik ödeneği gibi ödemeler indirilmelidir<sup>6</sup>.

**cc. Çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi**

Sürekli çalışamaz olma veya çalışma gücünde sürekli azalmayı ifade eder. Bu kalem zararların belirlenmesinde: Kaybın derecesi (oranı), zarar görenin geliri, zarar görülen süre, dikkate alınarak hesaplama yapılır.

Burada genellikle bozmaların çalışma gücü kaybı oranının ve gelirin usulünce belirlenmemesi nedeniyle yapıldığı görülmektedir. Çalışma gücü kaybı oranı belirlemede, Yargıtay öncelikle 2659 sayılı Adli Tıp Kanunu (m. 16/II-c) gereği Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu veya Üniversite hastanelerinden rapor alınmasını ve alınacak raporda kayıp oranının “Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği” ne göre belirlenmesini istemektedir<sup>7</sup>.

**dd. Ekonomik geleceğin sarsılması**

Zarar verici eylem nedeniyle zarar görenin ilerdeki ekonomik geleceğinin olumsuz anlamda etkilenmesi nedeniyle uğrılan zarardır.

**ee. Cenaze giderleri**

Cenaze giderleri de ölümle doğrudan doğruya ilgisi olan ve ölenin dini ve sosyal ve ekonomik durumuna uygun bulunan

<sup>6</sup> 4. HD. 05.11.2012 gün,2011/12532-2012/16077.

<sup>7</sup> 4. HD. 12.06.2014 gün, 2014/8152-9849; 17. HD 04.11.2014 gün, 2013/1157-2014/15037.

giderlerdir. Bunlar cenaze nakil ücreti, kabir ücreti, mezar kazma, mezar taşı, ilan, sadaka, dini ve yerel adet gereği yapılan merasimler vb. kapsar. Her türlü delille ispatlanabilecek olup ille de belge ibrazı zorunlu değildir. Bu giderleri hakim bilirkişi incelemesi ile belirleyebileceği gibi, TBK. 50/2. maddesine göre kendisi de belirleyebilir<sup>8</sup>. Cenaze giderlerinin belirlenmesinde, çevre koşulları ile yöredeki geçerli örf ve adet de dikkate alınır.

### **ff. Destekten yoksun kalma tazminatı**

TBK. 53. maddesine göre, ölenin yardımından yararlananlar, ölüm sonucu bu yüzden yoksun kaldıkları yararları, tazminat olarak sorumludan isteyebilirler. Buna destekten yoksun kalma tazminatı denir. Destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Burada amaç, destekten yoksun kalan kimse ile desteğin yaşamaları muhtemel süre içerisinde, ölen desteğin çalışarak sağlayabileceği gelir ve kazancından ayırmak suretiyle yapabileceği yardım tutarının peşin olarak ve toptan ödetilmesidir<sup>9</sup>.

### **aaa. Destekten yoksun kalma tazminatının özellikleri**

Destekten yoksun kalma tazminatının özellikleri çeşitli yargı kararlarında şu şekilde ifade edilmiştir: Sürekli-düzenli-eylemlilik destek ilişkisine dayanması, maddi tazminat talebi olması, bağımsız olması, istisnai olması, yansıma yoluyla zarar olması, fiili bir durumu ifade etmesi, sırf hısımlık ve mirasçılığa dayanmaması, nafaka borcu olmaması ve hukuksal ilişkiyi değil eylemlilik bir durumu amaçlamasıdır.

### **bbb. Destekten yoksun kalma tazminatın özel şartları**

-Desteğin ölümü: Kanun koyucu destekten yoksun kalma tazminatını ölüm halinde istenebileceğini belirttiğinden, ancak ölüme bağlı olarak istemde bulunulabilir.

<sup>8</sup> 17. HD. 08.05.2014 gün, 2013/3908-2014/7393.

<sup>9</sup> 17. HD. 20.01.2015 gün, 2013/14567-2015/587.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

-Destek ilişkisi: Bir kimsenin eylemli, sürekli ve düzenli olarak geçimini kısmen ve tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların normal akışına göre eğer ölüm olayı olmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destektir<sup>10</sup>.

-Bakım gücü: Gerçek desteğin sahip bulunduğu veya sahip olacağı mali imkanlarıyla destekten yoksun kalana sağlığında temin ettiği veya edeceği, farazi desteğin ise gelecekte sağlayabileceği yardımlar göz önüne alınarak belirlenir. Bakım gücü gücüne esas yardımlar, mutlaka para veya eşya vererek değil hizmet etmek suretiyle de gerçekleşebilir. Evladın bayram günlerinde anne ve babasını ziyaret etmesi, evde anne ve babasına yardımcı olması ve her türlü hastalık ve sıkıntılarda yardıma koşması, emekli kişinin çarşı pazar işlerini görmesi de bakım gücüne esas yardımlardandır.

-Bakım ihtiyacı: İstemde bulunanın zaruret ve sefalet halinde düşmesini değil sosyal seviyesine uygun olan hayat tarzını devam ettirmek için gerekli imkânlardan yoksun kalmasını ifade eder.

Bu bakımdan karı-koca, anne baba ile çocuk, kardeşler, gayri resmi evliler, nişanlılar, üçüncü kişiler birbirlerine destek olabilirler. Zira “destek kavramı hukuki bir ilişkiyi değil fiili bir durumu ifade eder. Ne hısımlığa, ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır... fiilen ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi gelecekte de bu yardımı sağlayacak bakım yükümlülüğünü yerine getiren” kişinin destek sayılması gerekir<sup>11</sup>.

### **ccc. Destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasını etkileyen etkenler**

#### **1. Desteğin geliri**

<sup>10</sup> 17. HD. 06.02.2014 gün, 2013/14150-2014/1269.

<sup>11</sup> 21. HD. 25.09/2014 gün,2014/8509-18671.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

2. Destek süresi
3. Yardımın miktarı
4. İndirimler: (Tasarruf edilen giderler (bakım giderleri vb.), Sosyal Güvenlik Kurumu ödemeleri, sigorta ödemeleri, evlenme ihtimali, bölüşük kusur, hatır indirimi, vb).

Yargıtay' a göre "Gerçek zarar hesaplanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan desteğin net geliri, bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, destek görenlerin gelirden alacakları pay oranları, eşin evlenme olasılığı, gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerekir"<sup>12</sup>. Bu verilere ilişkin kararlara daha yakından bakmak gerekirse:

Desteğin geliri: Desteğin gelirin belirlenmesi uygulamada en sorunlu alanlardan olup tazminat dosyalarında çokça bozma yapılan hususlardandır. Desteğin bedeni ve fikri çalışması sonucu elde ettiği gelirin destekten yoksun kalma tazminatında esas alınması gereklidir<sup>13</sup>.

Gelirdeki artışlar, destekten yoksun kalma zararında hesaba yansımalıdır. Yargıtay' a göre "Destekten yoksun kalma ve daimi işgücü kaybı zararlarının belirlenmesinde, karar tarihine en yakın, tarihin esas alınması, bilirkişinin hüküm tarihine en yakın verileri nazara alarak raporunu düzenlemesi gerektiği 6098 sayılı TBK.'nun 75. maddesi gereği olduğu gibi Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerinden olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu hususta usulî kazanılmış haktan söz edilemeyeceği gibi hakim bu durumu duruşmanın her aşamasında kendiliğinden gözetmelidir. Bu konuda bir talep olmasa dahi hakim bu hususu doğrudan doğruya göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Kamu düzeni ile ilgili konularda usulî kazanılmış haktan söz edilemeyeceğinden bozmadan sonra asgari ücretlerin artmış olması

<sup>12</sup> 10. HD. 14.01.2014 gün, 2013/6793-2014/157.

<sup>13</sup> 17. HD. 26.02.2015 gün, 2013/16985, 2015/3499.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*durumunda dahi bu yeni artışlarında hesaplamada göz önünde tutulması gerekir”<sup>14</sup>.*

Destek süresi: Destek süresi konusunda bazı yaşam ölçütlerinden yararlanılmak suretiyle belirlenmektedir. Yargıtay’daki dairelerin çoğunluğu bu belirlemenin PMF yaşam tablosuna göre yapılması gerektiğini belirterek “CSO 1980” ve “TRH2010” tablosuna göre yapılan hesaplara dayalı kararları bozmaktadır<sup>15</sup>.

Yargıtay 10. HD. çoğunluktan ayrılarak Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu”na göre destek süresinin belirlenmesini istemektedir. İlgili Daire konuya şu şekilde yaklaşmaktadır: “Gerçek zarar miktarı; işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır. Sigortalı veya hak sahiplerinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa’dan alınan 1931 tarihli “PMF” cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tablolarının uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH2010 tablosunun bakiye ömrünün belirlenmesinde esas alınması gerekecektir.

*İşçinin 60 yaşına kadar aktif dönemde günlük net geliri üzerinden, 60 yaşından sonra bakiye ömrü kadar pasif dönemde asgari üç-*

<sup>14</sup> HGK. 17.12.1997 gün, 1997/10-1997/1074; 28.01.2004 gün, 2004/10-24-47; 21 HD. 25.5.2000 gün, 2000/4100-4206; 4 HD. 18.12.2003 gün, 2003/8596-14191 sayı, 10 HD. 10.09.1996 gün, 1996/ 7580-6635.

<sup>15</sup> HGK. 28.06.1995 gün, 94/9-628-95/694; 17. HD. 20.01.2015 gün, 2013/14564-2015/585; 17. HD. 10.02.2015 gün, 2013/16156-2015/2674; 21.HD. 18.02.2014 gün, 2013/20317-2014/2596.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ret üzerinden, her yıl için ayrı ayrı hesaplama yapılacağı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir. İşçinin günlük net geliri tespit edilerek rapor tarihi itibarıyla bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanmakta, bilinmeyen dönemdeki kazancı ise; önceki uygulamalarda yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskontoya tabi tutulmakta idi. Tazminatların peşin olarak hesaplanması, buna karşılık gelirin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminatın her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire artırım ve iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre önceki uygulamalardaki gibi %10 artırım ve iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır<sup>16</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatında indirimler konusunda Yargıtay'ın genel yaklaşımı şöyledir: "Destekten yoksun kalma ile amaç zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi giderme olduğunu göre, ölüm nedeniyle elde edilen çıkarlar varsa bunların zarar tutarından indirilmesi gerekir. Burada amaç, zarar görenin malvarlığını zenginleştirmek değil, desteğini yitiren kişiye ölümden önceki yaşam düzeyini sürdürebilme olanağı tanımaktır"<sup>17</sup>.

SGK indirimleri bakımından bunların rücuya tabi olup olmadığı araştırılarak tabi iseler zarardan indirilmeleri gerekir<sup>18</sup>.

İndirimle ilgili olarak yargı kararlarında kabul gören diğer bir husus ise, araç sigortasından yapılan ödemelerin ödeme tarihinden hesap tarihine kadar güncellenerek zarardan indirilmesidir. Örneğin: "... davalı şirket tarafından yapılan ödemeyi destekten yoksun kalma tazminatı hesabı yapılmadan önce alan davacılar, hesap tarihine kadar geçen süre nedeni ile aldığı paranın yasal faizi kadar kazanım elde etmiştir. Zarar ve yararın denkleştirilmesi

<sup>16</sup> 10. HD. 14.01.2014 gün, 2013/6793-2014/157.

<sup>17</sup> 17. HD. 20.01.2015 gün, 2013/14567-2014/587.

<sup>18</sup> 4. HD. 07.05.2014 gün, 2014/5958-7338.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*ilkesi gereğince, davacılaraya yapılan ödemenin, ödeme günü ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplandığı güne kadar geçen süredeki işlemiş yasal faizinin de ödeme tutarı ile birlikte hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi gerekir”<sup>19</sup>.*

Evlenme ihtimali de indirim sebeplerinden olup AYİM tablosuna göre hesaplama yapılmalıdır<sup>20</sup>. Ancak evlenme ihtimalinin olay tarihi itibarıyla mı, yoksa hesap tarihi itibarıyla mı yapılması gerektiği konusunda farklı kararlar bulunmaktadır. 4. HD. evlenme şansının karar tarihine en yakın tarihteki yaşa göre belirlenmesini isterken<sup>21</sup>, 17. HD. oy çokluğu ile olay tarihi itibarıyla hesap yapılması görüşündedir<sup>22</sup>.

Hatır taşıması menfaat karşılığı olmadığından, hatır indirimi zarar görenin hatır için taşınması halinde yapılması gereken indirimlerdendir<sup>23</sup>.

Bu indirimler yapılacak ama hangi usule göre indirilecek sorusu akla gelebilir. Yargıtay’a göre “Destekten yoksun kalma tazminatı ile somut zarar giderilmelidir. Bu nedenle tazminat hesabından önce zarar tutarını belirlemek gerekir... Bu bakımdan tazminat miktarının doğru belirlenmesi için zarar tutarını ve tazminat miktarını saptamada zarara ilişkin indirim nedenleri ile tazminata ilişkin indirim nedenleri uygulanmasında tazminat ilkelerince belirlenmiş sıralamaya uyulması gerekli olup, aksi halde tazminat miktarının yanlış belirlenmesi sonucu ortaya çıkabilecektir. Buna göre kural olarak önce gerçek zararı saptamak gerekli olduğu için zararlarla ilgili indirim sebepleri öncelikle ve tazminatla ilgili indirim sebepleri ise sonra uygulanmalıdır”<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> 17. HD. 13.01.2015 gün, 2013/1417-2015/252.

<sup>20</sup> 4. HD. 15.04.2014 gün, 2013/15905-2014/6301; 17. HD. 19.01.2015 gün, 2013/13891-2015/456.

<sup>21</sup> 4. HD. 07.02.2013 gün, 2012/839-2013/1958.

<sup>22</sup> 17. HD. 19.01.2015 gün, 2013/10931-2015/444.

<sup>23</sup> 17. HD. 06.04.2015 gün, 2013/16185-2015/5413; 02.03.2015 gün, 2013/15328-2015/3705.

<sup>24</sup> 17. HD. 20.01.2015 gün, 2013/14567-2014/587.

## B. MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ BELİRLEME

Manevi tazminata Yargıtay'ın yaklaşımı, bir Yargıtay kararında şöyle açıklanmıştır: *“Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi (BK.nun 47.maddesi) hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.*

*Hemen belirtmelidir ki, manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek anlamda bir tazminattır. 22.06.1966 tarihli ve 7/7 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde belirtildiği gibi, ceza değildir; çünkü davacının yararı düşünülmezsizin sorumlu olana hukukun ihlalinin dolayısı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna dair bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği için de, gerçek anlamda bir tazminat sayılmaz. Manevi tazminat mağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmalıdır. Manevi tazminatta temel olan ana düşünce budur”<sup>25</sup>.*

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde hakimin takdir hakkı bulunmakta olup, bu takdir hakkı kullanılırken saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sosyo-ekonomik durumları dikkate almalıdır. *“Tutarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşulların*

<sup>25</sup> 3.HD. 20.12.2014 gün, 2014/20262-17137.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde nesnel (objektif) olarak göstermelidir. Çünkü yasanın takdir hakkı verdiği durumlarda yargıcın, hukuk ve adalete uygun karar vereceği Medeni Yasa'nın 4. maddesinde belirtilmiştir. Takdir edilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır"<sup>26</sup>.*

### 4. BEDENSEL ZARARLARDAKİ DAVALARDA ÖZEL DURUMLAR

#### A. CEZA-HUKUK İLİŞKİSİ

Ceza- hukuk hakimi arasındaki ilişki, maddi olgu, beraat kararları (kesin beraat-unsur yokluğu-delil yetersizliği), mahkumiyet kararları (mahkumiyet-Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması), kusur (varlığı-oranı), zarar (varlığı-miktarı) yönlerinden önemli olup TBK. 74. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye Yargıtay kararlarında yer verilerek somut olay bazında ceza-hukuk ilişkisi çeşitli davalarda irdelenmiştir. Örneğin 3. Hukuk Dairesinin bir kararında konuya şöyle yaklaşılmıştır : *"Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesindeki davaya etkisini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 53.maddesi hükmünde, "Hakim, kusur olup olmadığına, yahut haksız fiilin failinin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleri ile bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesinin kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez." denilmektedir. Aynı düzenleme yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 74.maddesi hükmünde de "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz." şeklinde önceki kanuna paralel şekilde düzenlenmiştir.*

<sup>26</sup> 4. HD. 05.03.2014 gün, 2014/2641-2014/3738.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Hemen belirtilmelidir ki, hukuk hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Öğreti ve uygulamada hukuk hakiminin, maddi olaylara ve özellikle fülün hukuka aykırılığına ilişkin olarak ceza hakimi tarafından yapılan tespitlerle bağlıdır. Hukuk hakiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsü; beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak, delilleriyle tespit edilip edilmediğidir. Ceza mahkemesinin, kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki kararı, yani, fülün işlendiği sabit olduğu halde, kusurluluğa ya da kusursuzluğa ilişkin saptaması, hukuk hakimini bağlamaz. Hukuk hakimi, ceza mahkemesinin kusura ilişkin değerlendirmesiyle ve buna etkili tespit edilen olgularla bağlı kalmaksızın, taraflarca ileri sürülen delilleri toplayıp, tümünü birlikte değerlendirerek bir sonuca varmalıdır. Başka bir deyişle maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Ancak, bu bağlayıcılık ve kesin delil niteliği ceza davasında yargılanan kişi yönünden söz konusudur. Ceza mahkemesinde sanık olarak yargılanan kişi dışında başkaları hakkında açılan hukuk davasında bu kurallar uygulanamaz.*

*Somut dosyada, mahkemece kusur incelemesi yaptırılmamış, dava konusu olay ile ilgili soruşturma aşamasında İnşaat Mühendisi bilirkişi tarafından dosyaya sunulan rapor doğrultusunda hazırlanan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm tesis edilmiştir.*

*Oysa, Yargıtay HGK. 10.1.1975 gün E. 1971/T-406, K.1975/1 sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere, ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporu hukuk hakimini bağlamayacağı gibi, böyle bir rapora taraflardan birinin itirazı üzerine de, hukuk hakimi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır. Çünkü, ceza davasında yaptırılan bilirkişi incelemesi ile hukuk hakiminin yaptıracığı bilirkişi incelemesi, her iki dava türünün amaç ve ilkeleri bakımından birbirlerinden çok farklı bulunmaktadır. Hukuk hakimini, kendisinin yaptırmadığı ve fakat başka bir amaçla ve başka bir görüş açısından yaptırılan inceleme sonunda elde edilen "kusur" ve derecesiyle bağlı saymak, hem*



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*kanuna aykırı ve hem de tarafların haklarını ihlal edici bir görüşün ifadesidir*"<sup>27</sup>.

Adam öldürme nedeniyle verilen bir beraat kararı üzerine yerel mahkemece tazminatın reddine ilişkin verilen kararı inceleyen Yargıtay, "*ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hakimini bağlamayacağından, hukuk hakimi tüm delilleri değerlendirerek bir sonuca varmalıdır*" demek suretiyle kararı bozmuştur<sup>28</sup>.

Yine Yargı kararlarına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir mahkumiyet gibi değerlendirilemez, kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi, hukuk hakimini de bağlayıcı bir karar değildir<sup>29</sup>. Bu nedenle ceza davasının hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile sonuçlanması halinde, hukuk hakimi hem ceza mahkemesindeki hem de hukuk mahkemesine sunulan taraf delillerini değerlendirerek varılacak sonuca göre bir karar vermelidir.

### B. RÜCU DAVALARI

Rücu davalarına Yargıtay'ın yaklaşımı şöyledir: "*Rücunun amacı, birlikte sorumlular arasında hakkaniyete göre denge kurmaktır. Kusur kapsam belirlemede etkin ise de hakkaniyet, onunla birlikte değerlendirilmesi gereken öğelerdendir. Borçlar Yasası'nın 43. maddesi gereğince yargıç, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eder. Bundaki amaç, her olayın özelliğine göre hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşmaktır*"<sup>30</sup>. TBK. 73. Maddesinde rücu davalarında zamanlaşımı konusu düzenlenmiş olup buna göre rücu istemleri, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yıl geçmekle zamanlaşımına uğrar.

<sup>27</sup> 3. HD. 23.01.2013 gün, 2013/20672-2014/902.

<sup>28</sup> 4. HD. 01.04.2014 gün, 2013/9046-2014/5555.

<sup>29</sup> 4. HD. 23.02.2015 gün, 2014/5873-2015/1928.

<sup>30</sup> 4.HD. 16.12.2004 gün, 2014/6281-172942.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Rücu davalarında, zararın doğmasına neden olanlar yalnızca kendi kusurlarına isabet eden miktar ile sorumlu olup teselsül söz konusu olmaz. Bu nedenle rücu davalarında asıl tazminatın görüldüğü davadan farklı olarak kusurun yeniden belirlenmesi ve zarar verenlerin müteselsilen değil kusurlarına göre zarardan sorumlu tutulmaları yoluna gidilmelidir<sup>31</sup>.

Konuşmamı burada noktalarken hepinize sabrınız ve ilginiz için teşekkür ederim.

---

<sup>31</sup> 4. HD. 27.11.2014 gün, 2014/411-2014/16207.



## TAZMİNAT HUKUKU BİLİR KİŞİSİ

*Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN*

*Ankara Barosu*

Sayın Başkan, Saygıdeğer Katılımcılar

İnsanın en olmazsa olmaz hakkı yaşam hakkıdır. Bu dünyadaki varlığımızı sürdürdüğümüz bedenimizin tam ve mükemmel olarak bize hizmet edebilmesi, hayatımızı sürdürebilmemiz hangi koşullarda, hangi ekonomik durumda olursak olalım öncelikle bedenimizin sağlıklı olması ve var olması koşuluna bağlıdır. Bu çerçevede başta anayasa olmak üzere birçok kanun ile yaşam hakkı korunmuştur. Gerek Adli Yargı gerekse İdari Yargıda görülen davaların yaklaşık 1/3 lük (%30) kısmı yaşam hakkı ihlallerinden doğan tazminat davaları ve ceza davalarıdır.

O halde bu kadar önemli olan yaşam hakkı ihlallerine ilişkin zararların giderimine dair belirlenmiş ilke kararları ya da yasal düzenleme olması gerekir, diye mantık yürütsek dahi, maalesef böyle bir düzenleme yoktur. Adli Yargı ayrı, İdari Yargı ayrı, Askeri Yargı ayrı ayrı yöntemleri kullanarak bedensel zararların tazminine çalışmaktadırlar. Zaman içinde birbirlerinden etkilenseler de sonuçta aynı uzvun kaybı farklı yöntemlerle hesaplanıp farklı sonuçlara ulaşan bir tablo yaratmaktadır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55 madde ile bu acıtıcı tablonun ortadan kaldırılması, eşitler arasında eşitlik sağlanması amaçlanmış ve hesap yöntemleri olarak objektif kriterler içeren Borçlar Hukuku yöntemlerinin benimsenmesi, keyfi ve takdiri değerlendirmelerden kaçınılması esası kabul edilmiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bedensel zararların hesabı konusunda sadece yargı yolları değil, Yargıtay'ın İş Daireleri ile Ticaret Daireleri ve 4. Hukuk Dairesi arasında da zaman zaman uyuşmazlık olsa da Hukuk Genel Kurulu kararları ile uyum sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda 4. Hukuk Dairesinin bilirkişi raporlarında olmasını beklediği doğru sonuca ulaşılabilmesi için hesap verilerinin Mahkeme Hakimi tarafından takdir ve tayin edilerek farklı değerlendirmelerden kaçınılacağına işaret etmektedir. 4. Hukuk Dairesinin, halen istikrar bulmuş, bu emsal kararında; (4. HK 18.2.1992 E. 990/12641, K. 992/1813) olduğu gibi.

“Bilirkişi raporlarında hesaplamada esas alınan olgulardan çoğunun tespiti kural olarak mahkemeye aittir. Mahkeme, Tazminatın hesaplanmasında gözetilecek (Destekten yoksun kalanların desteğe muhtaç olacakları süreleri, ölenin gelirinin davacılaraya yansması oranlarının hangi esasa göre belirleneceğini, davacı eşin evlenme şansı olup olmayacağını ve evlenme şansı varsa bunun nispetini desteğin ölümü tarihindeki aylık net gelirini ve bu gelirin ileri tarihlerdeki artışlarının hangi esaslara göre tespit edileceğini, hesaplama yöntemini ve irat şeklindeki zararın peşin ödeme değerinin hesaplanmasında uygulanacak ıskonto oranının) önceden tayin ettirdikten sonra, tazminat miktarını bilirkişiye hesap ettirmelidir. Çünkü bilirkişiler tarafından yapılacak matematiksel incelemeler belli bir hukuki disiplin altına alınmadıkça benzer olaylarda daima farklı sonuçlara varılması kaçınılmaz olacaktır.”

Ölenin destekte bulunabileceği süre ile özellikle davacı eşin ‘destek olabileceği sürenin belirlenmesinde bugün genellikle PMF yaşama tablosundan yararlanılmaktadır. Ölenin çocuklarının (öğrenim durumları ve yükseköğrenim yapıp yapmayacakları, kız çocuklarının buldukları ortam itibariyle muhtemel evlenme yaşları, çocukların sağlık durumları, erkek çocukların askerlik yapacakları göz önünde tutularak) destekten yoksun kaldıkları süre yaş sınırları, tazminat raporu alınmadan önce mahkemece tespit edilmelidir: Kural olarak yükseköğrenim yapabilecek çocuklar için bu yaş sınırı 25, öğrenim yapmayan kız çocuklarının evlenme yaşı 20 ve yükseköğreni-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

mi yapmayan erkek çocuklar bakımından da desteğe muhtaç olduktan yaş sınırı 18 ila 20 olarak kabul edilmektedir. Ölen desteğin gelirinin destekten yoksun kalanlara dağılışı oranlarının tespitinde de 506. S. SSK.nun 23. Md. İle Emekli Sandığı mevzuatı kıyasen uygulanmaktadır. Eşin evlenme şansı olup olamayacağı ve evlenme şansı varsa bunun nispeti (yaşı, çocuk adedi yaşadığı ortam, sosyal ve iktisadi durumu, aile bağları gibi özel hal ve şartlara göre) hakim tarafından takdir edilme- lidir, bunun takdiri bilirkişiye bırakılamaz.

Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin ölümü tarihinden itibaren muhtemel destek sonu tarihine kadar destekten yoksun kalanlara muayyen aralıklarla yapacağı irat şeklindeki yardımlar paketinden ibarettir. Bu tazminatın desteğin ölümü tarihi ile hesap tarihi arasındaki dönem işlemiş tazminat, hesap tarihinden zarar devresi sonuna kadarki dönem ise işleyecek tazminat olmak üzere iki dönem halinde hesap edilmesi gereklidir. Bu şekildeki hesap tarzı, esasen irat şeklinde hesap edilen tazminatın peşin ödeme değerinin bulunacak bölümünün bilinmesi bakımından da zorunlu bulunmaktadır.

İşlemiş tazminata esas alınacak ücret, desteğin ölümü tarihindeki net gelirdir. Bu net gelirin hesap tarihine kadarki artışları (çalıştığı kurumdan emsallerine göre) sorulup tespit edilebilir; mümkün olmadığı takdirde delillere ve mevzuat hükümlerine göre bilirkişiye tespit ettirilir. Çünkü bilinen veya bilinebilecek gerçek varken (başlangıç gelirinin muayyen, nispette arttırılması) suretiyle varsayım yoluyla tespit edilecek gelir üzerinden işlemiş tazminat hesabı yapılamaz. Öte yandan, işlemiş tazminat hüküm tarihinde hemen ödenmesi gerekli bir tazminat türü olduğundan, onun peşin ödeme değerinin bulunmasına başka bir deyişle ıskontoya tabi tutulmasına ayrıca gerek yoktur.

İşleyecek tazminatın hesaplanmasındaki başlangıç net gelir hükmün hesap tarihi için belirlenen gelirdir. Bugün için Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması; işleyecek tazminat hesaplanırken yıllık ücret artışı değerinin %10 ve bu suretle irat şeklinde hesaplanan tazminatın peşin ödeme değerinin bulunmasında uygulanacak ıskonto oranının %10 olacağı yolundadır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hüküm veya hesap tarihinden sonraki döneme ilişkin zararın saptanması varsayımlara dayanmakla birlikte, mümkün oldukça gerçeğe en yakın bir hesap yöntemi uygulanmalıdır. Bu nedenle hüküm tarihinden sonraki yılları için zarar ve tazminatın hesabı, bazı uygulamalarda olduğu gibi ( ki AYİM ve İdari Yargı bu yöntemi uygulamaktadır.) yıllık ortalama gelir esas alınarak değil, ölenin veya zarar görenin hüküm (veya rapor) tarihindeki net geliri esas alınıp, bu tarihten itibaren ileriye yönelik her yıl için ayrı ayrı ( yıllık taksitler halinde) %10 oranında arttırılmak suretiyle yapılmalıdır. Bu şekilde belirlenen yıllık zararlar, yine hüküm /hesap tarihi itibarıyla ayrı ayrı ıskontoya tabi tutularak peşin değer bulunmalıdır.

Çalışılmayan pasif (yaşlılık) dönemine ilişkin zarar da yine aynı yöntemle yıllara göre hesaplanıp, hüküm tarihindeki peşin değeri bulunmalıdır.

Bu hesaplama yöntemi tüm Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'nun uygulamasıdır. İş Mahkemeleri açısından, ölenin hak sahiplerine bağlanan gelirin (ilk) peşin sermaye değerinin işverenin kusuruna isabet eden bölümünün hesaplanan tazminattan indirilmesi için ödenen bu aylıkların, işverene rücu edilecek kısmının tenzili gerektiğinden öncelikle işverene rücu edilecek tutarın da hesabı gereklidir.

İş davaları konusundaki ilkeleri düzenleyen 21. Hukuk Dairesi ise (29.06.2010 gün 2009/7061, 2010/7656) tazminatın saptanmasında etkili olan faktörleri; işçinin net geliri bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş göremezlik oranı, kusur dağılımı SGK tarafından bağlanan gelirin tüm peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerektiğini; işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak ıskontolama ve arttırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise 60 yaşına kadar (aktif) dönemde bilinen son kazancının yıllık olarak %10 arttırılıp %10 ıskontoya tabi tutulması suretiyle; 60 yaşından sonraki bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde ise asgari geçim indirimi dik-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kate alınmaksızın hesaplanacak net asgari ücretle elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir;

diyerek bu belirlenen zararlardan, kaçınılmazlık, kusur/kusursuzluk, SGK ödemelerinin indirimi gerektiği belirtilmektedir.

Bu hesaplama kriterleri TBK 55. Maddesinde değinilen hesaplama ilkeleridir. TBK 55. Maddesine göre artık ne SGK açısından, ne idari yargı açısından farklı hesap yöntemleri uygulanamayacağı açıktır.

İdari yargı ve Askeri İdari Yargı bu ilkeleri kendi kriterlerine uygun olmadığı gerekçesi ile reddetme eğiliminde olduklarından TBK 55. Maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuşlarsa da Yüksek Mahkeme 22.10.2014 gün ve E.2014/94 K. 2014/160 sayılı karar ile bu konuda Anayasaya aykırılık bulunmadığını şu gerekçe ile dile getirmiştir;

“İtiraz konusu kuralda, idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir.

Anayasanın 125. Maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu; son fıkrasında da idarenin kendi eylemi ve işlemlerinden doğan zarar ödemekle yükümlü bulunduğu hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'da idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler belirlenmesine karşın, sorumluluğun esasları ile zararın ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Somut bazı zararlarla sınırlı olarak idarenin sorumluluğunu düzenleyen kanunlar bulunmakta ise de idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazminiyle ilgili esasları düzenleyen genel bir kanun mevcut değildir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğun kapsamı ile bu eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararın belirlenmesinde gözetilecek esaslar yargı içtihatlarıyla şekillenmiştir.

İdari Yargıda içtihatlarla oluşturulan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri ile kişilerin idare karşısında korunma kapsamı özel hukuka nazaran daha geniş tutulmuştur. Bu çerçevede, İdare Hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmazsa da sosyal risk ve fedakarlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Özel Hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise kanunda sayılan belirli konular için düzenlenmiş olup, sınırlıdır.

İtiraz konusu kural, Kanunun ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. Maddesinde yer almaktadır. Kurallar ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanununa yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, İdari Eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanununda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebebiyle sınırladığı söylenemez.

Bu itibarla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle Adli, İdari ve Askeri Yargı da açılacak davalarda zararın hesaplanması hususunda yeknesaklık sağlamak için Kamu Yararı amacıyla İdari eylem ve işlemlerden veya idare-



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda da zararın Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirleneceğinin ön görülmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda, Anayasa'nın 2. Maddesinde düzenlenen Hukuk Devleti ilkesi ile idarenin eylem ve işlemlerinden doğan tazminat sorumluluğunu düzenleyen 125. Maddesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır."

Hesaplamalarda bir diğer farklılık da Sosyal Güvenlik Kurumu hesap ilkeleri ile Sigorta Şirketinin ölüm (destekten yoksun kalma) ve sakatlanma zarar hesaplarının farklılığında oluşmaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hesaplarında bağlanan aylıkların, peşin sermaye değeri hesabında esas alınan kriterlerin Yargıtay hesap ilkeleri ile farklılık arzemesinden kaynaklanmakta olup, özellikle rücu davaları yönünden hesaplamada oluşan farklılık ilkelerde tekleştirilmek amacı zedelemektir. Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından rücu istemli olarak bağlanan aylıkların ilk peşin sermaye değeri hesabında gerek yaşam tabloları yönünden -ki SGK tarafından TRH 2010 annüite tablosu kullanılmakta ve %5 lik teknik faiz uygulanmaktadır. Ancak zarar görenlerin zarar hesabında yaşam tablosu olarak PMF 1931 tablosu kullanılıp yıl be yıl %10 artış %10 ıskonto hesabı yapılmaktadır. Burada kullanılan %10 gelir artışı ve %10 luk ıskontonun, %5 lik teknik faiz ile hiçbir bağlantısı yoktur. Zira bu sistemde yıllık gelir artışı hiç uygulanmayıp, teknik faiz ile gelirlere ıskonto uygulanmaktadır. Bu yolla hesaplanan peşin sermaye değerinin, hak sahipleri zararından tenzili ise matematiksel olarak yanlış olduğu için Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 13.12.2013 gün ve 2012/21268 E. 2013/24392 K. Sayılı emsal kararında, rücu davalarında hak sahipleri zarar tutarının (dış tavan) hesabında da TRH 2010 yaşam tablosunun ve %5 artış ve %5 ıskonto uygulanması gereğine işaret etmiştir. Oysa bu dahi SGK'nın hesap yöntemi değildir. Bu farklılık ancak SGK'nın hesap yöntemlerini BK 55. Maddede ki esaslar gözetilerek Yargıtay İçtihatları doğrultusunda düzenlemesi ile ortadan kalkabilecektir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Diğer yandan Hazine Müsteşarlığı çıkardığı genelgelerle Sigorta Şirketlerinin ve Güvence hesabının mağdurlara trafik kazası sonrası zorunlu Sigortalar kapsamında yapacağı ödemelerde CSO 1980 yaşam tablosunun ve %3 teknik faizin uygulanmasını önermektedir. Ancak bir devlet kuruluşunun Kanuna, aykırı genelge çıkartamayacağı açık olup, Sigorta Şirketinin bu yöndeki tazminat ödemelerin Mahkemelerce Yargıtay İçtihatlarına ve BK. 55. Maddesine aykırılığından dolayı kabul görmemekte fark tazminatlar ödetilmektedir.

AYİM açısından hesaplamalar ise tamamen farklılık arz etmektedir. Zira AYİM ilkelerine göre yıllık gelir artışı %5 üzerinden yapılmakta, ortalama gelir üzerinden iskonto uygulanmaktadır. Yaşam tablosu olarak PMF 1931 kullanılmakta, barem ve terfilerine göre gelir artışları bundan ayrı olarak hesaplanıp pasif dönem geliri olarak asgari ücret değil, aktif dönem son maaşın %70'i esas alınmakta; paylaşım tabloları, evlenme şansı mahkemece tespit edilmekte, yarar hesabında kanunen yapılan ödemeler rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın tazminatta indirim yapılmakta SGK tarafından rücu edileceği belirlenmiş ise ilk peşin değer yarısı ve %25 arttırılan yarar olarak tamamı indirim sebebi olarak kabul edilmektedir.

İdare Mahkemeleri ise Emekli Sandığına bağlanan maaşlarla zararın denkleştirildiği ve maddi zararın kalmadığı görüşündedir. Bütün bu farklılıklar, hesaplama yöntemlerinde farklı esaslar alınması aynı olayda farklı sonuçlarına ulaşılmasına neden olmaktadır. Kongre programının son oturumunda tüm bu hesaplama yöntemi farklılıkları ile ulaşılan sonuçlar aynı olay üzerinden inceleme imkanı bulacağız. Keza farklı ülkeler yönünden de durum aydınlanacaktır.

4-5-6 Nisan 2013 tarihinde düzenlemiş olduğumuz Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Ulusal Kongre'de tartışılan "İnsan Zararları İhtisas Mahkemesi" kurulması ve bu yolla hem esas yönünden hem de hesap yöntemleri yönünden birliğin sağlanacağı Sn. Prof. Dr. Fikret Eren'in önerisi olarak gündeme gelmiş ve Sn. Milletvekili Av. Ahmet İyimaya tarafından kanun teklifi hazırlanarak TBMM Adalet Komisyon'un-

da kabul edilmiştir. Genel Kurul gündemine seçim çalışmaları nedeniyle taşınmamış olsa da bu konunun düşünce boyutundan uygulama boyutuna taşınabilirliğinin gösterilmesi gerçekten çok olumlu ve önemli bir girişimdir. Esasen istenilen ve özlenen de böyle bir ihtisas Mahkemesinin olması; Yargıtay da ihtisas Dairesi veya dairelerinin bulunması, bilimsel yönden de önemli bir adım olacaktır.

Bu kanun gerekçesinde:

“İnsan zararı” sorumluluğa yol açan olaydan bağımsız olarak kendi içinde tutarlı ayrı bir tür ve grup oluşturur. Gemi kazasında (çatmada) yitirilen “göz” ile iş kazasında yitirilen “göz” arasında bir fark olabilir mi? Trafik kazasında yitirilen “can/insan” ile patlamada ölen “can/insan” arasında bir fark olabilir mi? Ölüm ve cismani zararlar, kendilerini doğuran olayların hukuki niteliklerine göre değil, bizatihi zararların mahiyetine göre ayrı bir grup oluştururlar. Bunun anlamı, aynı hukuka tabi olmaları gereğidir. Denilerek “insan zararları İhtisas Mahkemesinin Kurulmasının en azından bir insan hakkı zarureti olduğuna değinilerek, Şu anda yürürlükte olan hukukumuzda göre insan zararlarına ilişkin davaların görüleceği yargı, zararı doğuran olayın (hukuki ilişkinin) niteliği esas alınarak belirlenmektedir. Zarar idari bir eylemden doğmuş ise İdari yargı (veya Askeri İdari Yargı) iş kazasından doğmuş ise İş Mahkemesi, yukarıdaki örnekte olduğu gibi çatmadan doğmuş ise Ticaret Mahkemesi davaya bakacaktır. Görüldüğü gibi zarar aynı (insan zararı) mahkemeler farklı. Bu parçalılık, eğitim görmemiş saf mantığın dahi kabul edemeyeceği bir çelişkiye işaret eder. Uyuşmazlık Mahkemesi arşivi, insan zararları bağlamında görevli mahkemeyi çatışan eksenlerde belirleme kararları (çatışan kararlar) ile doludur. Bu, zaman ve hak savurganlığından başka bir şey değildir. (AİHS m.6 – Any md. 2,138) Aynı Yüksek Mahkemenin görev gibi temel bir usuli konuda – verilerde bir değişme olmadığı halde – içtihat çatışmasını (bir zamanlar öyle, bir zamanlar böyle demesini), hangi hukuk sistemi hazmedebilir?” diyerek insan zararları Mahkemesinin önemini vurgulamıştır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sonuç olarak;

Türkiye Barolar Birliği, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Friedrich Alexander Üniversitesi ile birlikte düzenlemiş olduğumuz bu Uluslararası Bedensel Zararların Tazmini Esaslarına İlişkin Kongredeki hem ulusal bazda hem de Uluslararası bazda İnsan Zararının farklı değerlendirmelerinin sonuçlarını tartıŐtık ve son oturumda da fark göreceğiz.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Birinci Oturum*

*Soru - Cevap Bölümü*



**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)**- Efendim biz de çok çok teşekkür ediyoruz bu güzel sunum için. Şimdi soru da tabii ki sorulması gerekecek, ama çok kısaca ve çok fazla uzatmadan soruları lütfen alalım. Kendisini tanıtırsa soru sormak isteyen kişi, çok memnun oluruz.

Buyurun.

**Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)**- Hocam kısa iki sorum olacak. Birincisi Ozanoğlu hocama, ikincisi hâkime hanıma.

Hocam ifa amacı taşımayan ödemelerin tazminattan mahsup edilemeyeceğini belirtmişsiniz. Örneğin, büyük bir şirketdeki kamyon şoförü iş kazasına maruz kalıyor, belden aşağısı felç oluyor. Fakat işverenleri onu o kadar çok seviyorlar ki, 10 yıllık işçileri, çok da sadık. Eşini işe alıyorlar, çocukların üniversite giderlerini karşılıyorlar. Adamın tedavi süresince bütün masraflarını karşılıyorlar. Kiralık ev tutuyorlar vesair. Üç yıl boyunca dava açmıyor, ama dördüncü yıl dava açtı. Bu durumda bunların mahsup edilmesi gerekir mi gerekmez mi? Bunu arz edecektim.

Bundaki düşüncesi de şirketin, hem işveren mali mesuliyet sigortası var, hem ferdi kaza sigortası var. Bunu düşünerek tabii bu yardımları yapıyorlar hocam.

**Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)** İfa amacıyla eğer bunu yapıyorsa, yani ileride bu amaçla gerçekleştiriyorsa, tabii bu tür zararlar ifa amacını taşıdığını için, bu kapsamda mütalaa edilmeyecektir. Burada önemli olan ifa amacıyla olmayan, yani bu aynı zamanda zarar veren konumunda mı işveren? Eğer işveren aynı zamanda zarar veren konumundaysa, işverenin yaptığı bu öde-

meler kural olarak ifa amacıyla kabul edilmelidir, kural olarak. Bunun aksi bir durum söz konusuysa, bunun açıkça yani onun muamele iradesinin bu noktadaki muamele iradesinin açıkça belirtilmiş olması gerekir. Aksi takdirde kanun koyucu açıkça ifade ediyor, ifa amacıyla yapılmayan ödemeler. Eğer ifa amacıyla yapılıyorsa, tabii bu netice itibariyle 55. maddenin kapsamında mütalaa edilecektir.

55. maddeye baktığımızda, bakın destekten yoksun kalınması halinde bu kanun hükümlerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik... İfa amacını taşımayan ödemeler bu tür zararların belirlenmesinde gözeltmez diyor. Dolayısıyla ifa amacını taşıyorsa bu, tabii ki tazminat zarar kadardır zararı aşamaz. Bu temel fikirden hareket etmek gerekir. Dolayısıyla zararı aşamadığı için, onun gözeltmesi gerekecektir. Yani bu kapsamda mütalaa edilmemesi gerekecektir.

**Mine KAYA (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi)-** Ben o konuya ilişkin bir şey söyleyeyim izninizle, çünkü dosyalar da çok geldiği için söylüyorum. Şimdi şu birisi elma birisi armut, şu iki şeyi ayırt etmek lazım. Bir yardım yapıldıysa, bu ifa amacıyla mı yapıldı yoksa ahlaki bir ödevin ya da insani bir ödevin gereği olarak mı yapıldı? Bu ikisinin somut olay bazında ayırt etmek lazım. Bir husus indirimi gerektirir, ben buna bu şekilde bir yardım yaptım diyen taraf iddiasını ispatlamak zorunda.

Şimdi uygulamada genelde zaten bunu ifa amacıyla yapan kişilerin, çeşitli belgeler aldığı, hani makbuz niteliğinde sayılmakta biliyorsunuz. Makbuz niteliğinde belgeler aldıkları görülmekte. Ama mesela tedavi görmüş, onun başına gitmiş, üç gün başında durmuş, bir hekim arkadaşı varmış ekstradan gelmiş ona baktırmış, onun bazı özel ihtiyaçlarını karşılatmış. Bunlar ifa amacı mı, yoksa ahlaki bir ödev mi? Çünkü o anda siz ona zarar vermişsiniz, onun bir mağduriyetine sebep olmuşsunuz. O sırada yerine getirilen ahlaki ya da insani bir ödev mi? Somut olay itibariyle bunun açıklığa kavuşması lazım. Burada da ispat yükü davalı tarafta, belge varsa ne ala, şunun için



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yaptım ya da tanık dinlenebilir bu konuda. İşte bazen şey olur, tanıklar işte şu şekilde bir ödeme yaptı, bunu da zararına karşılık yapmıştı, şunun için yapmıştı. Yani manevi tazminat için yapmıştı, maddi tazminat için yapmıştı. Bunlar çok çok önemli konular, ancak somut olay itibarıyla davalı tarafın pozisyonu özellikle bunu belirler diye düşünüyorum.

**Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)- Hâkime hanım...**

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Bir soru yeter, bir başkasına da verelim. Evet, buyurun siz arkadaki arkadaşım.

**Serhat YILDIRIM (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi-Viyana Üniversitesi)-** İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi öğretim görevlisiyim, Viyana Üniversitesi medeni hukuk kürsüsünde de doktora öğrencisiyim. Şimdi mukayeseli hukukla kıyasladığımda, yurtdışındaki sistemlerde yüksek mahkemenin, bedensel zararlar ya da bu yönden doğan tazminat davalarına ilişkin olarak getirdiği bazı düzenlemeler var. Bunlardan biri de, biraz önce hocalarımın bahsettiği gibi yakınlarının tazminat talebi istemleri konusunda ağırlık kazanıyor. Ben bu noktada Türkiye'deki uygulamayı merak ediyorum. Yurtdışındaki sistem, özellikle Avusturya'daki sistem şu şekilde: Her ne kadar aile çocukları vesaire denilse de, ailelik bağı dışında örneğin evlilik bağı olmadan da hayat arkadaşı olan birinin de yine aynı şekilde destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilme imkânı tanımakta. Aynı zamanda da yine hocamızın 55. maddede bahsettiği gibi, onun diğer zarar görene yapmış olduğu yardımı da aynı şekilde 55. madde kapsamında desteklenebilecek bir yardım olarak öngörmekte.

Dolayısıyla benzer uygulamamız, benzer sistem uygulamasında nasıldır? Bizde de herhangi bir evlilik bağı vesaire olmasızın, örneğin bir hayat arkadaşına böyle bir tazminat imkânı vesaire ya da talep hakkı veriyor mu sistem? Bunu öğrenmek istiyorum.

Teşekkürler.

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Kime soruyorsunuz bu soruyu.

**Serhat YILDIRIM (İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi-Viyana Üniversitesi)-** Bütün hocalarıma ve hâkime hanıma...

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Haluk hocam siz cevap verin isterseniz.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)-** Yanımdaki usta varken benim söz almam abes olur, ama sizin söyledikleriniz zaten bizde var. Bizde de zannediyorum, yani destek kavramı son derece geniş yorumlanıyor. Yeter ki bir süreklilik ve bir bakım ilişkisi olsun. İlle de hayat arkadaşı veya ne bileyim sevgilisi olmasına bile gerek yok. Onun için hani bu söylediğiniz bizde zaten var.

İşte bizim bu şeyi de... Avusturya'da var, yahu bizim memleketimizde de var bunlar. Yani tamam yurtdışı çok güzel bir yer de, bir de bize bakalım derim arkadaşım.

Teşekkür ederim. Buyurun.

**Mine KAYA (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi)-** Akademisyen arkadaşımın sorusunu cevaplamak istiyorum. Tabii biz biraz... değinemedik. Normalde destek ilişkisi dediğimiz şey, karı-koca, anne babayla çocuklar, gerekirse kardeşler, gayri resmi evliler, nişanlılar, hatta üçüncü kişiler arasında mümkün.

Hemen elimde bir tane 21. Hukuk Dairesi kararı var. Gayri resmi eşler, yıllarca bir arada yaşamışlar, çocukları var. Beyefendi vefat etmiş, hanımefendi dava açıyor. Burada destek kavramını 21. Hukuk Dairesi hukuki bir ilişki olarak algılamadığını, fiili bir durumu ifade ettiğini. Hısımlığa ve yasanın nafaka hakkındaki hükümlere dayanmadığını, fiilen ve düzenli olarak bayanın geçimini sağlayan, kısmen ya da tamamen sağlayan yardım eden ya da olayları normal akışına göre ölüm olmasaydı sağlayabilecek olan kişinin bakım yükümlülüğünü yerine getiren kişi olması nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatını hak ettiği sonucuna varmıştır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İçtihatlar çok yerleşik, o konuda sıkıntı yok. Nişanlılar sıkıntı burada. Şimdi nişanlılara veren daireler de var. Bir de somut olay itibariyle nişanlıya... Şimdi nişanlıydı, nişanlısı öldü, iki ay sonra evlenmiş. Ben destekten yoksun kaldım diyor mesela gibi. Yani somut olayın özelliğine göre bakmak gerekiyor. Ama dediğiniz gibi bizim hukukumuzda buna cevaz veriyor. Çünkü sürekli düzenli ve eylemli bir ilişki, hısımlıkla nafakayla filan ilgisi yok.

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Buyurun, son soru olarak alıyorum.

**Av. Sercan OKUR (Manisa Barosu)-** 301 madencimizi kaybettığımız Soma ilçesinde serbest avukat olarak çalışıyorum. Barolar Birliğinin ve Manisa Barosunun maden kazasından hemen sonra düzenlemiş olduğu adli yardım hizmetinde gönüllü avukat olarak görev aldım ve bu anlamda açmış olduğumuz davalara katkısı olacağını düşünerek bugün bu kongreye katılmak için buraya geldim.

Bu konuda birkaç sorum olacak. Bir tanesi Haluk hocama, 76. maddeyle ilgili, Borçlar Kanununun 76. maddesiyle ilgili. Biz iş mahkemesinde davalarımızı açarken, 76. maddenin uygulanmasını talep ettik. Fakat bu konuda maalesef iş mahkemesi hâkimimiz, ne tensip tutanağında ne de ön inceleme tutanağında, kabulüne veya reddine dair hiçbir karar vermedi. Yani bu görmezden gelindi bu talebimiz.

Şu an için bu konuda bir şey yapabilir miyiz? Yani yaklaşık üzerinden bir iki-üç duruşma geçti. Biz talebimizi her duruşma yineliyoruz, fakat tutanağa geçmesine rağmen taleplerimiz, herhangi bir karar verilmiyor bununla ilgili.

İkincisi, biz davalarımız açarken işveren olarak maden şirketine ve bunun yanı sıra maden ocağının sahibi olarak da Türkiye Kömür İşletmelerine karşı davalarımızı yönelttik. Bu süreçte bir yıllık süre dolmak üzere. İdari yargı yoluna da başvuru yapacağız ve Enerji Bakanlığıyla Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının burada hizmet kusuru olduğunu düşü-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nüyoruz. Bu açılan idari yargı yolunda tazminat davalarını da açtığımızda hesaplama açısından bir farklılık olacak mı arada? Her iki mahkemenin arasında...

Son sorum da şu olacak: Burada ölen madenciler dışında, maden ocağında 9-10 saat mahsur kalan ve yaşadığı bu kaza nedeniyle o maden ocağında o ıstırap dolu anları yaşamaması nedeniyle ruh sağlığını kaybeden maden işçilerimiz var. Bunlar psikolojik tedavi görüyorlar ve Soma'daki mevcut çalışmaya devam eden maden şirketleri, psikolojik tedavi gören ilaç kullanan kişileri işe almıyorlar şu anda ve bu kişilerin tek meslekleri var, yıllardır madencilik yapmışlar, yeraltında çalışmışlar. Başka meslekleri, yani başka geçim kaynakları da yok. Bu durumu ekonomik geleceğin sarsılması olarak değerlendirip, bu işçilerimiz için de maddi tazminat talep edebilir miyiz?

Teşekkür ediyorum değerli bilgileriniz için, sağ olun.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)-** Şimdi bu söylediğiniz maalesef beni doğruluyor. Zaten biraz önce Sayın Mine Kaya'nın o Şahinbey Belediyesiyle ilgili verdiği örnek, beni son derece mutlu kıldı. Gerçekten kendisinden de rica ettim o kararları eğer bana faksla gönderirse teşekkür etmek için o hâkimi ararım.

İki ay önce galiba Manisa'daydım. Manisa Asliye 1. Hukuk Hâkimi yanlış hatırlamıyorum, unutmadıysam ismini Hüseyin Kovan galiba. O arkadaş da çıktı, hocam ben böyle bir karar verdim dedi. Hatta sonra şöyle bir ilave yaptı. Ben de Tekinay öğrencisiyim dedi. Bizim için Selahattin Tekinay bir başka boyuttur yani, öyledir. Yani öyle bir şey söyledi. Onun için hâkimin yaptığı iş bana göre doğru değildir. Yani en azından al değerlendir de ki, koşulları oluşmadı. Ama maalesef İstanbul'da da rastladığımız şeyler bunlar, maalesef böyle gayet rahat geçitiriyorlar. Sanki hiç söylenmemiş gibi üzerinde durulmadan geçitiriliyor.

İkinci olay, sorunun ikinci kısmı çok ilginç. Acaba bu aslında başta yapılması gereken bir olay, ama yargılamanın

herhangi bir aşamasında tekrardan gündeme getirilebilir mi? Kendi açımdan konuşuyorum, tabii yanımda Mine Hanım varken çok cesur da davranamıyorum, ama bana göre hiçbir engel olmamalı. Çünkü dava mademki devam ediyor, adı geçici ödeme zaten. Yani geçici ödeme niye istenemesin, niye talep edilemesin?

Üçüncü sorunuz, efendim işte idari kısmıyla ilgili maalesef kamu hukukunda sıfır bile değilim eksiyim, onun için ona yanıt vermeyeceğim. Son sorunuzu bir daha şöyle bir hatırlatırsanız...

**Av. Sercan OKUR (Manisa Barosu)-** Maden kazasında, maden ocağında mahsur kalan işçiler...

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)-** Hatırladım, yani hiç kuşkusuz, yani elbette ki ekonomik gelecekleri fevkalade sarsılmıştır. Hatta kürsü örneği olacak kadar kanımca açık bir şeydir. Gerçekten insanların psikolojileri öylesine sarsılıyor ki, bırakın kendilerine iş verilmemeyi, yani çalışma şevklerini yitirmiş olmaları da yeterli. Anlatabiliyor muyum? Ben sadece bunları söyleyeceğim. Tabii usta ikinci alanda belki, hesap dediniz çünkü. Buyurun.

**Mine KAYA (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi)-** Şimdi somut bir olayı sordunuz. İhsası reyde bulunmak istemiyorum. Yani ilke bazında tartışmadığımız için bir şey söylemem kanaatimce uygun olmaz diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Oturum Başkanı)-** Son soruydu, gerçekten çok güzel sorular, çok da... Evet, devam edebilirdi, yalnız vaktimiz maalesef çok çok çok aştık. Hepinize çok teşekkür ediyorum katılımınız için, hocalarıma da katılanlara da çok çok teşekkür ediyorum. Öğleden sonraki oturumda buluşmak üzere, hoşça kalın.



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*İkinci Oturum*

*“İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Yöniinden  
Bedensel Zararların Tazmini Esasları”*





**Oturum Başkanı Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği Başkan Baş Danışmanı):** Değerli arkadaşlar, öğleden sonraki ilk oturum için hoş geldiniz. Ele aldığımız konular belli ki tüm hukukçuları, özellikle uygulayıcı arkadaşlarımızı çok yakından ilgilendiriyor. Gösterilen ilgi bunun zaten göstergesi. Bu konularla doğrudan alakalı bakanlıklardan bir tanesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı malum. Ben o bakanlığın eski müsteşarlarındamım. Onun için benim korsan bir bildiri sunma hakkım var, ama bu hakkımı kullanmayacağım. Zaten çok sarktı programımız. Çok değerli konuşmacılarımız var.

Sadece şu kadarını ifade etmek istiyorum. Özellikle ele aldığımız bu konular özel hukukla ilgili bu konuda, özellikle bilirkişi müessesesiyle ilgili ki, bununla ilgili tartışmaları hepimiz biliyoruz. Haluk hocam da şöyle azıcık bir değiniverdi, özellikle o çelişkili kararlara, daireler arasındaki çelişkili kararlara filan, ama söylemek istediğim başka bir şey.

Adalet Bakanlığımızla Alman Adalet Bakanlığına bağlı bir vakfın şu anda devam eden bir işbirliği var. Özellikle bilirkişi müessesesinin revizyonuna yönelik görüş alışverişi, müşterek bir proje çalışması bu. Henüz daha belli bir sonuca varmış değil, ama geçen gün o projenin yürütücüsü Alman'la biraz sohbet etme imkânım oldu. Çok çarpıcı bir rakam, onu sadece sizlerle paylaşmak istiyorum. Özel hukuk ihtilaflarında bizim mahkemelerimizde hâkimlerimizin yüzde 80 oranında konuyu bilirkişiye havale ettiğini ifade etti. Bu yüzde 80 biraz iyimser, daha yukarıda değil mi Ali hocam? Çok daha yukarıda!

Peki, Almanya'daki bu rakamı tahmin ediniz lütfen. Bizde 80'lerin üzerinde olan bu rakamı yüzde 3 ilâ 5 arasında olarak ifade ettiler. Çok daha fazla söze umarım gerek yok. Bunu şim-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

di birleştirelim, Fikret Eren hocamın sabahki oturumda söylediği ihtisas mahkemeleriyle ilgili husus. Buyurunuz işte neşter vurulabilecek olan... Mahkemeler uzun sürüyor, sonuçlar şöyledir böyledir. İşte bütün bunlara çok kolay çözümlenebilecek olan bir nokta.

Evet, son olarak siz bizi görüyorsunuz, toplantının çerçevesini görüyorsunuz, içeriğini görüyorsunuz, ama bütün bu çalışmaların arkasında çok ciddi bir ekip var. Çok titiz özverili bir çalışma var. Hakikaten çok uzun vakitlere balığ yorucu bir çalışma var. O nedenle Çağlar hoca şimdi gitti, biraz sonra gelecek. Prof. Dr. Çağlar Özel hocanın kendi ekibindeki arkadaşlar. Onlara ben Türkiye Barolar Birliği olarak teşekkür etmek istiyorum. Bu bir, ikincisi bizim burada dış münasebetler bölümümüz var. Murat nerelerde? Sunuşu üstlenmiş olan arkadaşımız Murat Yalkın, bizim dış münasebetler bölümümüzün başında. Murat ve diğer bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyorum. Korsan bildiri yok.

Levent hoca hemen toplantıdan sonra ayrılmak zorunda, bir başka yerde ders verecek. Onun için gitmek zorunda. O nedenle ilk sözü biz Levent hocaya verelim. 15'er dakika diyelim, artık ufak tefek süre aşımaları artık o konuşmacıların takdirindedir. Buyurun hocam söz sizin.

## İŞ KAZASINDAN DOĞAN MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDA KUSURUN TAKDİRİ

*Prof. Dr. Levent AKIN*

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

Çok teşekkür ederim hocam. Bir kere öncelikle bu toplantıyı hazırlayan herkese, emeği geçen herkese çok teşekkür ediyorum. Sema Hanım okula o kadar çok geldi gitti ki, bir ara kadroya geçti filan zannettim bizim okulda. Ellerinize sağlık, çok güzel olmuş. Lütfen bağışlayın, ben programı 16.30'da ayrılmak üzerine yapmıştım, uçağa yetişeceğim. O nedenle toplantıdan hemen sonra, konuşmadan sonra çıkacağım. Sorular varsa zaten elimden geldiği kadarıyla bu konuda bir şeyler yazmaya çalışıyorum. Bana ulaşılan bir yerde mutlaka sorularınızı cevaplama imkânım olacaktır. Şimdiden çok özür dilerim, gidecek olmam sebebiyle.

Şimdi bedensel zararlarla ilgili toplantının oluşum sırasında değerli panelistlerle konuşmadan evvel, konunun hazırlanması aşamasında şunu düşünmüştüm. Dedim ki, bu konuda bir toplantı yapıldığında, katılımcıların hemen hepsi konuya vakıf kişiler olacak, bunlara elemanter bilgi vermenin hiçbir manası yok. O nedenle ben doğrudan konuya girerek, birtakım tespitlerime yer vermeye çalışacağım. Mutlaka konuya çok vakıf kişiler var karşımızda.

Bununla ilgili söyleyeceğim ilk şey bu. Bunun dışında özellikle bedensel zararlardan kaynaklanan tazminatlarda *-sabah-*

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*ki oturumları izledim-* şöyle bir problem olduğunu görüyorum. Aslında bedensel zararlarla ilgili konuşmaların hemen hepsinde, özellikle hesaplamalara, hesaplamalarda ortaya çıkan daire farklılıklarına, kavram farklılıklarına değiniliyor. Bence konu biraz daha farklı bir tarafını görmek lazım; çünkü yargı kararları üzerinden konuya yaklaşırsanız şöyle bir hata yaparsınız. Çünkü biz bunu bu altıncı toplantım benim bu tazminatlarla ilgili, Sema Hanımla konuştuk daha önce de zaten bunu. Zaten bunu 95'te biz Galatasaray'da başlattık, sonra 2001'de bir daha yaptık, Ankara'da bir daha yaptık, İstanbul'da üç kere daha yaptık. Bu beşincisi mi altıncısı mı ne oluyor, anlatmaya çalışıyoruz.

Şuna bence dikkat etmek lazım: Aslında konunun bazı esasları var, o esaslar üzerinde fikir beyan etmekte bence yarar var. Doğru olabilir, yanlış olabilir, ben başka düşünürüm, siz başka düşünürsünüz, ama hesaba çok angaje olursanız şöyle bir hata yaparsınız gibi geliyor bana. Çünkü hesaplamalara Yargıtay, hesaplama nasıl yapıldığı yönünde bakmıyor. Daha ziyade rakamın bir hesaplama ürünü olup olmadığıyla ilgili olarak bakıyor. Bir itiraz gelmediği sürece de ana ilkeler varsa hesaplama itibar ediyor. Zamanında çünkü 21'in -*Sevgili Nurten Hanım da burada dostum-* bir formül karar hazırlamak için ben de yardım istemişlerdi, hazırlamıştık. O kararda bile çok elementer bazı unsurlara değinmekle yetinmiştik. O nedenle ben olabildiğince bu konuda temel sorumluluk esasları üzerinde durmanın daha yararlı olacağını, hukuki anlamda daha katkı sağlanabileceğini düşünüyorum. O nedenle ben de kusurun takdirini kendi çapımda anlatmaya çalışacağım sizlere.

Şimdi kusurun takdiri meselesi anlatılacağı zaman, ben sizin yerinizde olsam ne beklerdim diye düşünüyorum. Şunu beklerdim: Bir kere kusur takdirinde ne önemli olan, kusurun rolü nedir bizim konumuzdan? Peki, bu nasıl takdir edilecek? Kimin kusuru ne kadar olacak? Bulduktan sonra ne işe yarayacak? Temelde dört başlığı var bu işin. Bununla ilgili kısa kısa hemen anlatmaya çalışayım.

Şimdi kusurun rolü nedir? Madem takdirini anlatmaya çalışıyoruz. Kusurun rolü şu aslında, bizde kusurun rolü temel-

de sorumluluğu doğuran unsur olarak görülmez idi. Ne zamana kadar? Kusursuz sorumluluk terk edilene kadar; çünkü Yargıtay'ın özellikle iş kazalarından kaynaklanan sorumluluğu risk esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk olarak gördüğü dönemlerde, kusura bakılmadığını görebilirsiniz. İstisnalar hariç. O nedenle kusur o dönemde, sorumluluğu doğuran etken olarak görülmemiştir. Neye yaramıştır? Tazminat miktarını belirlemeye yaramıştır. Ama bu konuda çok önemli bir değişiklik oldu. Yargıtay artık kusura dayalı sorumluluk noktasına vardı ve Hukuk Genel Kurulunun 2014 yılında verdiği çok temel bir kararda bunu dile getirdi. Tebliğim benim 40 sayfa civarındadır, bunu ben ulaştıracağım baroya, orada ayrıntılarını göreceksiniz, hepsini anlatamayacağım o nedenle.

Hukuk Genel Kurulunun 2014 yılında verdiği karar çok önemli bir karardır. Çünkü bu kararda Yargıtay acaba kusura dayalı sorumluluğu mu kabul ediyor? Kusursuz sorumluluktan yana mı tartışmalarına son noktayı koydu. Ondan önce verdiği kusura dayalı sorumluluğu destekleyen kararlarından farklı olarak. Nedir fark? Aşağı yukarı üç-dört yıldan beri kusura dayalı sorumluluk kararları geliyordu zaten. Fakat çok enteresan bu genel kurul kararı. Bu kararda kusurun nasıl belirleneceği konusunda değerlendirmede bulundu.

Müsaade ederseniz okuyacağım, çünkü benim kitabımdan alındığı için, rahat rahat kendi adıma okuyorum. Karardaki metin kitabımdan alındığı için rahat rahat okumayı tercih ediyorum. Lütfen dikkat buyurun. Diyor ki bakın: *“Kusur işlemi kendisi için getirilen yükümlülüklerle aykırı davranmasını ifade eder. Ancak bu kusurlu davranışın...”* Bu arada çevirmenlerden çok özür diliyorum, zamanım dar çok hızlı gideceğim, ne kadar çevirebilirler? Onlar da haklarını helal etsinler, yani hakikaten sıkıntılı bir durum. O nedenle lütfen kusura bakmasınlar. *“Ancak bu kusurlu davranışın yaratacağı hukuksal sonuçlar, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında değil, genel hüküm niteliği taşıyan Borçlar Kanununda düzenlenmektedir.”*

Bu noktada hemen söyleyeyim, bizim konumuzun başlığı sorumluluk hukuku anlamında iş hukukundaki sorumluluk

ilkeleri gibi görünüyör başlıkta. Aslında biz de borçlar hukuku ilkelerini kullanıyoruz, ama kendimize adapte ediyoruz, farklı bir şey yok. “Dolayısıyla –önemli yer burası- sorumluluğun hukuksal temeli ve niteliği, anılan kanundaki kural, yani kusura dayalı sorumluluktur.” Şimdi bu kural kusura dayalı sorumluluk ilk defa bu kararda ortaya konmadı. Bunu neden anlatıyorum? Bu karar bir uçak kazası kararı. Çok enteresandır, tehlike sorumluluğu olan bir dosyadır bu ve o nedenle bu davada dahi kusura dayalı sorumluluk yönünde hareket edilmesi gerektiği söylenmiş. Hatta yetinilmemiş, denilmemiş ki illiyet bağı varsa var, yoksa problem değil denilmemiş, illiyet bağıyla yetinilmemiş. Nedensellik bağına bakın, ama kusur da var mı diye bakın demiş. Bu çok önemli, bu bence yol ayrımıdır. Yani Yargıtay artık nedensellik bağıyla sınırlı bir kusurlu sorumluluktan yana değildir. O nedenle çok önemli. Artık kusurlu sorumluluk, nedensellik bağının ötesine geçip, gerçekten olayda kusurun varlığını arayan sorumluluk haline dönüşmüştür ki, iftihar edilecek bir şeydir bu, çok üzerine düşündüğümüz, yıllarca anlattığımız konuydu. Çok şükür bu noktaya geldi. Artık kusur bakılacaktır ve kusur nasıl bakılacaktır?

Şimdi bu noktada söylenecek çok şey var. Bir kere kusurun değerlendirilmesiyle ilgili çok ayrıntılı şeyler hazırladım, tebliğde göreceksiniz. Kusurun özellikle değerlendirilmesiyle ilgili şöyle bir sorunla karşı karşıya kalıyorsunuz. Çalışma yaşamıyla ilgili anlatıyorum bunu. Kusur nereye göre belirlenecek, nereye bakılarak karar verilecek? Bu konuda malum, 6031 çıkartıldı İş Sağlığı Güvenliği Kanunu. İş Sağlığı Güvenliği Kanununun özelliği nedir? Sorumluluk yaratmaz. Sorumluluğa dayandırılan kusuru tavsif eder. Yani kusuru kodifiye eder. Dolayısıyla siz bir kimsenin kusuru var mı yok mu diye bir yasaya bakarken, oradaki görevlerini yerine getirip getirmediğine bakarsınız. 6031’in de işlevi budur, öyle hazırladık onu. Yani İş Sağlığı Güvenliği Kanununun temel felsefesi, görevleri anlatmaktan ibarettir. İş Sağlığı Güvenliği Kanununu lütfen gözünüzde büyütmeyin. İnsanlar kanuna çok büyük şeyler vehmediyorlar. Zannediyorlar ki kanun her şeyi çözdü. Hiçbir şeyi çözeceği filan yok, öyle bir niyeti de yok. Sadece görevleri

anlattı. Zaten yönetmelikten biliyorsunuz kanuna dönüştürülmüş bir yapıya sahiptir. O nedenle bizim İş Sağlığı Güvenliği Kanunumuz kusuru tavsif eder.

Peki, kusuru nasıl tavsif eder? Kusuru tavsif ederken tanımlarken, işverenle işçiyi ayrı ayrı söyler. Der ki, işveren açısından kusur, yani kanunun 4. maddesi, 6031'in İş Sağlığı Güvenliği Kanununun 4. maddesi; işverenin genel yükümlülüğü. Bu 4. madde bizim eski İş Kanunundaki 77'nin biraz daha geliştirilmiş halidir, ama bir madde okuyacağım ki, zaten üç kelimesini okumam yetecek, konu bitecek orada. *"Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil –bakın önemli kısım burası- her türlü tedbirin alınması işverenin yükümlülüğündedir"* bitti, konu bitti nokta. Yani işverenin kusur sorumluluğunun çapı, objektifleştirilmiş bir kusur olarak tavana dayandırılmıştır.

Dikkat buyurun, burada objektifleşmiş kusurdan bahsediyoruz. Yani işverenlerde kusur düzeyi objektif belirleniyor. Yani o işverenin, o işyerinin, o iş sahasının, o bölgenin, o coğrafyanın kötü alışkanlıkları eksiklikleri kusur için mazeret oluşturmuyor. İşverenin ekonomik zafiyeti, sektördeki kötü alışkanlıklar, onun kusurunun daha alt düzeyde belirlenmesine yol açmıyor. Bu ne demektir? Kusur o düzeydeki bir işverenin, en iyisinden beklenen özeni göstermekten ibarettir. O nedenle yasa 4. maddesiyle, işverenin sorumluluğunu çok net belirlemiştir. Yani her türlü şeyi yapması bekleniyor.

Yargıtay buna bir şey daha eklemiştir; teknolojinin gerekli olduğu şeyler Türkiye'de yoksa yurtdışında varsa, onu da yapmalısın demiştir. Yani teknoloji Çin'de de olsa git bul diyor. Zaten Çin'de bu aralar, git bu diyor. Dolayısıyla sizin Türkiye'de bu teknoloji yok da ondan kaza oluştu deme lüksünüz de yok. Bu nereden çıkıyor? İctihatlardan çıkıyor. Doğru mu? Doğru, yıllardır böyle.

Peki, işçiler açısından kusur nasıl belirleniyor? Bu önemli, burada çok atlanıyor çünkü. Şimdi bizde iş kazalarında kusur tavsifi yapılırken genellikle işçilerin mağduriyeti konusunda hiçbir tereddüt yok. Özellikle büyük kazalarda mağduri-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yet insanlarda psikolojik anlamda da çok daha başka hislerle değerlendirmeye yol açıyor, ama soğukkanlı bakmak lazım olaya. Olayın, yani kazanın büyüklüğüyle değerlendirmelerimizi farklılaştırmamız lazım. Biz hukukçuyuz, objektif davranmalıyız. Bu konuda da bu 19. maddeye bakıyoruz. Yasa yazmış, bakın onu da okuyorum, çok basit. Yani İş Sağlığı Güvenliği Kanununun 19. maddesi “Çalışanların Yükümlülükleri” başlığı, işçinin kusuru neye göre? Çalışana kusur neye göre belirlenir? Onu anlatmaya çalışıyorum. Çalışanlar diyor, iş sağlığı güvenliğiyle ilgili aldıkları –burası çok önemli- çalışanlar iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda kendilerinin ve hareketlerinin veya yaptığı işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdürler. Uzun cümle, şunu söylüyor: Çalışanların işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri şunlardır. Yani diyor ki, ben işçiyi ancak şu durumda kusurlu sayarım diyor. Aldığı eğitim ve verilen talimatlara olan davranışları; yani eğitim almış onunla kıyaslarım, talimat verilmiş o davranışı onunla kıyaslarım.

Bakın bu çok enteresan bir şeydir, atlanır bu. Yani işçinin kusur değerlendirmesinde, onun objektif özellikleri dikkate alınmıyor yasada. Verilen eğitim, verilen talimatlar dikkate alınmıyor. O nedenle işçi kusurları değerlendirilirken, işçilerin olması gereken vasıfları üzerinde durmak mümkün değil 19. maddeye göre. Ha o zaman ne olacak? İşçideki bazı ileri bilgiler, daha iyi bilgiler, onun aleyhine sonuç doğuracak mı? Hayır, bak buna göre doğurmayacak. Verilen eğitim o değil çünkü verilen talimat da o değil.

O halde nasıl bakmak lazım? İşçilerin kusurları değerlendirilirken –çok önemli burası- işverenin verdiği talimata uygun davranıp davranmadığına bir; almışsa, verilen eğitime uygun hareket edip etmediğine göre belirlenecek. Eğitim almamışsa, talimat verilmemişse, genelde olduğu gibi ne olacak? İşte orada çok kötü durum. O zaman işte işçinin kusurunu tavsif edecek bir temel bulamıyoruz. O zaman ne oluyor? O zaman



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

işveren tarafından olaya bakıyoruz ve diyoruz ki, işçi aslında bir melek. O zaten bunu bilemezdi demeye başlıyoruz. Oysa olay böyle değil, işçinin birtakım şeyleri bilemeyeceğini, onun hiçbir şey yapamayacağını düşünmek en çok ona zarar veriyor. Çünkü onlarda bir atalete neden oluyor. Zaten patron söylemedi, zaten mühendis var denilmeye başlanıyor. O nedenle işçilerin ve işverenlerin kusurları değerlendirilirken, işverenin kusuru zaten tavanda, kusur değerlendirmesinde yükümlülüğü. İşçinin kusuru değerlendirilirken objektif bazı kriterlere yön vermek yol vermek lazım. O nedenle biz bakanlıkta defaatle anlattık, meslek eğitimine çok önem vermeniz lazım, mesleki eğitimle elde edilen sınırlı bilgi düzeyi, o kişinin evsafını belirleyecektir. Ona aykırılıklar kusura tavsif edilebilecektir dedik. Başlangıç noktasındayız, belki 15 yıl sonra bunu daha rahat söyler hale geleceğiz.

O halde işçi ve işverenin kusuru 6031'e göre belirlenmektedir. Eğitim ve talimat yoksa problem olmaktadır. O zaman işte çok daha olayı ciddi analiz etmek gerekir. Onu anlatmam çok zaman alacağı için giremiyorum ona.

Şimdi bu kusura etkisi, son başlığım kusurun takdiri. Şimdi kusurun takdiri meselesi çok enteresan; çünkü kusurun takdirinde hepimizin bildiği şöhretli bir 43. madde var, yeni 51. madde. Bu 43 iyi ki vardı. Çünkü 43 böyle kadı usulü, önümüze gelen bütün maddelere rakamlara tırpanlıyorduk ekliyorduk, acayip bir madde 43. Yani bunu yurtdışında anlatmaya kalkılırsa çeviremiyorsunuz bile. 43'ü anlattığımızda, ya diyor sizde kadınlar mı iş yapıyor? Değil, 43 ciddi teknik bir iş, ama uygulamada öyle bir hale gelmiş ki, 43'e göre indirim artırım deniliyor. 43'e göre indirim artırım, hâlbuki artırım 44'te. O bile geçmiş, yani o kadar dili alışmış ki 43'e, hatta sonra alıştılar 43-44'e göre indirim artırım. Hangisine göre indirim artırım? Bu kadar hoyratça bir ifade olur mu? 43-44'e göre indirim artırım. Birinde de artırım var, öbüründe de artırım var. Birinde de indirim var, öbüründe de var, hangisine göre? Çok farklı çünkü! Biri müterafik kusur, biri kişinin kendi kusuru, hangisine göre arttırdık, hangisine göre azalttı? Belli olmuyordu.

Şimdi bu noktada 51. madde bir şey değiştirdi mi? Değiştirmedi. Ancak bizim açımızdan çok önemli bir nüvesi vardı, o korunuyor. Şimdi yabancı dostlarımız burada değiller birçoğu. İngiliz Amerikan hukuk sisteminde, onun ayrıntılarını anlatmam mümkün değil de, şöyle küçük bir bilgi vereyim size. İngiliz Amerikan hukuk sistemindeki tazminat yapısı, bakiye zararları karşılama mantığıyla bize çok benzer. Onlarda da sigorta yardımları vardır, azdır çoktur, bakiyeyi isterler, yapı aynıdır. Fakat orada şöyle bir fark var. Onların sigorta mantığıyla yaptıkları yardımlar, bizden farklı. Biz birtakım prime esas kazanca endeksliyoruz, adamın gelirine bakıyoruz, küsuratını alıyoruz, bilmem ne yapıyoruz, bir rakam çıkarıyoruz. Onlar bir örnek verildi zaten, Amerikalı meslektaşımız göz örneğini verdi. Alabama ve Pennsylvania'daki, benzer örnek İngiltere'de vardır. Yani İtalya'da vardır. Kuzey İtalya'da kulak fiyatıyla, Güney İtalya'da kulak fiyatı farklıdır. Niye? Milano işte sanayi bölgesi, aşağısı Sicilya tarım bölgesi. Yukarıdaki kulaklar daha pahalı, kulak kesilmesi orada 100 bin liredir, aşağıda 10 bin liredir, aynı mantık orada da var. Bizde bu yok, bizde rakam teşhisi yok. Amerika'da da var, bizde yok.

Bizde ne var? Hâkimin takdir yetkisi var. İşte o kusur takdiri burada çok önemli hale geliyor. Bakın 43'ü hatırlayın diye okuyorum: *"Hâkim hal ve mevkiin icabına –burası önemli- hatanın ağırlığına göre tazminatının suretini ve şümülün derecesini tayin eder."* Anladınız, Türkçesi 51: *"Hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gereğine ve özellikle –burası önemli- kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler."*

Şimdi burada iki kriter var; duruma bak, kusura bak. Bizim davaların yüzde 90'ında duruma bakılır, kusura bakılmaz. Niye? Çünkü kusur tuhaf bir şey, matematiksel bir şey; bir rakam geliyor önünüze, fakat hâkim ikna olmuyor, 43'ü kullanıyor. Ya 43'te kusurun ağırlığı da var. Yok diyor, ben ona göre değil, duruma göre karar veriyorum. Şimdi bu durum Türk insanına uygun bir durum. Kusura göre, yani siz rakamı kusura endekli olarak belirlerseniz, o zaman hatalar olabiliyor. Neden? Çünkü önünüzdeki olaya vakıf oluyorsunuz, ama rakam

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

durumu yansıtmıyor, daha ajite bir tablo var, daha mağdur bir işçi var, daha mağdur bir işveren var. O nedenle burada kusurun ağırlığı çok çok önemli olmaktan çıktı 43'ten beri, durumun özelliği dikkate alındı.

Fakat ironik olan şey şudur: Durumun özelliği nedir diyorsunuz hâkime, kusur fazla diyor. O başka bir şey zaten, o ayrıca var. Yani bizde durumun özelliği, kusurun ağırlığı olarak algılanmaya başlandı. O nedenle benim buradaki tavsiyem, 43 yani yeni 51'in uygulamasında, durumun özelliğine bakarak tazminatlarında değerlendirmenin sürmesi gerektiği.

Şimdi bu konuda ilk oturumda söylendi, hakkaniyet meselesi, onunla bitireceğim. Hakkaniyet meselesi, bu 55. madde meselesi. 55. maddede hakkaniyetle ilgili düzenleme yapıldı. Fakat bir de biliyorsunuz 50'de bir düzenleme var. Yani aslında olay çok enteresan, sonradan eklendiği düşünülen madde gerçekten de sonra eklenmiş belli ki. 50. madde diyor ki bakın, yeni Borçlar Kanunu 50. Çok enteresan... *“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hâkim –burası önemli- olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak –burası önemli- zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”* Zararı hakkaniyete uygun olarak belirler diyor. Hakkaniyet kalktı diyorlar, var.

55'e geliyoruz, 55 diyor ki: -Burası önemli, önemli yeri okuyacağım, hepiniz biliyorsunuz konuyu- *“Hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak, hakkaniyet düşüncesinde arttırılamaz azaltılmaz.”* Hakkaniyeti zarar tespitinde kullanabiliyorsunuz yasaya göre, tazminata dönüştürürken kullanamıyorsunuz diyor 55.

Ne yapılabilir? Yasanın ifadesinden giderseniz ki, Yargıtay'ın genel eğilimi eski hakkaniyet kriterini uygulama yönünde. Çünkü Borçlar Yasası genel yasa, genel yasanın özel hükmü de denilmiyor, genel hüküm çünkü bu. Yargıtay kendi alışkanlığını sürdürebilir. Ama diyebilirsiniz ki 55. maddeyi şöyle değerlendirebiliriz diyebilirsiniz. Hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle indirilemez arttırılmaz. Yani eskiden ne yapılırdı? Yargıç derdi ki, bu rakam

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çok az, adamın kolu bacağı gitmiş yarım porsiyon, çıka çıka 50 milyar tazminat çıkmış, artıralım deyiverirdi. Niçin derdi? Rakam az diye derdi bunu. Şimdi yle demeyecek, zarar büyük diyecek mesela yine kullanabilecek onu.

Dolayısıyla gerekçeye verdiğiniz sürece, yani artırmaya ya da azaltmaya miktar dışında bir gerekçe bulduğunuz sürece, 55. maddenin iŐlevsiz hale geldiğini söylemek mümkün olmaz.

**Prof. Dr. Necdet BASA (Oturum Başkanı)-** Biz teşekkür ederiz değerli hocam. Değerli arkadaşlar görüyorsunuz, burada konuyu ele alan arkadaşlarımız, her biri konusunun A'sından Z'sine kadar uzmanı, konusuna hâkim. Bu kadar kısa süre içerisinde bu kadar dolu dolu bilgi ancak böyle verilir. Çok teşekkürler Levent hocam. Levent hocanın, baştan söyledim bir başka yerde bir başka sorumluluğu nedeniyle ayrılması gerekiyor. Kendisine güle güle diyoruz.

Değerli arkadaşlar, Türkiye Barolar Birliği ve Hacettepe Üniversitesinden bu toplantıya katkı koyan arkadaşlarımıza ben biraz önce teşekkür ettim. Sıra şimdi öbür partnerimizde. Friedrich Alexander Üniversitesinde Türk Hukuku Araştırmalar Merkezi diye bir merkez oluşturuldu. Sabah oturumda Profesör Rohe o merkezin müdürü olarak sizlere açış konuşmasında hitap etti biliyorsunuz. Almanya'da 3 milyon civarında vatandaşımız var. Bunların 1,5 milyonu filan aşağı yukarı Alman vatandaşı. Çok ciddi bir potansiyel konu onlar açısından da fevkalade önemli. O nedenle Friedrich Alexander Üniversitesinin bunu düşünerek böyle bir merkez oluşturması fevkalade önemli. Bundan sonra ki, Dr. Ali Yarıyan arkadaşımız eş başkanı bildiğimiz kadarıyla bu merkezin. Hacettepe Üniversitesi kendileri ve biz bundan sonra çok daha geniş kapsamlı toplantılarda işbirliği yapacağız. Onun teferruatını bilahare toplantıdan sonra konuşacağız. Kendilerine de bu organizasyonu birlikte yaptık çünkü. Kendilerine de çok teşekkür ediyorum. Zaten biraz sonra yine aynı üniversiteden Profesör Klumpp bize hitap edecek. Kendilerine izinleri olursa, hemen Yargıtay Tetkik Hâkimi Nurten Fidan Hanımefendiden sonra söz vereceğim. Teşekkür ediyorum kendilerine.

Oturumu saatinde bitireceğiz, biraz daha önce. Çünkü hemen benden sonra hocaların hocası Profesör Yahya Zabunoğlu hocamız var, onu bekletmek haddimize değil. Saatinde çıkacaksınız Şebnem hocam hiç merak etmeyin. Evet, çok teşekkürler ediyorum.

Şimdi sıra Nurten Hanımda, buyurunuz efendim.



## CİSMANİ ZARARLARA İLİŞKİN 21. HUKUK DAİRESİNİN GÖRÜŞLERİ

*Nurten FİDAN*

*Yargıtay 1. Başkanlık Tetkik Hâkimi*

15 sene iş kazaları ve meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davalarını da gören Sosyal Güvenlik Dairesi 21. Hukuk Dairesinde çalıştım Yargıtay'ın, 3 aydır 1. Başkanlıkta Yargıtay'ın yönetimindeyim.

Şimdi Levent hocam tabii çok akademik düzeyde kusuru anlattı. Biz hâkimler bu kadar akademik tartışmalara girmeden, teknik olarak kararlarımızda belirlediğimiz ilkelerimiz var. Ben size kısa kısa onlardan söz edeceğim. Zaman da çok sınırlı, böyle geniş bir konuda 15-20 dakika konuşmak da ayrı bir maharet istiyor. Levent Bey konuşurken, sınıf arkadaşımıdır kendisi, şeyi hatırladım. Çok ünlü bir yazar, çok sevdiği bir insana mektup yazmış, çok uzun yazmış. Kusura bakma çok zamanım yoktu o yüzden çok uzun yazmak zorunda kaldım demiş. Ayrı bir maharet istiyor aslında kısaca anlatmak. Ben de onu yapmaya çalışacağım.

Şimdi bize gelen iş kazasından kaynaklı, iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklı tazminat davalarında, öncelikle bazı ön sorunlar var. Biz bunları nasıl çözüyoruz? Onlardan söz edeceğim kısa kısa. Önce bir olayın iş kazası olduğunun tespiti gerekiyor. Bunun için de işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna belli bir süre içerisinde iş kazasını veya meslek hastalığını bildirmesi gerekiyor. Eğer bildirmemiş ise veyahut bildirmiş,

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ama Sosyal Güvenlik Kurumu olayın iş kazası olduğunu veya meslek hastalığı olduğunu kabul etmemiş ise, bu durumda biz mahkemenin iki yöntemle olayı çözmesini bekliyoruz. Kendisi bir ön sorun olarak görüp bunu, olayın iş kazası olup olmadığını, bir tespit davası olarak sonlandırabilir ve buna bağlı olarak tazminat davasını sonuçlandırabilir veya karşı tarafa, yani sigortalıya Sosyal Güvenlik Kurumunu da dahil etmek suretiyle bir tespit davası açması için önel verdirerek, o davanın bekletici mesele yapıp sonuçlanmasına göre davaya devam etmesini sağlayabilir.

Meslek hastalığının tespiti ise ayrı; zaten hangi hastalıkların meslek hastalıkları olduğu SGK'nın çıkardığı bir genelgeyle bellidir. Ama eğer o genelgedeki meslek hastalığına girmiyor ise, yasada Yüksek Sağlık Kurulu var. Öncelikle Yüksek Sağlık Kurulunun bu konuda bir rapor vermesi sağlanıyor. Eğer Yüksek Sağlık Kurulunun raporuna itiraz edilirse, Adli Tıp Kurumunun 3. İhtisas Dairesine başvuruluyor. Adli Tıp Kurumuyla Yüksek Sağlık Kurumunun raporları arasında bir çelişki varsa, bu takdirde Adli Tıp Genel Kuruluna gidilmesi yönünde bozmalarımız bir hayli çoğunlukta.

SGK iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle bir maluliyet olduğunda, eğer maluliyet yüzde 10'un üzerindeyse, genellikle sigortalıya sürekli iş göremezlik ödeneği bağlıyor. Yüzde 10'un altındaysa geçici iş göremezlik ödeneği bağlıyor. Gerekli sağlık yardımlarını da yapıyor. Genellikle işverene karşı da tedavi giderleri için davalar açılıyor, ama tedavi giderlerini karşılamakla daha çok kurum yükümlü olduğu için, biz bu davaların reddedilmesi gerektiği yönünde bozmalar yapıyoruz. Meğerki işverenin karşılamadığı bir tedavi gideri olsun, bu tedavi gideri ne olabilir? Özellikle estetik giderler kurumun karşılamadığı giderler oluyor. Bunu da sigortalının kanıtlaması çok zor, hayati derecede önemli olması gerekiyor. Bir genç kızdır, yüzünde büyük bir iz vardır. Bunun giderilmesi için estetik operasyon geçirmiştir. Bunun karşılanması için işvereni dava edebilir.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ana babanın da iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle vefat eden sigortalıdan dolayı maddi tazminat isteme hakları var. Malul kalan sigortalı için manevi tazminat isteyebiliyor, maddi tazminat isteyemiyorlar. Bunun için 2003'ten itibaren, artık başka bir kurumdan gelir veya aylık almamış olmak yeterli oluyor, ana babanın maddi tazminat istemesi ve kurumun ana babaya gelir bağlaması için.

Tabii Sosyal Güvenlik Kurumu ödediği sağlık yardımlarını ve bağladığı gelirleri, daha sonra işverene rücu edebiliyor. 10. Hukuk Dairesi de bu rücu davalarıyla ilgilenir. Oraya girmeyeceğim, süre çok sınırlı olduğu için.

İş göremezlik oranı yüzde sıfır ise, çoğu kez maddi tazminat talebi reddediliyor mahkemelerce, ama biz daire olarak o iş göremez olduğu dönem için, diyelim ki bir ay raporlu kalmış yatmış. O dönemde %100 malul olduğu varsayılarak, yani hak ettiği o aylık ücreti tamamen alması gerektiğini varsayarak bir hesap yapılması ve maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğini söylüyoruz. Hesabın nasıl yapılacağına yine girmeyeceğim uzun uzun.

Maddi zarar hesabında ise, hesabın bel kemiğini ücret oluşturuyor. Asgari ücret kamu düzenine ilişkindir. Bizim iş kazaları meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davalarında da ve mahkemenin bunu resen gözetmesi gerekir ve asgari ücretin altında hesap yapılamıyor. İşveren işçiyi asgari ücretin altında çalışmış göstermiş olsa dahi, asgari ücretin altında hesap yapılamıyor. Bu kesin bir bozma nedeni. Ücretle ilgili şöyle bir sorun çıkıyor genellikle. Hepiniz de bilirsiniz, kayıt dışı çalışmalarda ve kayıt dışı ücretlerde genellikle çok kalifiye bir işçi dahi olsa, asgari ücretten çalıştırılmış gibi gösterilmek suretiyle birtakım işveren yükümlülüklerinden kurtulunmaya çalışılıyor. Bu durumda işçi nasıl kanıtlayacak asgari ücretin üzerinde çalıştığını ve hesabın buna göre yapılması gerektiğini?

Biz bu durumda 21. Hukuk Dairesi olarak, eğer işçinin yaptığı iş, yaşı kıdemi, işyerinin mahiyeti, asgari ücretle çalışmasını hayatın olağan akışına aykırı bir durum olarak görüyor

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

isek, bu takdirde bunu her türlü delille kanıtlaması imkânını sağlıyoruz. Bu nasıl oluyor? Tanık dinletebilir, ama her şeyden önce diyelim ki bir bilgisayar mühendisi ve asgari ücretten çalıştırılmış gösterilmiş. Bir sefer hayatın olağan akışına aykırı olduğu için tanıklarla, tabii yazılı delil, makbuz veya işverenin işçiyi çalıştırırken ücretine dair verdiği bir belge -genellikle bankaya verilen belgeler oluyor bunlar- ibraz edilebilir. Ama biz mahkemeden de emsal ücret araştırması yapmasını istiyoruz. Bunu nasıl yapacak? Genellikle ticaret odalarından soruluyor, ama biz daire olarak meslek odalarından sorulmasını tercih ediyoruz. Ücretle ilgili bunlar var. Tabii asgari ücretle çalışması, yaşamın olağan akışına uygun ise, asgari ücret iddialarının dinlenmemesi yönünde bozmalarımız da var.

Toplu iş sözleşmesi ücret konusunda önemli; eğer toplu iş sözleşmesinin yapılmış olup olmadığını da mahkemenin kamu düzenine ilişkin olduğundan resen araştırması gerekiyor.

Maddi tazminat hesabında önemli olan bir diğer husus, sağ kalan eşin evlenme şansı. Bununla ilgili çok eski tablolar var, çok güncel değil ve genellikle hâkimler bilirkişiye bırakıyor evlenme şansının oranını. Onlar da o tablolara bakmak suretiyle değerlendirme yapıyorlar, ama aslında hâkimin evlenme şansını, işte sağ kalan eşin çocuk sayısı yaşı, sosyal ekonomik durumu, fiziki görünümü gibi birtakım kriterlere bakarak belirleyip, bilirkişiye bu oran üzerinden indirim yapmasını, evlenme şansının olup olmadığı yönünde indirim yapmasını istemesi gerekir diyoruz.

Nikâhsız eşin durumuyla ilgili olarak, ilginç bir emsal kararımız var. Onun bir yerini okumak istiyorum. 21. Hukuk Dairesi olarak destek kavramını çok geniş tutuyoruz. Bunu göstermesi bakımından, kısa paragrafı okumak isterim: *“Destek kavramı hukuki bir ilişkiyi değil, fiili bir durumu ifade eder. Medeni Yasa uyarınca evlilik bağı kurulmasa bile, karı koca olarak bir araya gelerek bu amaç ve duyguyla yaşamın sürdürülmesi karşısında, kadınlar için fiilen ve düzenli olarak onun geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak biçimde yardım eden ve olayları normal akışına göre, eğer ölüm gerçekleşmeseydi gelecekte de bu yardımı sağlayacak, ba-*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*kım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerekir. Bu nedenle nikâhsız eşin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölüm nedeniyle destekten yoksun kalmaya dayalı olarak maddi ve manevi tazminat davası açma hakkı vardır.”*

Bununla ilgili birçok sorunuzun olabileceğini tahmin ediyorum. Ama burada daha çok dairenin göz önünde bulundurduğu, aslında ülkemizde yaygın şekilde sosyal bir olgu olarak ortaya çıkan imam nikâhlı evlilikler ve bu evliliklerden çocukların da artık doğmuş olması. Böyle bir mazereti var. Tabii nikâhsız eşe maddi tazminata hükmedilirken, o eşin evlenme şansının bekâr olduğu için daha yüksek olması nedeniyle bir indirim yapılması gerektiğini belirttiğimiz bozularımız da var. İkinci olarak da, tabii kurum gelir bağlamamış olduğu için nikâhsız eşe, böyle bir indirim, peşin sermaye değeri indirimi, kurumun bağladığı gelirin indirimi gerçekleşmemiş olduğundan da, ayrıca bir indirim yapılması gerektiğini belirtiyoruz.

Sanırım ikinci gün maddi zararın hesabına girilecek, ama şöyle kısaca bir-iki bir şey söyleyeyim. Bizim dairemizde de PMF, yaşam süresi olarak PMF çok eski bir tablo. Artık Sosyal Güvenlik Kurumu da peşin değeri hesaplarırken aslında dikkate almıyor. Ama biz 1931 tarihli PMF yaşam tablosunu esas alıyoruz destek süresini ve bakiye ömür süresini hesaplarırken.

İkinci olarak %10 bilinmeyen dönem için, bunlar hepinizin bildiğini varsayarak anlattığım şeyler. Umarım çok teknik ve kafanızı karıştıran şeyler olmamıştır. Bilinmeyen dönem için, yani hesap raporundan sonraki dönem için, eğer ücret bilinmiyorsa, %10 artış ve indirim yapılarak varsayımsal bir ücret belirlenmesi şeklinde bir hesap yöntemimiz var.

Eskiden dairemiz üçte iki oranında maluliyet gerçekleşmemiş ise, pasif dönem de hesaba dahil edilmiyordu maddi zarar hesabına. Yaklaşık 7-8 yıl önce artık maluliyet kaç olursa olsun, yaşamının kalan döneminde işgücü azalmış bir şekilde devam etmek zorunda olduğu için, pasif dönem hesabının da yapılarak hesaba dahil edilmesi yönünde kararlar aldık.

Çocuklar için destek süresi, erkek çocukları için 18 yaş, yüksek öğrenim yapmaları halinde 21 yaş; kız çocukları için, köyde oturmaları halinde 18, kentte oturmaları halinde 22 ve yine üniversite okuyor olmaları halinde 25 yaşına kadar hesap yapılıyor.

Bakıma muhtaç ise bir sigortalı, eğer bakıma muhtaç derecede malul olmuş ise, bu takdirde bir de bakıcı gideri hesabı yapılıyor ve bakıcı gideri hesabı genellikle... Genellikle değil, asgari ücretten yapılıyor, ama duruma göre neti ya da brütü üzerinden hesap yapılabilir.

Müteselsil sorumluluk esasına dayanarak açılmışsa dava, her işverenin kusuruna isabet eden kısım üzerinden tazminata hükmediliyor. Değilse tamamına hükmediliyor. Kaçınılmazlık indirimi, bizde işveren için kaçınılmazlık kaç verilmiş... İşverene ne kadar verilmiş olursa olsun, kaçınılmazlık oranının yüzde 60'ından işveren sorumlu tutuluyor. Biraz önce Levent Beyin dediği gibi, asli sorumlu olarak işveren sayıldığı için.

Hakkaniyet indirimini yine Levent de değindi. Hakkaniyet indirimini artık yapmıyoruz Borçlar Yasası uyarınca miktardan bir indirim yapmıyoruz. Ama mesela bakıcı gideri çok çıktığında, zarar miktarından indirim yapılması gerektiğini belirtiyoruz.

Eskiden hükme en yakın tarihli son peşin sermaye değerinin, kurumca bağlanan peşin değer indirilmesi gerektiği yönünde bozularımız var iken, yaklaşık iki yıl öncesinden itibaren, artık ilk peşin değeri indiriyoruz. O da yine Borçlar Yasasındaki değişiklik uyarınca, ancak rücu edilebilen kısımlar indirilebileceği için.

Faiz başlangıcı iş kazasından, olay tarihinden tabii talep edilmişse eğer dava dilekçesinde, meslek hastalığı halinde de rapor tarihinden itibaren faize hükmediliyor. Sigorta şirketleri içinse, temerrüt tarihinden itibaren. Temerrüde düşürülmemişse, dava tarihinden itibaren uygulanıyor. İbraname için zamanım kalmadı galiba, açıklayamayacağım.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Islahla ilgili bir şey söyleyeyim. Manevi tazminatın ıslah dilekçesiyle istenemeyeceğini söylüyoruz, ama bir ek dava gibi başvuru harcı yatırılmak suretiyle eğer dava açılmışsa ıslah dilekçesi verilmişse, ancak bu takdirde artık onun bir ek dava olduğunu düşünüp kabul ediyoruz. Bozmadan sonra ıslah olmaz, bu ne yazık bütün daireler arasında bir içtihat birliği olan bir husus değil. Hatta içtihadı birleştirme talep edildi ve o görüşülüyor şimdi Yargıtay'ın 1. Başkanlık Divanında. Umarım kesinliğe kavuşturulacak, ama 21. Hukuk Dairesi olarak muhalefet şerhleri olsa dahi, bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı yönünde kararlarımız var.

Zamanaşımı 10 yıldır.

*(Salondan konuşma yapılıyor)*

İbranamede, eğer ibranamede zarar güncellemesi yapılmasını istiyoruz bilirkişilerce. Zarar güncellendiğinde, ibraname-nin verildiği tarihteki bedel ile hesap edilen zarar arasında açık bir oransızlık varsa, onu biz artık gerçek bir ibraname değil, bir makbuz niteliğinde bir belge olarak görüyoruz ve tazminattan indirim nedeni sayıyoruz, indiriyoruz. Ama açık bir oransızlık yok ise örtüşüyorsa zarar güncellenmesinden sonra, artık o bir gerçek ibranamedir diyoruz. Yeni Borçlar Yasasında biliyorsunuz ibranamenin yazılı olması, banka aracılığıyla yapılması ve neden verildiği yönünde kesin bir açıklamanın yapılmış olması gibi birtakım sıkı şekli koşullara bağlanmış durumda. Kısaca ibranameyle ilgili bunu söyleyeyim.

Çok teşekkür ediyoruz. Şimdi söz Almanya'dan gelen dostumuz Sayın Prof. Dr. Steffen Klumpp'ta. Buyurunuz efendim, söz sizin.

**Prof. Dr. Necdet BASA (Oturum Başkanı)**Biz çok teşekkür ederiz. Sıkıcı veya değil, Yargıtay i hukukumuzda malum birçok bakımdan nihai karar mercii. Nihai karar mercii birçok bakımdan diyorum. Çünkü malum Anayasa Mahkememize bireysel başvuru yolu için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alıp, Anayasamızda da ifadesini bulan temel hak ve özgürlüklerin birinin veya birkaçının ihlali durumunda başvurma imkânı var. Onun için birçok bakımdan nihai mercii diyorum. O nedenle de fevkalade önemli tabii Yargıtay'ın konuya ilişkin görüşleri.

# ALMAN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA İNSAN YARALANMASI<sup>1</sup>

*Prof. Dr. Steffen KLUMPP*  
*Friedrich Alexander Üniversitesi*

## **Referans noktası olarak insan yaralanması**

Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda insan yaralanması çok farklı yasal tepkimelerin çıkış noktasıdır. Bu tepkilemeler öte yandan sistematik bir değerlendirme çerçevesinde Alman hukuk düzenine ilişkin birbirinden tamamen farklı iki alt sistem olarak görülmelidir. İnsan yaralanmalarıyla ilgili iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin tüm bakış açılarını bu konferans kapsamında ele almak mümkün olmayacaktır, bu bakımdan çalışanların işveren lehine sürdürdükleri faaliyetler esnasında meydana gelen yaralanmalar konusunu esas nokta olarak ele almak istiyorum. Alman İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda bu durum iş kazası terimi ile belirlenmektedir.

## **İş hukuku ve dolayısıyla özel hukuk ilişkisi**

Öncelikle doğal olarak – daha iyi anlaşılması açısından – iş hukukuna ilişkin diğer bir sonuç hakkında kısa bir özet getirelim. Kamusal iş güvenliği yasası hariç tutulmak kaydıyla, geniş ölçüde bölümleriyle iş hukuku özel hukuk temeli üzerine yapılandırılmış olup, çalışanla ilgili bir yaralanma vakasında herşeyden önce işçi güvenliğini dikkate almaktadır ki, bu da

---

<sup>1</sup> Konferans biçimi aynen korunmuştur.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

iş ilişkisinin korunması için bir itki olarak çalışanın yaşamsal ekonomik temel esaslarıyla ilgilidir. Buna göre, bir yaralanma nedeniyle çalışamaz ve kendisinden beklenen iş verimini sağlayamaz duruma geldiğinde prensip olarak<sup>2</sup> işverene karşı altı haftaya kadar çalışmadan ücretini almaya devam etme hakkını korumaktadır, § 3 EFZG (Hastalık durumunda ücretlerin ödenmesine dair yasa, madde 3). Böylelikle yaralanma nedeniyle çalışanın çalışamaz durumda olmasından kaynaklanan yaşamsal ekonomik riski indirgenmiş olmaktadır. Yaralanma sonucu çalışamaz duruma gelmiş bir çalışanın durumunda aynı düşünceyle Alman mevcut hakların korunması hukuku söz konusu olmaktadır ki, ancak bu prensip olarak uygunluk esasına dayalı olduğu ve aynı zamanda da işverenin bu çalışamaz halinde başvuracağı tek ve son çare olması durumunda geçerli olabilmektedir.<sup>3</sup> Ancak bu İşten Çıkarılmama Güvencesi Yasasının 23. maddesi 1. fıkrası gereği on kadar çalışanı olan küçük ölçekli işletmelerin dışındaki işletmeler için geçerlidir. Böylelikle iş hukuku, çalışanın yaralanması ve kendisinden beklenen iş verimliliğini sağlayamaması durumunda dolaylı olarak meydana gelen ekonomik kayıpların önlenmesine ilişkin denkleştirme konusuna belirgin bir odaklanma getirmektedir.

İşbu sistem özel hukukun yöntemleriyle karakterize olup, (ince farklılıklarla birlikte) bir hukuk davası olarak görülen iş mahkemesi davaları kapsamında çalışanın işverene karşı haklarına ilişkin yaptırımları gerçekleştirmektedir.

Esas itibarıyla sosyal güvenliğe ilişkin olarak Sağlık Sigortası Kanunu

Diğer taraftan sosyal güvenlik hukuku evvela bir yaralanma durumunda tekrar sağlığa kavuşma olanakları sağlama hedefiyle iş ilişkisi hususunu konu dışı bırakma suretiyle tepkileme gösterir. Burada temel esas olarak düzenleme merkezi

<sup>2</sup> Zur Fortsetzungserkrankung ErfK/Reinhard, 15. Aufl. 2015, EFZG § 3 Rn. 34, 38.

<sup>3</sup> Dazu BAG 30.9.2010 - 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39; BAG 8.11.2007 - 2 AZR 292/06, NZA 2008, 593; BAG 18.1.2007 - 2 AZR 759/05, AP Nr. 44 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yasal sağlık sigortası hukuku olmaktadır. Burada belirleyici olan Sosyal Güvenlik Kanunu Cilt V yasal sigortalıya sosyal hizmet sağlayıcı olan ilgili sigorta kurumuna karşı bir hastalığın tedavi edilmesini talep hakkı tanımaktadır. Sosyal Sigorta Hukukunun bu sistemi yasal yöntemlerine ilişkin olarak ve prosedürel yasal icra açısından kamusal karakterize bir sistemdir. Yasal sigortalı bir tedavi talep hakkı kapsamında karmaşık bir kamusal hizmet sistemine bağlı kalmaktadır ki, bu sistemi sigortalı işverenle birlikte primleriyle finanse etmektedir ve bu sistem kendi prensipleri temelinde işlemektedir, örneğin sigortalının tedavi talep hakkı bir tedaviye ilişkin bulunmakta olup, bakım maliyetinin ödenmesi olarak adlandırılan esasa istinaden sigortalının sağlık sigortasından bakım maliyetlerinin ödenmesine ilişkin bir talep hakkı bulunmamaktadır.

### **Önce: Yasal hedef olarak hasar önleme**

Herşeyden önce doğal olarak her iki alanda da, yani İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda hedef, bir çalışma kapsamında meydana gelebilecek muhtemel yaralanmalara karşı önceden önlem almaktır. Bu önleyici değerlendirme özellikle yasal kamusal İş Sağlığı ve İş Güvenliği Kanunu tarafından ele alınmıştır. Burada konu güvenlik sistemlerinin hayata geçirilmesidir (örneğin ilgili talimatlar, organizasyonlar veya özel iş sağlığı ve iş yeri güvenliği uzmanlarının tayin edilmesiyle).

### **Esas nokta: Bir iş kazası durumunda sorumluluk sırası**

Bu kısa genel bakış ile yaralanma konusunun İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda çok katmanlı bir fenomen olarak yer aldığı görülmektedir. Bu nedenle aşağıda, yukarıda belirtilmiş olan özel iş hukuku ile Sosyal Güvenlik Hukuku sistemlerinin mevcut ilişkilerinin aynı şekilde yürütüldüğü açısından kayda değer ölçüde ilginç olduğu bir durum tanımlamasıyla konuşmamı sınırlandırmak istiyorum. Burada konu, - önce bilinçli olarak belirsiz formüle edilmiş olarak - bir iş ilişkisi kapsamında uygulanmış bir davranış sonucu meydana gelmiş olan bir yaralanma vakasının basitçe tanımlanan durumudur. Bunu

müteakip özel hukuk açısından iş ilişkisinde kişisel yaralanma hukukuna istinaden “çekirdek alana” yönelik ilk sorumluluk değerlendirmeleri ortaya çıkmaktadır. Bu çekirdek alan sadece iş hukuku ile çözümlenemeyip, dışarıdan bakıldığında Alman Hukuk Sisteminde şaşırtıcı bir şekilde prensip olarak sosyal güvenlik hukuku açısından bir çözüm getirmekte olup, ancak bu da tarafların iş hukuku ve bununla birlikte özel hukuk ilişkilerini geri dönüşlü olarak büyük ölçüde etkilemektedir.

### **İş ilişkisinde sorumluluğun temel ilkeleri**

#### **İş ilişkisinde genel sorumluluk sistemi**

Yaralanma konusunu daha yakından ele almadan önce, daha anlaşılır bir şekilde açıklayabilmek amaçlı olarak iş ilişkisinde genel sorumluluk hukukuna ilişkin özellikleri belirtmek gerekmektedir. Çıkış noktasında, iş sözleşmesine ilişkin olarak suçlu durumuna düştüğü bir faaliyet çerçevesinde hasar görmesi durumunda ortaya çıkan sorumluluk hukukuyla ilgili sonuçların bu özel sorumluluk şemasına göre çözümlenmesi gerekmektedir.<sup>4</sup> İşveren ile çalışanın arasındaki ilişkiler özel hukuka dayalı olduğundan önce bir sorumluluğun genel parametreleri söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra işveren ile çalışanın arasında sözleşmeye ilişkin sorumluluk ön planda bulunmaktadır, yani bu sorumluluk borçlar hukuku ile karakterize bir ilişkiye dayalı olabilmektedir. Burada bir sorumluluk için belirleyici olan unsurlar bir yanda yükümlülüğün ihlali ve diğer yanda ise bu yükümlülüklerden doğan sorumluluklardır, yani kişisel sorumluluklardır ki, bu sorumluluklar özellikle yükümlülüklerin ihlali ve dolayısıyla ihmalkâr davranmak (ve gerekli özenin dikkate alınmaması) ve hatta kasıtlı olarak gerçekleşmesi olarak tanımlanmaktadır. Alman Medeni Kanununun 280. maddesi 1. fıkrasında belirlenmiş olan bu durumun gerçekleşmiş olması halinde hasara sebebiyet veren kişi yükümlülük ihlali oluşan zararları prensip olarak mağdura telifi etmek zorundadır. Buna hasar hukukuna ilişkin olarak ya

---

<sup>4</sup> *Löwisch/Caspers/Klumpp ArbR*, 10. Aufl. 2014, Rn. 532 ff., 543 ff.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hep ya hiç prensibi de denebilmektedir. Mevcut bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ile görevlendirilmiş bir üçüncü kişinin hasara sebebiyet vermesi durumunda bu kişi de hiçbir mazere-te imkân tanınmamaksızın sorumluluk altında tutulmaktadır.

İşverenin çalışanına karşı sorumluluğu konusunda da Medeni Hukukun bu genel belirlemeleri sınırsız olarak geçerlidir. Ancak, işverenin çalışanına karşı sorumluluklarında özel durumlar bulunmaktadır. Bu özel durumlar, çalışanın faaliyetlerini işveren tarafından belirlenmiş bir organizasyon dahilinde yerine getirip getirmediği ve bu faaliyetlerinde (örneğin yüksek fiili değerlerle temas veya tehlikeli bir faaliyet nedeniyle) olağan ve herkes için geçerli risklere kıyasla hasar verme ve mağduriyet riskini arttırdığı temelinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle genel hasar hukukuna ilişkin olarak ya hep ya hiç prensibi ikna edici kabul edilmemektedir.<sup>5</sup> Bu bakımdan işletmeye özel faaliyetlerde çalışana bir ayrıcalık tanınmıştır. Bu ayrıcalıkla (her durum için geçerli olmamakla birlikte) hasara sebebiyet verme derecesi ve bununla birlikte yükümlülük ihmalinin sübjektif kusurluluğu tespit edilmektedir.<sup>6</sup> Bir davranış çerçevesinde çalışanın sadece düşük derecede ihmal ile kusurlu bulunması durumunda sorumluluğu prensip olarak söz konusu olmamaktadır. Öte yanda çalışanın ağır ihmal ve hatta kasıtlı davranış nedeniyle kusurlu bulunması durumunda prensip olarak tüm sorumluluk kendisine aittir. Bu arada bir ihmal durumu söz konusu olduğunda tarafların çıkarları göz önünde bulundurularak belirlenen oranda zararın tazminine ilişkin bir denkleştirme yapılmaktadır. Bu genelde yarı yarıya paylaşılır ve çalışan bu durumda neden olduğu zararın sadece % 50'sinden sorumlu tutulmaktadır.

Çalışanların kendi aralarındaki sorumlulukları konusunda yine genel esaslar geçerlidir, ayrıcalıklar burada söz konusu olmamaktadır.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> *Löwisch/Caspers/Klumpp*, ArbR, 10. Aufl. 2014, Rn. 546.

<sup>6</sup> BAG 29.6.1964 - 1 AZR 434/63, AP Nr. 33 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG 24.11.1987 - 8 AZR 524/82, NZA 1988, 579; BAG 27.9.1994 - GS 1/89, NZA 1994, 1083; BAG 15.11.2012 - 8 AZR 705/11, DB 2013, 705.

<sup>7</sup> ErfK/Preis BGB, 15. Aufl. 2015, § 619a Rn. 22 f.; *Löwisch/Caspers/Klumpp* ArbR, 10. Aufl. 2014, Rn. 559.

### **Medeni hukuksal sorumluluğun sakıncaları**

Medeni hukuka ilişkin bir sorumlulukta doğal olarak mağdur için sakıncalar saklı bulunmaktadır. Bu sakıncalar tanımlanan bu strüktürden kaynaklanmaktadır: Bir yanda sorumluluk aslında temsil zorunluluğundan ve bununla birlikte kuralsal dahili durumlara ilişkin olarak kişisel kusurluluğa bağlı iken, diğer yandan mağdurun kendi hasarında ihmâl katkısı olup olmadığı sorusu hasar tazminatı tespiti durumunda önemli rol oynamaktadır.<sup>8</sup> Durum böyle olunca da hasara neden olanın sorumluluğu buna uygun olarak sınırlandırılmaktadır. Bunun ötesinde de medeni hukuka ilişkin sorumluluk kapsamında hasara neden olan için prensipte mevcut olan hakkından yararlanamama riskine her zaman maruz kalmaktadır, yani aciz durumda kalma riskini mağdur taşımaktadır.

### **Yaralanma durumunda Kaza Sigortası Kanununa ilişkin öncelikler**

Kişisel sorumluluğun bu sakıncaları işveren nezdindeki bir faaliyet sırasında iş kazası sonucu meydana gelen yaralanma vakalarında önlenmektedir, çünkü medeni hukuksal sorumluluk sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hizmet talep hakkı alanına geçmektedir. Burada kaza sigortası hukukuna ilişkin bir primat söz konusudur. Kaza sonrası çift taraflı bir mübadele durumu ortaya çıkmaktadır: Bir taraftan prensip olarak medeni hukuksal sorumluluk reddedilmektedir, yani medeni hukuksal açıdan hasara neden olan mağdur tarafından sorumlu tutulamamaktadır. Daha ziyade mağdur kaza sigortasına karşı bir tedavi talep hakkına sahiptir. Diğer taraftan ise sosyal güvenlik sigortası kapsamında sağlık sigortası da devreye girmektedir, bunun yerine bağımsız sosyal sigorta niteliğinde kaza sigortası devreye girmektedir.

---

<sup>8</sup> § 254 BGB

## Sosyal Güvenlik Hukuku sisteminde kaza sigortasının özellikleri

Alman Sosyal Güvenlik Kanunu VII'de düzenlenen kaza sigortası mevzuatı strüktürü açısından sağlık sigortasına ve sosyal güvenlik sigortasının diğer türlerine göre önemli noktalarda farklılık göstermektedir:

Kaza sigortası sağlık sigortasının aksine, iş kazalarına ve meslek hastalıklarına<sup>9</sup> ilişkin olarak sigorta garanti kapsamında bulunan iki riski tanımaktadır, bunlar genel olağan hastalık riskleri olmayıp, özellikle iş ilişkisi kapsamındaki faaliyetlerle bağlantılıdır. Bir yaralanma vakasının iş kazası sonucu meydana gelip gelmediği sorusunda belirleyici olan, bu durumda yasal sağlık sigortasının mı, yoksa kaza sigortasının mı ilgili sigorta olduğudur.<sup>10</sup>

Klasik şekliyle gerçek kaza sigortası<sup>11</sup> diye adlandırılan kaza sigortasının finansmanı işverenin ödediği primler sayesinde gerçekleşmektedir. Buna karşılık diğer sosyal sigortalar (işsizlik, sağlık, emeklilik ve bakım sigortaları gibi) için prim ödemeleri prensip olarak işveren ve çalışan arasında yarı yarıya paylaşılmaktadır. Bunun dışında, kaza sigortasında söz konusu olan unsur prim tutarlarının her bir çalışanın aldığı ücretle orantılı olmayıp, daha ziyade ve özellikle ilgili işverenin nezdinde sürdürülen faaliyetlerin ne derece tehlikeli olduğuyula ilişkili olmasıdır, yani şöyle de denebilir: Kaza sigortası hukukunda girişimci olarak tanımlanan işverenin ödemesi gereken prim miktarları yapılan iş ne kadar tehlike arz ediyorsa o kadar yüksek olmaktadır. Buna göre sadece bir sosyal sigorta bulunmayıp, ayrıca meslek gruplarına ve iş risklerine göre ayrılmış sosyal hizmet sağlayan kuruluşlar, yani meslekler birlikleri (Berufsgenossenschaften) mevcuttur.

---

<sup>9</sup> § 7 SGB VII

<sup>10</sup> § 11 Abs. 5 SGB V

<sup>11</sup> *KassKomm/Riecke*, Vorbemerkungen zum SGB VII, Rn. 3 b.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bir iş kazası durumunda sigortalı çalışan kendi meslek birliğine karşı tedavi talep hakkına sahiptir. Hasara sebebiyet veren şahsına karşı, bu işveren olsun veya bir iş arkadaşı olsun, bir özel hukuka ilişkin bir hak talebi kural olarak Sosyal Güvenlik Kanunu VII'nin 104 ve diğer maddelerince düzenlenen belirlemelere istinaden kabul edilmemektedir. Bu demektir ki, burada sadece sosyal sigorta hukukuna ilişkin işlemler geçerli olmaktadır. Bir işverenin ihmal sonucu sigortalı bir çalışanına zarar vermesi durumunda çalışan işverene karşı değil, kendi meslek birliğine karşı tedavi talep hakkına sahiptir.

### **Kaza Sigortası Kanununa ilişkin önceliklerin amacı**

İş kazalarının medeni hukuka ilişkin sorumluluğun dışında bırakılmasının nedeni yasama organlarının hedeflerinde yatmaktadır, bu da işverenle çalışanları ve çalışanlar arasında işyeri huzurunun bozulmamasını sağlamaktır.<sup>12</sup> İşyerinde ve orada çalışanlar arasında muhtemel çekişmeler böylece yasal yollarla önlenmektedir. Yatıştırma politikası olarak adlandırılan bu görüşün yararlı olup olmadığı tartışılır olmakla birlikte herhalükarda iş ilişkilerinde bu muhtemel yasal çekişmelerin önlenmesi sayesinde huzursuzluk görülmemektedir. Aynı zamanda prim ödemelerinin sadece işveren tarafından yapılması ve özel hukuka ilişkin talep hakları ile ilgili sorumluluğun kaldırılması kombinasyonu işveren için bir „ek sorumluluk sigortası“<sup>13</sup> gibi olmuştur – hem kendi için, hem de diğerleri için, çünkü (buna daha sonra gelinecektir) bir iş kazası durumunda çalışanların iş arkadaşlarına karşı herhangi bir talep hakkı da söz konusu olmamaktadır. Bu konu finansman politikasıyla gerekçelendirilmektedir – zira işveren kaza sigortasının primlerini kendi üstlenmektedir.

Kaza sigortasının bu primatı sayesinde bir yandan yaralanmalara ilişkin yukarıda belirtilen safi medeni hukuksal iş-

<sup>12</sup> BGH 30.4.2013 - VI ZR 155/1, NZA 2013, 1218, 1220;HWK/Giesen, 6. Aufl. 2014, Vor §§ 104-113 SGB VII Rn. 3.

<sup>13</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 1.

lemlerin zayıf noktaları önlenmiş olmakta<sup>14</sup> ve diğer yandan da sağlık sigortasına karşı özel ve iş kazalarına odaklı sosyal bir garantiye ulaşılmaktadır ki, bu sadece tedavi talep hakları konusunda değil, aynı zamanda da hasar önlem konusunda da önem taşımaktadır. Meslek birlikleri ayrıca kazaları önleme konusunda özel talimatlar çıkararak etkili hasar önleme çalışmaları sağlamak için yetkilidir.

### **Belirleyici düğüm noktası olarak iş kazası**

Yasal kaza sigortasının müdahale etmesinin düğüm noktasındaki konu bir yaralanma vakasının hangi durumda iş kazası olarak görülmesidir. Yasa iş kazasını sigortalının sigorta kapsamında bulunan bir faaliyetten doğan bir kaza olarak tanımlayarak bunu gayet basit bir biçimde açıklamaktadır. Kazalar ise zamanla sınırlı, dışarıdan bedene etki eden ve sağlık hasarlarına veya ölüme yol açan olaylar olarak tanımlanmaktadır, Sosyal Güvenlik Kanunu VII'nin 8. maddesi, 1. fıkrası gereği.

Yasanın bu oldukça yavan belirlemelerinin arkasında çok önemli değerlendirme ve nedensellik unsurları yatmaktadır ki, bunlardan en önemlisi şöyle açıklanabilmektedir: Sigorta kapsamında bulunan bir faaliyet sonucu bir kaza ne zaman meydana gelir? Tanımlanmış olan yasal sonuçlar nedeniyle bu sorunun cevabı önemli bir sistematik anlam taşımaktadır.

Öncelikle sadece sigortalı olan kişi yasal kaza sigortasının güvencesi altında bulunmaktadır. Sigortalıların oluşturduğu kitle - SGK VII, 2. madde ve devamı - kaza sigortası kapsamında diğer yasal sigorta branşlarına kıyasla daha geniş yer kaplamaktadır. Ancak, aynı zamanda "klasik biçimde" sigortalı olan (tamamen genel sosyal sigorta hukuku sistematığı çizgisinde) bağımlı personeldir, SGK VII, 2. madde, 1. fıkra, 1. bent gereği. Böylelikle kaza sigortası güvencesi talimatlara bağlı bir hizmet ilişkisinde bulunan personele tahsis edilmektedir ki, bu genel sigorta hukukuna ilişkin belirlemelere göre herhalükarda her

---

<sup>14</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 1 f.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çalışan için geçerlidir, SGK IV, 7. maddesi, 1. fıkrası gereği.<sup>15</sup> Bu durumda alınan ücretin miktarının bir önemi bulunmamaktadır.

Çalışanın yaralanması durumunda bu mutlaka bir iş kazası anlamına gelmemekte olup, işbu yaralanma vakasının sigorta kapsamında bulunan bir faaliyete dayalı bir iş kazasından kaynaklanmış olması gerekmektedir. Burada iş kazası ile sigorta kapsamında bulunan faaliyetin ilişkisi sorusu doğmaktadır.<sup>16</sup> Böylelikle sınıflandırma sorunları ortaya çıkmaktadır ki, bunu bir örnekle açıklamak istiyorum: Bir çalışanın yapması gereken işi sırasında elini bir makinaya sokması durumunda böyle bir ilişki mutlaka kabul edilecektir. Ancak, bir şirket eğlencesi sırasında bir çalışanın bacağına kırılması durumunda bu daha sorunlu bir hal almaktadır.<sup>17</sup>

Kaza sigortası hukuku kaza ve sigorta kapsamında faaliyet arasındaki dahili ilişki sorusunu tanımlarken herşeyden önce kaza oluşumunun temelini oluşturan tespit edilecek davranış eğiliminin objektif ve subjektif özelliklerini dikkate almaktadır.<sup>18</sup> Burada açıkça görüldüğü gibi konu sınıflandırma ve değerlendirme unsuru olup, nedensellik unsuru ile ilgisi bulunmamaktadır. Burada çıkış noktası şirket tarafından desteklenen ve aynı zamanda şirketin yararlandığı sigorta olarak yasal kaza sigortasına ilişkin temel fikirdir. Bu bakımdan bir davranışın şirketin çıkarları için olup olmadığı ve şirket yararlarının gerçekleşip gerçekleşmediği veya yalnızca mağdurun çıkarlarının söz konusu olup olmadığı değerlendirilmektedir.<sup>19</sup> İkinci şıkta kâr amacı gütmeyen bir davranış eğilimi söz ko-

<sup>15</sup> Allgemein zum sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff: KassKomm/Seewald, SGB IV § 7 Rn. 6 ff.; MüArbR/Ricken, 3. Aufl. 2009, § 207 Arbeitskampf und Sozialrecht, Rn. 1 ff.

<sup>16</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 8 Rn. 1; KassKomm/Ricke SGBV II § 8 Rn. 7a.

<sup>17</sup> BSG 26.6.2014 - B 2 U 7/13 R, NJW 2015, 140; bzw. vorangehend SG Berlin 16.12.2010 - S 163 U 562/09, juris.

<sup>18</sup> Krasney, Die Handlungstendenz als Kriterium für die Zurechnung in der gesetzlichen Unfallversicherung, NZS 2013, 681 ff; ErfK/Rolfs SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>19</sup> KassKomm/Ricke SGBV II § 8 Rn. 9 f., 41.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nusu olmaktadır. Şirket yararına mı veya kâr amacı gütmeyen amaçla mı davranıldığı sorusu her somut özel durum için ayrı değerlendirilmelidir. Bu da en azından özel vakalarda belli bir yasal kuşkuya neden olabilmektedir. Olağan vaka grupları ile ilgili olarak yasalar artık sabitleşmiş bir çizgi geliştirmiştir, buna göre örneğin beslenme durumunda prensip olarak kâr amacı gütmeyen bir eylem söz konusudur,<sup>20</sup> ancak işveren tarafından organize edilmiş ve çalışanların şirkete bağlılığını pekiştirme amaçlı şirket eğlencelerinde bu durum şirket yararına bir eylemdir.<sup>21</sup>

Sigorta kapsamında bulunan bir faaliyet ile kazanın akışı arasında böyle bir dahili ilintinin tespit edilmesi durumunda nedensellik unsurları ortaya çıkmış olup, kaza nedenselliği değerlendirilmektedir ki,<sup>22</sup> bu sadece sigorta kapsamında bulunan faaliyetin esas kaza unsuru olması durumunda söz konusudur.

### **Sonuç: Medeni hukuksal sorumluluğun reddi**

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku kapsamında Kişisel Yaralanma Hukukunun önemli bir unsuru olarak yukarıda tanımlanmış olan hasar verenin mağdura karşı medeni hukuksal sorumluluğunun prensip olarak reddi geçerli bulunmaktadır. Kaza sigortası hukuku, içinde sorumluluk muafiyeti bulunduran kitleyi geniş tutmaktadır. SGK VII, 104. maddesine istinaden temel modelde girişimci meşrulaştırılmıştır. Diğer bir aşamada SGK VII, 105. maddesine istinaden işletmede çalışan başka bir kişinin hasara sebebiyet veren olması durumunda da sorumluluk muafiyeti geçerli olmaktadır. Birden fazla şirketin müşterek bir işletmede<sup>23</sup> işbirliğinde bulunması SGK VII, 106. III 3. Alt. maddesine istinaden başka işveren tarafından işe alınmış olan ve müşterek işletmede mağdurla birlikte geçi-

<sup>20</sup> BSG 2.7.1996 – 2 RU 34/95, SozR 3-2200 § 550 Nr 15 = NJW 1997, 2261.

<sup>21</sup> BSG 7.12.2004 – B 2 U 47/03 R, SozR 4-2700 § 8 Nr 11; BSG 26.6.2014 – B 2 U 7/13 R, SozR 4-2700 § 8 Nr 53 = NJW 2015, 1407.

<sup>22</sup> KassKomm/Ricke SGBV II § 8 Rn. 7a.

<sup>23</sup> Zum Begriff siehe BGH 22.1.2013 – VI ZR 175/11, NZS 2013, 431.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ci olarak faaliyet gösteren bir hasara sebebiyet veren çalışanın da sorumluluk muafiyeti geçerli olmaktadır. Hasara sebebiyet verenin sorumluluğunun geçerli olması istisnai durumu ancak yaralanmaya kasıtlı olarak neden olunmuşsa veya bir yol kazası söz konusuysa kabul edilmektedir.

Sorumluluk muafiyetinin yasal sonucu olarak ayrıcalıklı kişinin (yani girişimciler, müşterek bir işletmede iş arkadaşı veya üçüncü şahıs) iş kazası sonucu meydana gelen yaralanmayı tazmin etmesini gerektirmemektedir, yani burada söz konusu olan sadece sağlığın yeniden sağlanmasını gerektiren doğrudan hasar değil, ayrıca yaralanma ve hatta ölüm sonucu doğan varlıklara olumsuz etki ve manevi hasarlardır.<sup>24</sup> Böylelikle kaza sigortası hizmet sağlayıcısının karşıladığı hasarlar ile hasar veren ile mağdur arasındaki medeni hukuka ilişkin sorumluluk muafiyeti arasında görüş farklılıkları oluşmaktadır. Kaza sigortasının hizmet yelpazesi bu durumda manevi zararların denkleştirilmesini (manevi ağrı tazminatı) öngörmemektedir. Bu tür tazminat bu bakımdan yalnızca medeni hukuka ilişkin sorumluluk talep hakkı üzerinden ulaşılabilir olmaktadır ki, bu da olanaksızdır. Kaza sigortası hukukunun bu sakıncasını kimileri Anayasa Hukuku açısından bir sorun olarak kabul etmektedir.<sup>25</sup> Böylelikle sorumluluk sistemi bir iş kazası sonucu hasar görmüş olan kişileri değil, olağan alanlarda bulunanları tercih etmektedir ki, bunlar prensip olarak manevi zararlarının tazminatını da almaktadırlar. Burada bir eşit davranma sorunu ortaya çıkmaktadır, çünkü bu adil bir yaklaşımdan uzaktır. Federal Anayasa Mahkemesi<sup>26</sup> ancak bu ayrımcı muameleyi nesnel olarak gerekçelendirmiş olup, anayasal hukuka göre geçerli kabul etmiştir. Bu nesnel gerekçelendirme doğruca adı

<sup>24</sup> KassKomm/Ricke SGB VII § 104 Rn. 5

<sup>25</sup> So Fuhlrott, Der Schmerzensgeldausschluss durch die Unfallversicherung - Verfassungswidriger Zustand oder gerechtfertigte Ungleichbehandlung?, NZS 2007, 237; Richardi, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004 (1009);; Eichenhofer, Sozialrecht, 7. Aufl., 2010, Rn. 413; ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 3

<sup>26</sup> BVerfG 7.11.1972 - 1 BvL 4 u. 17/71, 1 BvR 355/71, BVerfGE 34, 118, 128 ff. = NJW 1973, 502; BVerfG 8.2.1995 - 1 BvR 753/94, NJW 1995, 1607.

geçen kaza sigortası strüktüründe görülmektedir: Çalışan sosyal sigorta hizmet sunucusuyla maddi güce sahip bir borçluya ulaşmıştır ki, buna karşı temsil yükümlülüğü veya ihmale katkı unsurlarını kanıtlamak zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak işveren için iş kazaları açısından mali yük hesaplanabilir olmaktadır.<sup>27</sup> Bu durumda hasara sebebiyet verene karşı kaza sigortasının rücu eylemi geniş çapta olanaksız olup, sadece en azından ağır ihmal durumunda mümkündür, yani oldukça yüksek bir engel mevcuttur.

### Özet

Almanya'da İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku kişisel yaralanma durumlarına çeşitli şekilde ve her birine kendi yasal sonuçlarıyla yaklaşmaktadır. Bunlar iş hukuku açısından normalde özel hukuk karakterinde olup, sosyal güvenlik hukuku açısından sosyal hukuka ilişkin ve bununla birlikte yasal kamusal türde olmaktadır. Sürekli olarak bu iki hukuk sisteminin yan yana gelmesi gerçekleşmektedir. Kişisel yaralanma hukukunda iş kazası olarak tanımladığımız merkez noktada sosyal sigorta hukukunun geniş çapta hakimiyeti görülmekte olup, bu hakimiyet kaza sigortası hukuku olarak ortaya çıkmaktadır. Kaza sigortası işveren için gizli bir sorumluluk tazmin sigortası olarak Alman sosyal sigortası sisteminde işveren için bir pırlanta taşını teşkil etmektedir. Bir kişisel yaralanma vakasının kaza sigortasına taşınmasının sonuçları, sorumluluk muafiyeti ve sistem değişikliği nedeniyle geniş çapta özellikle sınırları belirleme amaçlı sorulan hukuki sorular olduğunu burada çeşitli şekilde ortaya koymak istedim.

---

<sup>27</sup> Schwarze, in: Otto/Schwarze/Krause, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 14.



# DER PERSONENSCHADEN IM DEUTSCHEN ARBEITS- UND SOZIALRECHT<sup>1</sup>

*Prof. Dr. Steffen KLUMPP*

## **Personenschaden als Anknüpfungspunkt**

Der Personenschaden ist im deutschen Arbeits- und Sozialrecht der Ausgangspunkt höchst verschiedener rechtlicher Reaktionen. Diese Reaktionen wiederum sind im Rahmen einer systematischen Betrachtung in zwei gänzlich unterschiedliche Teilsysteme der deutschen Rechtsordnung einzuordnen. Es wird nicht möglich sein, innerhalb dieses Vortrages allen arbeits- und sozialrechtlichen Aspekten gerecht zu werden, die eine Korrelation zum Personenschaden haben, deshalb will ich einen Schwerpunkt dort setzen, wo es um den Personenschaden geht, der während der Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber entsteht. Im deutschen Arbeits- und Sozialrecht ist dieser Sachverhalt mit dem Terminus des Arbeitsunfalls besetzt.

## **Arbeits- und damit privatrechtliche Anknüpfung**

Zuvor freilich – und zur besseren Einordnung – noch ein kurzer Überblick über eine weitere arbeitsrechtliche Folge. Das Arbeitsrecht, das in weitgehenden Teilen und mit Ausnahme des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts privatrechtlich konstituiert ist, reagiert auf einen Personenschaden des Arbeit-

---

<sup>1</sup> Die Vortragsform wurde beibehalten.

nehmers vor allem unter dem Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes, der als eine Triebfeder den Schutz des Arbeitsverhältnisses als der wirtschaftlichen Existenzgrundlagen des Arbeitnehmers hat. Daraus folgt etwa, dass ein Arbeitnehmer, der infolge eines Personenschadens arbeitsunfähig wird und seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, grundsätzlich<sup>2</sup> für bis zu sechs Wochen seinen Entgeltanspruch gegen den Arbeitgeber auch ohne Arbeitsleistung behält, § 3 EFZG. Dadurch reduziert sich das durch die Arbeitsunfähigkeit infolge des Personenschadens ausgelöste wirtschaftlich-existenzielle Risiko des Arbeitnehmers. Dem gleichen Gedanken folgt auch das deutsche Bestandsschutzrecht, wenn es die Kündigung eines Arbeitnehmers, der infolge eines Personenschadens arbeitsunfähig geworden ist, grundsätzlich nur dann als wirksam ansieht, wenn diese Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht und so gleichsam das einzige und letzte Mittel (also die ultima Ratio) des Arbeitgebers ist, auf diese Arbeitsunfähigkeit zu reagieren.<sup>3</sup> Das gilt jedenfalls dort, wo es sich nicht um Kleinbetriebe mit einer Größe von bis zu zehn Arbeitnehmern handelt, § 23 Abs. 1 KSchG. So setzt also das Arbeitsrecht einen deutlichen Fokus auf den Ausgleich der mittelbaren Folgen eines Personenschadens durch die Verhinderung wirtschaftlicher Einbußen, die sich aus einem Personenschaden und der sich hieraus ergebenden Unfähigkeit, die Arbeitsleistung zu erbringen, ergeben.

Dieses System ist geprägt vom privatrechtlichen Instrumentarium und auch der Durchsetzung der Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens, das (mit Nuancen) ein zivilprozessuales Verfahren ist.

---

<sup>2</sup> Zur Fortsetzungserkrankung ErfK/*Reinhard*, 15. Aufl. 2015, EFZG § 3 Rn. 34, 38.

<sup>3</sup> Dazu BAG 30.9.2010 – 2 AZR 88/09, NZA 2011, 39; BAG 8.11.2007 – 2 AZR 292/06, NZA 2008, 593; BAG 18.1.2007 – 2 AZR 759/05, AP Nr. 44 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

### **Krankenversicherungsrecht als grundsätzliche sozialrechtliche Anknüpfung**

Auf der anderen Seite reagiert das Sozialrecht zunächst losgelöst von einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auf einem Personenschaden mit dem Ziel, die Möglichkeiten zur Gesundung zu schaffen. Regelungsquelle ist hier grundsätzlich das gesetzliche Krankenversicherungsrecht. Das hier maßgebliche Sozialgesetzbuch V gibt dem gesetzlich Krankenversicherten einen Anspruch gegen die Krankenkasse als Sozialleistungsträger auf Behandlung einer Krankheit. Dieses System des Sozialversicherungsrechts ist ein in seinem rechtlichen Instrumentarium und in der prozessualen Rechtsdurchsetzung öffentlich-rechtlich geprägtes System. Der gesetzlich Krankenversicherte ist im Rahmen eines Behandlungsanspruches dabei in ein komplexes öffentlich-rechtliches Leistungssystem eingebunden, das er gemeinsam mit dem Arbeitgeber durch seine Beiträge finanziert, und das eigenen Grundsätzen unterliegt, wie etwa dem so genannten Sachleistungsgrundsatz, der besagt, dass der Versicherte einen Anspruch auf Behandlung als solche hat und nicht etwa Kostenersatz von der Krankenversicherung verlangen kann.

### **Zuvor: Schadensprävention als gesetzliches Ziel**

Zuvor ist es freilich in beiden Teilbereichen, dem Arbeits- und dem Sozialrecht das Ziel, einen Personenschaden, der im Rahmen einer Beschäftigung entstehen könnte, von vornherein zu verhindern. Dieser präventive Aspekt wird insbesondere durch das öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzrecht- und Arbeitssicherheitsrecht aufgenommen. Hier geht es um die Implementierung von Sicherheitssystemen (etwa durch Organisation Anweisungen oder die Bestellung besonderer für die Sicherheit in einem Betrieb zuständiger Beauftragter).

### **Schwerpunkt: Haftungsfolgen im Falle eines Arbeitsunfalls**

An diesem kurzen Überblick lässt sich bereits erkennen,

dass der Personenschaden im Arbeits- und Sozialrecht ein vielschichtiges Phänomen ist. Aus diesem Grunde will ich mich im Folgenden auf die Darstellung einer Konstellation beschränken, die gerade im vorliegenden Zusammenhang deshalb höchst interessant ist, weil sie die beiden gerade geschriebenen Systeme des privaten Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts gleichsam zusammenführt. Es geht im Folgenden um den schlichten Sachverhalt eines Personenschadens, der – zunächst bewusst undeutlich formuliert – infolge einer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durchgeführten Handlung auftritt. Dann stellen sich aus privatrechtlicher Sicht primär Haftungsfragen, die sich aber auf einen „Kernbereich“ des Personenschadensrechts im Arbeitsverhältnis beziehen. Einen Kernbereich, der sich aber gerade nicht rein arbeitsrechtlich lösen lässt, sondern der im deutschen Rechtssystem von außen betrachtet vielleicht überraschend grundsätzlich eine sozialrechtliche Lösung erfährt – die aber wiederum erheblich auf die arbeits- und damit privatrechtlichen Beziehungen der Beteiligten rückwirkt.

### **Grundlagen der Haftung im Arbeitsverhältnis**

#### **Allgemeines Haftungssystem im Arbeitsverhältnis**

Bevor ich mich dem Personenschaden nähere, ist es zum Verständnis notwendig, die Besonderheiten des allgemeinen Haftungsrechts im Arbeitsverhältnis zu verdeutlichen. Im Ausgangspunkt sind auch die haftungsrechtlichen Folgen, die sich aus einer Schädigung einer Person im Rahmen ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit ergeben, nach diesem besonderen Haftungsschema zu lösen.<sup>4</sup> Weil die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer privatrechtlicher Natur sind, greifen zunächst die allgemeinen Parameter einer Haftung ein. Dabei steht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die vertragliche Haftung, also diejenige, die sich bereits auf eine schuldrechtlich geprägte Beziehung stützen kann, im Vordergrund. Maßgeblich für eine Haftung sind hier zum einen eine

---

<sup>4</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp ArbR, 10. Aufl. 2014, Rn. 532 ff., 543 ff.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Pflichtverletzung und zum anderen deren Vertretenmüssen – also die persönliche Verantwortlichkeit -, die sich insbesondere dadurch ausdrückt, dass die Pflichtverletzung schuldhaft und damit fahrlässig (und damit unter außer Achtlassen der gebotenen Sorgfalt) oder gar vorsätzlich herbeigeführt wurde. Ist dieser, in § 280 Abs. 1 BGB niedergelegte Tatbestand erfüllt, so hat der Schädiger dem Geschädigten grundsätzlich sämtliche aus der Pflichtverletzung resultierenden Schäden zu ersetzen. Man kann hier vom schadensrechtlichen Alles-oder-Nichts-Prinzip sprechen. Das Verschulden eines Dritten, der zur Erfüllung einer bestehenden Pflicht eingesetzt wurde, wird ohne dass es eine Möglichkeit der Exkulpation gäbe, zugerechnet.

Für die Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer gelten auch diese allgemeinen Vorgaben des Zivilrechts uneingeschränkt. Für die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber gelten allerdings Besonderheiten. Diese basieren auf der Überlegung, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit innerhalb der Organisation, die durch den Arbeitgeber vorgegeben ist, erbringt, was (etwa durch den Kontakt mit hohen Sachwerten oder durch eine gefährliche Tätigkeit) zu einer Erhöhung des Schadens- und Schädigungsrisikos gegenüber dem alltäglich und für jedermann bestehenden Risiko führt. Aus diesem Grunde wird das allgemeine schadensrechtliche Alles-oder-Nichts-Prinzip als nicht überzeugend angesehen.<sup>5</sup> Deshalb wurde bei Tätigkeiten, die betriebsbedingt sind, für den Arbeitnehmer eine Privilegierung eingeführt. Diese Privilegierung setzt (nicht nur aber vor allem) beim Grad des Verschuldens und damit bei der subjektiven Vorwerfbarkeit der Pflichtverletzung an.<sup>6</sup> Ist dem Arbeitnehmer nämlich nur leichte Fahrlässigkeit im Rahmen einer Handlung vorzuwerfen, so ist seine Haftung grundsätzlich ausgeschlossen. Auf der anderen Seite haftet er grundsätzlich voll, wenn ihm gro-

---

<sup>5</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp, ArbR, 10. Aufl. 2014, Rn. 546.

<sup>6</sup> BAG 29.6.1964 – 1 AZR 434/63, AP Nr. 33 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG 24.11.1987 – 8 AZR 524/82, NZA 1988, 579; BAG 27.9.1994 – GS 1/89, NZA 1994, 1083; BAG 15.11.2012 – 8 AZR 705/11, DB 2013, 705.

be Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz vorzuwerfen ist. Liegt eine Fahrlässigkeit dazwischen vor, so erreicht man einen interessengerechten Ausgleich durch eine Quotelung der Schadenstragung. Diese wird dann etwa zur Hälfte aufgeteilt, so dass der Arbeitnehmer lediglich für 50 % des Schadens, den er verursacht hat, eintreten muss.

Im Rahmen der Haftung der Arbeitnehmer untereinander gelten wieder die allgemeinen Grundsätze. Für eine Privilegierung ist hier kein Raum.<sup>7</sup>

### **Nachteile der zivilrechtlichen Haftung**

Eine zivilrechtliche Haftung birgt freilich für den Geschädigten auch Nachteile. Diese ergeben sich aus der dargestellten Struktur: Zum einen ist die Haftung an sich vom Vertretenmüssen und damit regelmäßig von der persönlichen Vorwerfbarkeit und dem Verschulden als vor allem inneren Sachverhalten abhängig. Zum anderen spielt bei der Feststellung eines Anspruchs auf Schadensersatz die Frage eine Rolle, ob dem Geschädigten selbst ein Mitverschulden an seiner Schädigung vorzuwerfen ist.<sup>8</sup> Ist dies der Fall, so wird die Haftung des Schädigers entsprechend eingeschränkt. Und darüber hinaus sieht man sich im Rahmen einer zivilrechtlichen Haftung immer dem Risiko ausgesetzt, dass der Schädiger den Anspruch, der grundsätzlich besteht, schlicht nicht bedienen kann. Das Insolvenzrisiko trägt also der Geschädigte.

### **Unfallversicherungsrechtlicher Primat beim Personenschaden**

Diese Nachteile der privaten Haftung werden bei Personenschäden, die infolge einer Tätigkeit beim Arbeitgeber durch einen so genannten Arbeitsunfall verursacht werden, vermieden, denn die zivilrechtliche Haftung wird durch einen sozial-

---

<sup>7</sup> ErfK/Preis BGB, 15. Aufl. 2015, § 619a Rn. 22 f.; Löwisch/Caspers/Klumpp ArbR, 10. Aufl. 2014, Rn. 559.

<sup>8</sup> § 254 BGB

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rechtlichen Leistungsanspruch abgelöst. Man kann von einem unfallversicherungsrechtlichen Primat sprechen. Infolge des Arbeitsunfalls kommt es zum doppelten Wechsel: zum einen wird grundsätzlich die zivilrechtliche Haftung ausgeschlossen. Der Schädiger kann durch den Geschädigten also nicht zivilrechtlich in Anspruch genommen werden. Vielmehr hat der Geschädigte einen Behandlungsanspruch gegen die Unfallversicherung. Zum anderen tritt im Rahmen der Sozialversicherung auch nicht die Krankenversicherung, sondern die Unfallversicherung als eigenständige Sozialversicherung ein.

Besonderheiten der Unfallversicherung im sozialversicherungsrechtlichen System

Die in SGB VII geregelte Unfallversicherung unterscheidet sich in ihrer Struktur in wesentlichen Punkten von der Krankenversicherung und auch von den anderen Arten der Sozialversicherung:

Im Gegensatz zur Krankenversicherung kennt die Unfallversicherung mit dem Arbeitsunfall und der Berufskrankheit<sup>9</sup> zwei versicherte Risiken, die speziell an die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis anknüpfen – also nicht das allgemein alltägliche Risiko einer Krankheit absichern. An der Frage, ob ein Personenschaden infolge eines Arbeitsunfalls vorliegt, entscheidet sich, ob die gesetzliche Krankenversicherung oder die Unfallversicherung maßgeblich ist.<sup>10</sup>

Die Finanzierung der Unfallversicherung ist – jedenfalls in ihrer klassischen Form, der so genannten echten Unfallversicherung<sup>11</sup> – durch Arbeitgeberbeiträge sichergestellt. Die anderen Sozialversicherungen (Arbeitslosen-, Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung) kennen dagegen die grundsätzlich hälftige Aufteilung der Beitragslast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dabei kommt hinzu, dass sich die Beitragshöhe

---

<sup>9</sup> § 7 SGB VII

<sup>10</sup> § 11 Abs. 5 SGB V

<sup>11</sup> *KassKomm/Riecke*, Vorbemerkungen zum SGB VII, Rn. 3 b.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bei der Unfallversicherung nicht nach der Höhe des Arbeitsentgelts des einzelnen Arbeitnehmers bemisst, sondern vielmehr und hauptsächlich nach der Gefährlichkeit der beim entsprechenden Arbeitgeber durchgeführten Tätigkeiten – man könnte also formulieren: je gefährlicher eine Tätigkeit, desto höher die Beiträge, die der Arbeitgeber, der im Unfallversicherungsrecht Unternehmer genannt wird, zu bezahlen hat. Dementsprechend gibt es auch nicht lediglich einen Sozialversicherungsträger, sondern branchen- und damit letztlich risikobezogene Leistungsträger, die Berufsgenossenschaften.

Liegt ein Arbeitsunfall vor, so hat der versicherte Arbeitnehmer einen Anspruch gegen die Berufsgenossenschaft auf Behandlung. Ein privatrechtlicher Anspruch gegen einen Schädiger selbst – sei es der Arbeitgeber, sei es ein Arbeitskollege – ist aber regelmäßig nach den Vorschriften der §§ 104 ff. SGB VII ausgeschlossen. Das heißt, es bleibt bei der rein sozialversicherungsrechtlichen Aufarbeitung. Schädigt also etwa der Arbeitgeber den versicherten Arbeitnehmer fahrlässig, so kann der Arbeitnehmer zwar einen Anspruch auf Behandlung gegen die Berufsgenossenschaft geltend machen, aber nicht mehr gegen den Arbeitgeber.

### **Zweck des unfallversicherungsrechtlichen Primats**

Dieses Herausheben des Arbeitsunfalls aus der zivilrechtlichen Haftung hat seinen wesentlichen Grund in dem Ziel des Gesetzgebers, den Betriebsfrieden zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitnehmern, aber auch zwischen den Arbeitnehmern untereinander zu erhalten.<sup>12</sup> Rechtlich Streitigkeiten werden so also im Betrieb und zwischen den dort Tätigen verhindert. Ob dieses so genannte Befriedigungsargument hält was es verspricht, mag zwar durchaus zu hinterfragen sein – jedenfalls aber werden durch die vermiedenen Rechtsstreitigkeiten keine weiteren Unruhemomente in die Arbeitsbeziehungen

---

<sup>12</sup> BGH 30.4.2013 - VI ZR 155/1, NZA 2013, 1218, 1220; HWK/Giesen, 6. Aufl. 2014, Vor §§ 104–113 SGB VII Rn. 3.

gen getragen. Zugleich wirkt die Kombination von alleiniger Beitragszahlung durch den Arbeitgeber und den Haftungsausschluss für privatrechtliche Ansprüche letztlich für den Arbeitgeber wie eine „Ersatzhaftpflichtversicherung“<sup>13</sup> – für eigene wie für fremde Rechnung, weil (dazu später) auch die Ansprüche gegen Arbeitskollegen im Falle des Arbeitsunfalls ausgeschlossen sind. Das wird mit dem Finanzierungsargument gerechtfertigt – weil der Arbeitgeber alleine die Beiträge zur Unfallversicherung trägt.

Durch diesen Primat der Unfallversicherung werden zum einen die genannten Schwächen der rein zivilrechtlichen Aufarbeitung von Personenschäden vermieden<sup>14</sup> und zum anderen gegenüber der Krankenversicherung eine spezielle, auf Arbeitsunfälle konzentrierte soziale Absicherung erreicht – was nicht nur für die Frage nach dem Behandlungsanspruch wesentlich ist, sondern ebenso für die Frage nach der Schadensprävention – die Berufsgenossenschaften sind auch dafür zuständig, durch den Erlass von speziellen Unfallverhütungsvorschriften eine effiziente Schadensprävention zu gewährleisten.

### **Der Arbeitsunfall als maßgeblicher Angel- und Scheidepunkt**

Dreh- und Angelpunkt des Eingreifens der gesetzlichen Unfallversicherung ist die Frage, wann ein Personenschaden auf einem Arbeitsunfall basiert. Das Gesetz formuliert hier recht einfach, indem es Arbeitsunfälle als Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit definiert. Unfälle wiederum werden als zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse beschrieben, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen, § 8 Abs. 1 SGB VII.

---

<sup>13</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 1.

<sup>14</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 1 f.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hinter diesen recht mageren Vorgaben des Gesetzes verbergen sich nun ganz erhebliche Wertungs- und Kausalitätsfragen, deren wichtigste man folgendermaßen formulieren kann: Wann ereignet sich ein Unfall infolge einer versicherten Tätigkeit? Wegen der dargestellten Rechtsfolgen ist die Beantwortung dieser Frage von erheblicher systematischer Bedeutung.

Zunächst erlangt nur derjenige Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung, der Versicherte ist. Der Kreis der Versicherten - § 2 ff. SGB VII - ist in der Unfallversicherung weiter gezogen als bei den anderen gesetzlichen Versicherungszweigen. Der gleichsam „klassische“ Versicherte ist aber (ganz auf der Linie der allgemeinen sozialversicherungsrechtlichen Systematik) der abhängig Beschäftigte, § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Damit wird der Unfallversicherungsschutz demjenigen zuteil, der in einem weisungsabhängigen Dienstverhältnis steht, das ist jedenfalls nach den allgemeinen versicherungsrechtlichen Vorschriften jeder Arbeitnehmer, § 7 Abs. 1 SGB IV.<sup>15</sup> Die Höhe des Arbeitsentgelts spielt dabei keine Rolle.

Kommt es nun zu einem Personenschaden des Arbeitnehmers, so liegt nicht zwangsläufig ein Arbeitsunfall vor, sondern dieser Personenschaden muss die Folge eines Arbeitsunfalls sein, der aus einer versicherten Tätigkeit resultiert. Man fragt nach einem Zusammenhang zwischen Arbeitsunfall und versicherter Tätigkeit.<sup>16</sup> Damit stellen sich Zuordnungsprobleme, die ich an einem Beispiel verdeutlichen will: Sicherlich wird man einen solchen Zusammenhang ohne weiteres in dem Fall bejahen, in dem etwa ein Arbeitnehmer während seines zu erbringenden Arbeitsschrittes in eine Maschine greift. Problematischer wird es aber bereits dann, wenn man den Fall betrachtet, dass es während einer Betriebsfeier etwa zu einem Beinbruch kommt.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Allgemein zum sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff: KassKomm/Seewald, SGB IV § 7 Rn. 6 ff.; MüArbR/Ricken, 3. Aufl. 2009, § 207 Arbeitskampf und Sozialrecht, Rn. 1 ff.

<sup>16</sup> ErfK/Rolfs SGB VII § 8 Rn. 1; KassKomm/Ricke SGBV II § 8 Rn. 7a.

<sup>17</sup> BSG 26.6.2014 - B 2 U 7/13 R, NJW 2015, 140; bzw. vorangehend SG Ber-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Das Unfallversicherungsrecht richtet sich bei der Beantwortung der Frage nach dem inneren Zusammenhang zwischen Unfall und versicherter Tätigkeit vor allem nach der durch subjektive und objektive Merkmale festzustellenden Handlungstendenz, die dem Unfallgeschehen zugrunde liegt.<sup>18</sup> Es handelt sich hier bei Lichte betrachtet um eine Zuordnungs- und damit Wertungsfrage und nicht um Kausalitätsüberlegungen. Ausgangspunkt ist hier die Grundidee der gesetzlichen Unfallversicherung als unternehmensgetragener und auch unternehmensnütziger Versicherung. Deshalb stellt man darauf ab, ob eine Handlung dazu bestimmt ist, den Interessen des Unternehmers zu dienen und ob damit Unternehmensnützigkeit vorliegt oder aber, ob es um ein Verhalten geht, das allein der Verwirklichung der Interessen des Geschädigten dient.<sup>19</sup> Im letzten Fall spricht man von einer rein eigenwirtschaftlichen Handlungstendenz. Die Frage, ob unternehmensnützig oder eigenwirtschaftlich gehandelt wird, ist somit eine Frage, die im konkreten Einzelfall zu beurteilen ist. Das führt auch – jedenfalls in Randbereichen – zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Für die Hauptfallgruppen hat die Rechtsprechung inzwischen aber eine gefestigte Linie entwickelt – danach liegt etwa im Falle der Nahrungsaufnahme grundsätzlich ein eigenwirtschaftliches Tun vor,<sup>20</sup> bei Betriebsfeiern jedenfalls dann ein unternehmensnütziges, wenn die Veranstaltung durch den Arbeitgeber organisiert ist und darauf angelegt ist, die Verbundenheit der Mitarbeiter mit dem Unternehmen zu dienen.<sup>21</sup>

Ist ein solcher innerer Zusammenhang zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfallhergang festgestellt, stellen sich Kausalitätsprobleme, man fragt nach der so genannten

---

lin 16.12.2010 – S 163 U 562/09, juris.

<sup>18</sup> Krasney, Die Handlungstendenz als Kriterium für die Zurechnung in der gesetzlichen Unfallversicherung, NZS 2013, 681 ff; ErfK/Rolfs SGB VII § 8 Rn. 2.

<sup>19</sup> KassKomm/Ricke SGBV II § 8 Rn. 9 f., 41.

<sup>20</sup> BSG 2.7.1996 – 2 RU 34/95, SozR 3-2200 § 550 Nr 15 = NJW 1997, 2261.

<sup>21</sup> BSG 7.12.2004 – B 2 U 47/03 R, SozR 4-2700 § 8 Nr 11; BSG 26.6.2014 – B 2 U 7/13 R, SozR 4-2700 § 8 Nr 53 = NJW 2015, 1407.

Unfallkausalität,<sup>22</sup> die nur dann gegeben ist, wenn die versicherte Tätigkeit auch die wesentliche Ursache für den Unfall war.

### **Folge: Ausschluss der zivilrechtlichen Haftung**

Als wesentliches Element des Personenschadensrechts im Arbeits- und Sozialrecht gilt zu Recht der bereits beschriebene grundsätzliche Haftungsausschluss für die zivilrechtliche Haftung des Schädigers gegenüber dem Geschädigten. Das Unfallversicherungsrecht zieht den Kreis, innerhalb dessen es zum Haftungsausschluss kommt, weit. Im Grundmodell ist nach § 104 SGB VII der Unternehmer legitimiert. In einer weiteren Stufe kommt es nach § 105 SGB VII auch dann zum Haftungsausschluss, wenn eine andere im Betrieb tätige Person der Schädiger ist. Die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen in einer gemeinsamen Betriebsstätte<sup>23</sup> nimmt dann § 106 III 3. Alt. SGB VII auf, wodurch auch die Haftung des Schädigers ausgeschlossen wird, der bei einem anderen Arbeitgeber angestellt ist und der nur vorübergehend in einer gemeinsamen Betriebsstätte mit dem Geschädigten zusammenarbeitet. Eine Rückausnahme, die zur Aufrechterhaltung der Haftung des Schädigers führt, wird nur dann zugelassen, wenn der Personenschaden vorsätzlich herbeigeführt wird oder aber ein Wegeunfall vorliegt.

Die Rechtsfolge des Haftungsausschlusses führt dazu, dass die privilegierte Person (also Unternehmer, Kollege oder Dritter auf einer gemeinsamen Betriebsstätte) nicht den Ersatz des Personenschadens schuldet, der durch den Arbeitsunfall verursacht wurde. Das bedeutet, dass es hier nicht nur um die unmittelbaren Schäden geht, die aus der Wiederherstellung der Gesundheit resultieren, sondern auch um weitere Schäden, wie Vermögensbeeinträchtigungen durch Verletzung oder gar Tötung und auch um immaterielle Schäden.<sup>24</sup> Damit kommt es zu

---

<sup>22</sup> KassKomm/*Ricke* SGBV II § 8 Rn. 7a.

<sup>23</sup> Zum Begriff siehe BGH 22.1.2013 - VI ZR 175/11, NZS 2013, 431.

<sup>24</sup> KassKomm/*Ricke* SGB VII § 104 Rn. 5



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

einer Divergenz zwischen den Schäden, die die Unfallversicherungsträger abdeckt und der Reichweite des das privatrechtliche Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem betreffenden Haftungsausschlusses. So sieht das Leistungsspektrum der Unfallversicherung einen Ausgleich der immateriellen Schäden (das so genannte Schmerzensgeld) nicht vor. Ein solcher Ausgleich wäre deshalb nur über einen zivilrechtlichen Haftungsanspruch zu erreichen, der aber gerade ausgeschlossen ist. Diesen Nachteil der unfallversicherungsrechtlichen Lösung haben manche als verfassungsrechtlich problematisch angesehen.<sup>25</sup> Denn das Haftungssystem bevorzugt damit solche Personen, die eben nicht durch einen Arbeitsunfall geschädigt werden, sondern im gleichsam alltäglichen Bereich – diese erhalten grundsätzlich auch ihre immateriellen Schaden ersetzt. Damit stellt sich die Gleichbehandlungsfrage, denn es kommt zur Ungleichbehandlung. Das BVerfG<sup>26</sup> hat aber diese Ungleichbehandlung als sachlich begründet und damit verfassungsrechtlich abgesichert angesehen. Diese sachliche Begründung wird richtig in der genannten Struktur der Unfallversicherung gesehen: Der Arbeitnehmer erhält mit dem Sozialversicherungsträger einen leistungsfähigen Schuldner, demgegenüber der Nachweis des Vertretenmüssens oder die Anrechnung eines Mitverschuldens keine Rolle spielen. Für den Arbeitgeber aber wird die finanzielle Belastung durch Arbeitsunfälle kalkulierbar.<sup>27</sup> Denn auch der Regress der Unfallversicherung gegenüber dem Schädiger ist weitgehend ausgeschlossen und nur dann möglich, wenn mindestens grobe Fahrlässigkeit vorliegt – also eine recht hohe Hürde.

---

<sup>25</sup> So Fuhrott, Der Schmerzensgeldausschluss durch die Unfallversicherung - Verfassungswidriger Zustand oder gerechtfertigte Ungleichbehandlung?, NZS 2007, 237; Richardi, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004 (1009);; Eichenhofer, Sozialrecht, 7. Aufl., 2010, Rn. 413; ErfK/Rolfs SGB VII § 104 Rn. 3

<sup>26</sup> BVerfG 7.11.1972 - 1 BvL 4 u. 17/71, 1 BvR 355/71, BVerfGE 34, 118, 128 ff. = NJW 1973, 502; BVerfG 8.2.1995 - 1 BvR 753/94, NJW 1995, 1607.

<sup>27</sup> Schwarze, in: Otto/Schwarze/Krause, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl. 2014, § 21 Rn. 14.

### Fazit

Das Arbeits- und Sozialrecht in Deutschland reagiert auf einen Personenschaden vielfältig und mit je eigenen rechtlichen Folgen. Diese sind im Arbeitsrecht regelmäßig privatrechtlicher Natur, im Sozialrecht aber sozialrechtlicher und damit öffentlich-rechtlicher Art. Regelmäßig kommt es so zu einem Nebeneinander der rechtlichen Systeme. In einem Kernbereich des Personenschadensrechts, den wir mit dem Begriff des Arbeitsunfalls umschreiben, kommt es aber in weiten Bereichen zu einer Dominanz des Sozialversicherungsrechts in Gestalt des Unfallversicherungsrechts. Die Unfallversicherung ist als verdeckte Haftersatzversicherung für den Arbeitgeber ein Solitär im System der deutschen Sozialversicherung. Die Folgen des Einbezugs eines Personenschadens in die Unfallversicherung sind – wegen des Haftungsausschlusses und Systemwechsels – weitreichend, die Rechtsfragen, die sich insbesondere als Abgrenzungsfragen stellen, sind, wie ich versucht habe darzulegen, mannigfaltig.

**Prof. Dr. Necdet BASA (Oturum Başkanı)-** Değerli konuşmacıya çok teşekkür ediyoruz. Türk ve Alman hukuki düzenlemeleri arasında tartıştığımız konuya ilişkin farklılıkların özellikle bilinmesinin sizler için de ilginç olduğunu zannediyorum. Profesör Klumpp'a çok teşekkür ediyoruz.

Cem hoca katılamayacağını bildirmişti, Yıldırım Koç. Sevdiğimiz saydığımız bildiğimiz, bilgisine güvendiğimiz önemli bir sendikacı. Umarım dilerim bir aksilik olmamıştır. Çünkü katılıp katılmayacağına ilişkin bir bilgi bende yok. Her neyse... Son konuşmamıza geldik. Ancak şimdi son konuşmacı Şebnem hocayı bilerek sona bıraktım hattı zatında. Niçin? Çünkü yaraları sarılmamış, acıları küllenmemiş bir Soma var önümüzde. 301 maden şehidi var, sizlerin de bu konuya çok ilgi duyduğunuzu biliyorum, çok hassas yaklaştığınızı biliyorum. İşte bu konunun otoritesi şu anda yanımda sağımda oturuyor. ODTÜ Maden Mühendisliği Fakültesinden Prof. Dr. Şebnem Düzgün hoca; söyleyecek çok şeyi var, o nedenle bundan sonraki süre size ait hocam. Buyurunuz efenim söz sizin.



# MADENCİLİKTE İŞ KAZALARININ NEDENLERİ

*Prof. Dr. Şebnem DÜZGÜN*

*ODTÜ Maden Mühendisliği Fakültesi*

**ÖZ:** Bu bildiriye madencilikte meydana gelen iş kazalarının niteliği tartışılmış, kazaların önlenmesi ve azaltılması için modern madencilikte benimsenen risk analizi yaklaşımı ana hatları ile açıklanmıştır. Risk yönetimi ve güvenlik kültürü arasındaki ilişki tartışılarak, etkin risk yönetimi için gerekli koşullar ve ülkemizdeki eksiklikler özetlenmiştir. Madencilik metotları arasında kömür madenciliği, koşullarından kaynaklı nedenlerle diğer madencilik yöntemlerine göre daha risklidir. Bu nedenle kömür madenciliği özelinde, kazalara ait istatistiksel veriler ülkemiz ve dünya karşılaştırılması ile irdelenmiştir. Tüm analizlere istinaden ülkemizde modern madencilik pratiğinin ve dolayısı ile güvenli madencilik yaklaşımlarının uygulanması için yapılması gerekenler sonuç bölümünde değerlendirilmiştir.

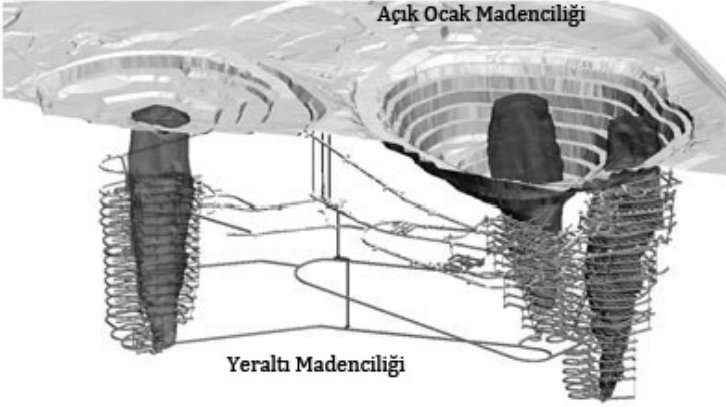
## 1. Giriş

Madencilikte iş kazalarının nedenlerinin anlaşılabilmesi için öncelikle madenciliğin nasıl bir sürece sahip olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Madencilik en basit tabiri ile yeraltındaki ekonomik maden kaynaklarının çıkarılarak işletilmesi olarak tanımlanabilir. Bir yeraltı maden rezervi ekonomik olarak yani kar edilerek çıkartılamıyorsa ekonomik kaynak olarak değerlendirilemez. Dolayısı ile madenciliğin yapılabilmesi için

öncelikle yeraltı kaynağının ekonomik olarak çıkartılıp çıkarılmayacağıının hesaplanması gerekir. Rezervin ekonomikliği hesabında maden metodunun seçimi en kritik aşamalardan biridir. Rezervin ekonomik olup olmaması, yeraltındaki durumuna, rezervin bulunduğu bölgenin jeolojik koşullarına, topoğrafyaya, vb. birçok başka faktöre bağlı olarak çok çeşitlilik gösterse de, maden metotlarını iki ana başlık altında incelemek mümkündür: Yeraltı madenciliği ve açık ocak madenciliği. Yeraltı madenciliği rezervin yeraltında açılan galeriler yolu ile çıkarılması esasına dayanırken, açık ocak madenciliği rezervin yer üstünde yapılan kazılarla çıkarılması esasına dayanmaktadır. Yöntemden de anlaşılacağı üzere yeraltındaki oldukça derin bir rezervin açık ocak madenciliği metotları ile çıkarılması ekonomik olmayacağıından böyle durumlar yeraltı maden metotlarını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan rezervin yüzeye yakın olan kısmının açık ocak madenciliği, daha derinlerdeki kısmının ise yeraltı maden metotları ile alınmasını gerektiren durumlar da söz konusu olabilmektedir (Şekil 1)

Açık ocak madenciliği, metodun niteliği gereği yerüstünde oldukça fazla etkiye sebep olurken, yeraltı madenciliği bu açıdan en az etkiye sahiptir. Yerüstünde yapılan kazılar nedeni ile topoğrafyanın büyük ölçüde değişimi, topoğrafyaya bağlı olarak su kaynakları, toprak, bitki örtüsü, habitat vb. doğal kaynakların da değişime uğramasına neden olmaktadır. Dolayısı ile açık ocak madenciliği sonrası alanın eski değerinde ya da ilk değerinden daha yüksek bir değerde olacak şekilde doğaya yeniden kazandırılması gerekmektedir. Yeraltı madenciliğinin bu tür etkileri çok daha az olsa da, yeraltı madenciliğinde erişilebilecek üretim miktarları çoğunlukla açık ocak madenciliğinden çok daha azdır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ



Şekil 1. Yeraltı ve açık ocak madenciliği  
(<http://delmepatlatma.org/-blgrsm-20110224161301.jpg>'den adapte edilmiştir)

Seçilen maden metodu madencilik sürecini belirleyen en temel unsur olduğundan madencilikteki iş kazalarının türü ve niteliği de metoda göre değişmektedir. Madencilikteki iş kazalarının işletmelerce ve ülke genelinde en iyi şekilde izlenmesi, yönetilmesi ve azaltılması için kazaların belli bir sistemle sınıflandırılması gerekmektedir. Ülkeler kendi madencilik koşullarına göre farklı sınıflandırmalar kullanabilmektedirler. Ülkemizde söz konusu sınıflandırma için standard bir sistem mevcut değildir. Maden işletmeleri kendi pratiklerine dayalı olarak farklı sistemler geliştirmişlerdir. Söz gelimi Türkiye Kömür İşletmeleri (TKİ), Türkiye Taşkömürü Kurumu (TTK), EtiMaden ve diğer özel madencilik işletmelerinin kendilerince kullandıkları kaza sınıflandırma sistemleri farklılıklar göstermektedir. ABD'de Mine Safety and Health Administration (MSHA) kazaların ülke genelinde standard şekilde sınıflandırılması için aşağıdaki kaza gruplarını kullanmaktadır (<http://www.msha.gov/fatals/AccidentClassifications.asp>):

- Elektrik akımına maruz kalma
- Mahsur kalma (kaya düşmesi, göçük, su basması vb. nedenlerle)

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Basınçla çalışan makinalardaki patlamalar (hidrolik hatlar, basınçlı hava, hidrolik hortumlar)
- Patlatmalar - (patlatmada kullanılan patlayıcılardan kaynaklı)
- Kaya düşmesi, kayması ve yuvarlanması
- Göçük
- Yangın
- Malzeme taşıma
- El araçları
- Asansör
- Gaz ve toz patlamaları
- Su ya da gaz basması
- Ekipman
- Çalışanların düşme ya da kayması
- Bir nesneye dayanma
- Çarpışma
- Diğerleri

Yukarıda listelenen kaza türleri de dikkate alındığında kaza çeşitlerinin oldukça fazla olduğu ve kaza gerçekleştiğinde ölüm, yaralanma ve/veya iş süreçlerinin aksaması gibi çok ciddi kayıpların oluşması kaçınılmazdır. Bu nedenle modern madenciliğin sürdürülebilir ve güvenli bir şekilde yapılması için olası kazaların önlenmesi ve en aza indirilmesi prensibine dayalı bir madencilik sürecinin ocaklarda benimsenmesi gerekmektedir. Söz konusu süreçlerin benimsenmesi ancak madencilikte ileri teknolojiler ve bunu destekleyen mevzuat ile mümkün olabilmektedir.

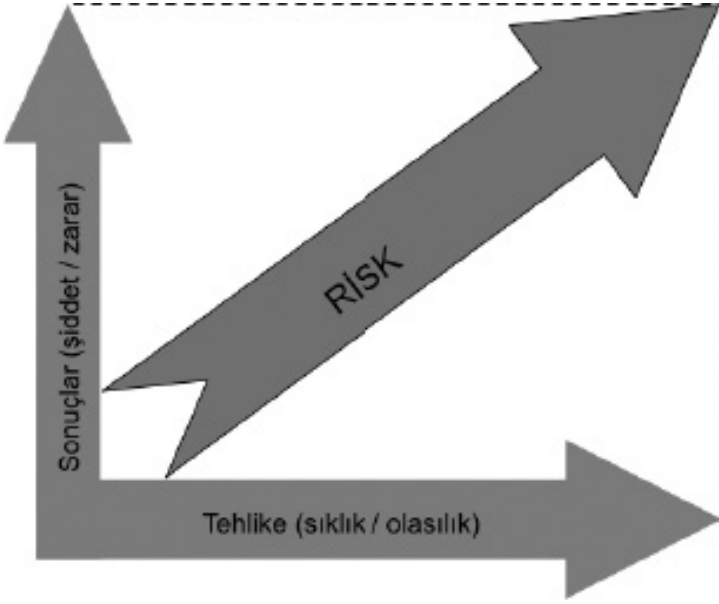
### 2. Risk Analizi

Tüm mevzuat ve ileri teknolojiler aslında madencilikteki risklerin azaltılmasını desteklemek amaçlıdır. Risk bir tehlike



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

(kaza sıklığı ya da kaza olma olasılığı) ile tehlike gerçekleştiğinde ortaya çıkan sonuçların (kazanın şiddeti, zararlar ya da kayıplar, söz gelimi ölüm, yaralanma vb.) bileşkesidir (Şekil 2). Dolayısı ile risk azaltma, hem tehlikenin olma olasılığını düşürerek (tehlike bileşeni) hem de olduğunda ortaya çıkacak kayıpları (sonuçlar bileşeni) azaltarak mümkündür. Riskin yönetilmesi için ise öncelikle analizinin yapılması şarttır.

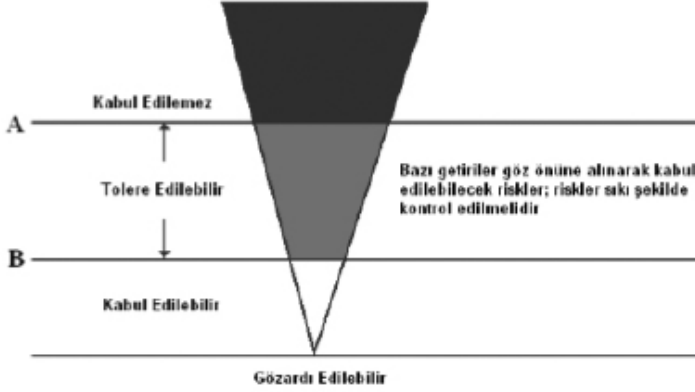


Şekil 2. Tehlike ve sonuçların bileşkesi olarak risk

Risk analizi sadece riskin derecesinin bulunmasını içermez, hesaplanan riskin ne anlama geldiğinin de değerlendirilmesini kapsar. Risk tayin edildikten sonra hesaplanan riskin anlamlılığının belirlenmesine risk değerlendirmesi denir. Bu değerlendirmenin yapılması için kabul edilebilir/tolere edilebilir risk seviyelerinin bilinmesi gerekir (Şekil 3). Modern madencilik pratiğinde, maden kazalarının en aza indirilerek güvenli ve sürdürülebilir bir madencilik yapılması her maden işletmesinin risk analizine dayalı kurumsal bir karneye sahip olması esastır. Bu karnenin kamuoyuyla paylaşılması yine modern madencilik ilkelerinin bir parçasıdır. Böylece risk analizi yolu

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ile madencilikteki güvenlik koşulları şeffaf bir şekilde kamuya aktarılmış olur.



Şekil 3. Risk değerlendirme yaklaşımı

Ülkemizde hâlihazırda var olan mevzuatta risk değerlendirme yapılması maden ocakları için zorunludur. Ancak bunun nasıl yapılacağı ile ilgili süreçler yeterli ayrıntıda tanımlanmadığı gibi daha çok kalitatif bir risk tayinine dayanmaktadır. Risklerin karşılaştırılması için kantitatif risk tayini metotlarının kullanılması gereklidir. Maden ocaklarının kalitatif risk değerlendirmeleri ile karşılaştırılabilirliği etkin bir yöntem değildir. Ocakların risk seviyelerinin kantitatif olarak belirlenerek olası risk azaltıcı madencilik pratikleri ve standartları için mevzuat düzenlemeleri yapılmalıdır.

Modern madencilik pratiğinde tüm maden işletmelerinde meydana gelen kazaların belli bir kaza sınıflaması sistematığı ile depolandığı veritabanları mevcuttur. Bu veritabanları, riskin hem tehlike (sıklık, kaza olma olasılığı) hem de sonuçlar (can kaybı, yaralanma, gün kaybı, üretim durması vb.) bileşenlerinin hesaplanması için kullanılabilir veriler içerdiğinden ocaklara ait kantitatif risk değerlendirme yapılmasına olanak sağlamaktadır. Ülkemizde tüm maden işletmelerinin risk analizine dayalı olarak performansının izlenebileceği bu türden gelişmiş bir veritabanı sistemi mevcut değildir. Dolayısı ile

tüm maden işletmelerindeki kazaların can kaybı, yaralanma ve diğer kayıplarla (gün kaybı, üretim durması vb.) birlikte kayda alınacağı, ulusal bir veritabanı ve portalla değerlendirilebileceği bütüncül bir veri toplama yaklaşımı geliştirilmeli ve kantitatif risk değerlendirmelerinde kullanılmalıdır.

Her madencilik yöntemi için risk sınıflarının oluşturulması ve buna bağlı olarak işletme koşullarının standardlarının belirlenmesi gerekmektedir. İşletmelerin iş sağlığı ve güvenliği (İSG) açısından risk değerlendirmelerinin yapılarak tüm kamuoyu ile paylaşılması ise madenciliğin sürdürülebilir bir şekilde yapılmasının birincil koşuludur.

### 3. Risk Yönetimi ve Güvenlik Kültürü

Kazaların sıklık ve derecesine göre ortaya çıkan risklerin tayini ve değerlendirilmesi sonucunda kabul edilemeyen risklerin azaltılması, tolere edilecek risklerin ise yakın takiple izlenmesi gerekmektedir. Risklerin azaltılması ve yakından takip edilmesi ise ancak işletmelerde içselleştirilmiş bir güvenlik kültürünün benimsenmesi ile mümkündür. Bir başka deyişle kazalardan kaynaklı risklerin yönetiminin temeli içselleşmiş bir güvenlik kültürüdür. Denetim ise kazalardan kaynaklı risklerin izlenmesi ve azaltılması için tamamlayıcı ve destekleyici tedbirlerdendir. Güvenlik kültürü bir organizasyonda güvenlik odaklı çalışmanın benimsenmesine bağlı olarak zamanla gelişen bir olgudur. Bu nedenle güvenlik modern madencilik uygulamalarının ana odağıdır. İşletmelerde güvenlik kültürü geliştirmek için yapılması gerekenler ise kısaca şu maddelerde listelenebilir:

- i. Kurumsal yönetim sistemine entegre İSG yönetim sistemi kullanılması
- ii. İSG'nin öncelikten ziyade temel değer olarak kabul edilmesi
- iii. Hayat Kurtaran Kurallar, Ciddiyeti Yüksek Protokoller gibi kaza önleme içeren yönetsel standartların geliştirilmesi ve uygulanması

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- iv. İşletmede durumsal farkındalığını arttırmayı hedefleyen risk yönetim araçlarının kullanılması
- v. Çalışanların tehlikeli işi reddetme yükümlülüğünün olması
- vi. İç ve dış denetim mekanizmaları ile düzenli bağımsız denetim sistemlerinin benimsenmesi
- vii. Çalışan, makine, ekipman, süreç vb. madencilik sistemi bileşenlerinin İSG gerekliliklerine sahip olması

Ülkemizde maden işletmelerinin çok az bir bölümü söz konusu güvenlik kültürüne sahiptir. Madencilik gibi yüksek riskli bir sektörde güvenlik kültüründen yoksunluk kazaların önlenmesi için ne yapılırsa yapılsın etkin sonuç vermeyecektir. Bu nedenle yapılması gerekenler şu şekilde özetlenebilir:

- i. Her madencilik türü için (söz gelimi kömür madenciliğine özel) güvenlik kültürünün oluşmasını zorlayıcı, bir mevzuat düzenlemesi yapılmalıdır. Ayrıca İSG standartları da bu mevzuatta kantitatif standartlar ile yer almalıdır.
- ii. Güvenlik kültürünün oluşturulmasında ABD'deki NIOSH (The National Institute for Occupational Safety and Health) ve MSHA (Mine Safety and Health Administration), Avustralya'daki MSIA (The Mine Safety Institute of Australia) ve CSIRO (The Commonwealth Scientific and Industrial Research Organisation) gibi organizasyonların hem araştırma hem de uygulamada yön vereceği kurumlar oluşturulmalıdır.
- iii. Maden işletmeleri bu kurumlarca güvenlik kültürü göstergelerine ve risk değerlendirmesi sonuçlarına bağlı olarak değerlendirilmeli ve bu değerlendirmeler kamuoyu ile paylaşılmalıdır.
- iv. Maden işletmelerinin güvenlik kültürü oluşmasına yardımcı olacak rehberler, protokoller, en iyi uygulama örnekleri vb. konularda desteklenmesi gerekmektedir.

- v. Güvenlik konusu iç ve dış denetim odağından, işletmelerde içselleşmiş bir ISG yaklaşımına dönüşmelidir.

Madencilik yönteminin çeşidine bağlı olarak İSG ve risk analizi yaklaşımları farklılık gösterse de her madencilik yönetimi için belirli İSG standartları ve risk yönetimi protokolleri geliştirmek mümkündür. Özellikle yüksek teknolojinin sağladığı imkanlara rağmen hala en riskli yöntemlerden biri olan yeraltı kömür madenciliği için bu standartlar ve protokollerin geliştirilmesi kaçınılmazdır. Ülkemizde 2014 yılında meydana gelen Soma ve Ermenek faciaları bile tek başına bu düzenlemelerin zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu nedenle, bildirisinin diğer bölümlerinde kömür madenciliğine özel olarak kazaların nitelikleri, ülkemiz ve dünyadaki durum değerlendirilecektir.

#### 4. Kömür Madenciliğinde Kazalar

MSHA tarafından listelenen kaza grupları dikkate alındığında bazı kaza türlerinin sadece kömür madenciliğine özel olduğu görülmektedir. Söz gelimi, yangın, gaz ve toz patlamaları gibi kazalar çoğunlukla kömür madenciliğine has kaza türleridir. Bir başka deyişle yeraltı kömür madenlerinde meydana gelebilecek kazaların çeşidi ve sıklığı diğer madencilik türlerine göre daha fazladır. Dolayısı yeraltı kömür madenciliği hala en riskli iş kolları arasında yer alan bir iş koludur.

Çizelge 1’de 1908’de Avusturalya’da kömür madenlerinde meydana gelen kazalar sonrası ortaya çıkan ölüm ve yaralanma sayıları ile çalışan sayısı ve üretim miktarları verilmektedir (<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/featurearticlesbytitle/6893596390A01028CA2569E3001F5555?OpenDocument>). Manisa’nın Soma İlçesinde Başta 13 Mayıs 2014 Tarihinde Olmak Üzere Meydana Gelen Maden Kazalarının Araştırılarak Bu Sektörde Alınması Gereken İş Sağlığı Ve İş Güvenliği Tedbirlerinin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu’nda TKİ tarafından yapılan sunumda 2013’de TKİ ocakları ve yüklenicilerinde meydana gelen ölümlü kaza sayısı toplamı 10 olarak verilmiştir. Yine aynı komisyonda TTK tara-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

findan yapılan sunumda ise 2010'da TTK ocaklarında ölümlü kaza toplamı 35 olarak verilmiştir. Çizelge 1'de verilen ölümlü kaza sayılarının 1908'e ait olması ve hala günümüzde TTK ve TKİ ocaklarında bu kaza sayılarına benzer sayıların olması ülkemiz kömür madenciliği açısından oldukça düşündürücüdür ve önceki bölümlerde sözü edilen risk analizi ve güvenlik kültürü yaklaşımlarının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Çizelge 1. Avusturalya'da 1908 yılına ait kaza istatistikleri (Kaynak: <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/featurearticlesbytitle/6893596390A01028CA2569E3001F5555?OpenDocument>)

Eyalet	Kömür madenlerinde çalışan sayısı	Kişi sayısı		1000 kişiye düşen oran		Kişi başına düşen kömür üretimi	
		Ölüm	Yaralanma	Ölüm	Yaralanma	Ölüm	Yaralanma
New South Wales (9,147,025 ton)	17,734	21	111	1.17	6.26	435,572	82,405
Victoria (113,962 ton)	542	1	7	1.85	12.91	113,962	16,280
Queensland (696,332)	1,672	3	29	1.79	17.34	232,111	24,011
South Australia	...	...	...	...	...	...	...
Western Australia (175,248)	280	1	32	...	...	...	5,477
Tasmania (61,068)	189	*	*	*	*	*	*

Çizelge 2'de Avusturalya istatistik bürosunca 1908'de dünya madenlerinde çalışan sayıları ve 1000 kişi başına düşen ölüm oranları verilmektedir. Soma Kömür A.Ş.'ye ait Eynez kömür ocağından meydana gelen kaza bu açıdan dikkate alındığından çalışan sayısı 3000, 1000 kişi başına düşen ölüm oranı ise yaklaşık 100'dür. Çizelge 2'de verilen ve 1908'deki ölüm oranları ile sadece Soma'nın oranının karşılaştırılması bile ül-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kemiz yeraltı kömür madenciliğinin bu güvenlik koşullarında sürdürülebilir bir şekilde devam etmesinin mümkün olmadığını göstermektedir.

*Çizelge 2. 1908 yılında dünya ülkelerinde madencilik sektöründe ölüm oranları (Kaynak: <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/featurearticles/bytitle/6893596390A01028CA2569E3001F5555?OpenDocument>)*

Ülke	Çalışan Sayısı	1000 kişi başına düşen ölüm oranı
Avusturya	40,645	1.52
İngiltere	918,400	1.31
ABD	641,000	4.66
Almanya	545,000	2.55
Fransa	176,000	1.10
Belçika	143,000	-
Avusturya	70,000	-
Hindistan	113,000	-

1986 – 2003 yılları arasında TTK ocaklarında meydana gelen ve yaralanma ile sonuçlanan kazaların türlerine göre oranları Çizelge 3’de verilmiştir (Düzgün 2005)

*Çizelge 3. TTK ocaklarında meydana gelen yaralanmalı kazaların oranları (Düzgün 2005)*

Kaza Türü	Ocalara Meydana Gelen Kazaların oranı (%)				
	Kozlu	Armutçuk	Üzülmaz	Karadon	Amasra
Tavan göçmesi	40	38	40	45	42
Ulaşım	8	11	9	9	5
Malzeme taşıma	3	4	2	1	1
Ekipman ve elektrik	26	33	24	24	26
Diğerleri	23	14	25	21	26

1996 – 2002 yılları arasında TKİ’nin GLİ (Garp Linyitleri İşletmesi) ve ELİ (Ege Linyitleri İşletmesi) ocaklarında meydana gelen kazaların türlerine göre oranları ise Çizelge 4’te verilmiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Çizelge 4. TKİ ocaklarında meydana gelen yaralanmalı kazaların oranları (Sarı vd. 2004)*

Kaza Türü	GLI-Tunçbilek (%)		ELI-Eynez (%)	
	Klasik	Mekanize	Klasik	Mekanize
Göçük	30,7	18,0	20,2	27,6
Malzeme taşıma	21,6	30,0	26,7	29,7
Düşen nesneye çarpma	18,3	10,5	20,3	13,9
Elektrikli taşıma	3,2	4,0	10,3	6,5
Kayma/Düşme	6,0	10,5	7,0	6,1
El aletleri	3,8	2,0	5,6	6,8
Ekpman	6,3	16,5	3,4	4,5
Diğerleri	11,1	8,5	6,5	4,9

Çizelgeler 3 ve 4'ten de görüleceği gibi tüm kazalar önlebilir niteliktedir. Özellikle göçük ve malzeme taşıma kazalarının oranı ise tüm kazaların oranı içinde büyük bir orana sahiptir ve bu kazalardan kaynaklı yaralanmalar da ciddi boyutlara ulaşmaktadır. Öte yandan ülkemizdeki büyük can kayıplı maden kazalarının, Küre hariç, tümü kömür madenlerinde meydana gelmektedir (Çizelge 5). Ülkemiz her ne kadar enerji açığını yerli kaynaklara dayalı olarak karşılamaya çalışacak bir enerji politikasına sahip olsa da kömür madenciliğinin bu yüksek riskli pratiği uygulanabilir görünmemektedir.

*Çizelge 5. Madencilik sektöründeki büyük kazalar (TMMOB Maden Mühendisleri Odası, 2010'dan adapte edilmiştir.)*

Tarih	Maden Ocağı	Kurum	Neden	Can Kaybı
<b>Mart 1983</b>	Armutçuk	TTK	Grizu patlaması	103
<b>Nisan 1983</b>	Kozlu	TTK	Grizu patlaması	10
<b>Temmuz 1983</b>	Yeniçelttek	Özel (Amasya)	Grizu patlaması	5
<b>Ocak 1987</b>	Kozlu	TTK	Göçük	8



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

<b>Ocak 1990</b>	Amasra	TTK	Grizu patlaması	5
<b>Şubat 1990</b>	Yeniçeltek	Özel (Amasya)	Grizu patlaması	68
<b>Mart 1992</b>	Kozlu	TTK	Grizu patlaması	263
<b>Mart 1995</b>	Sorgun	Özel (Yozgat)	Grizu patlaması	37
<b>Ağustos 2003</b>	Aşkale	Özel (Erzurum)	Grizu patlaması	8
<b>Kasım 2003</b>	Ermenek	Özel (Karaman)	Grizu patlaması	10
<b>Ağustos</b>	Bayat	Özel (Çorum)	Grizu patlaması	3
<b>Eylül 2004</b>	Küre	Özel (Kastamonu)	Yangın	19
<b>Nisan 2005</b>	Gediz	Özel (Kütahya)	Grizu patlaması	18
<b>Haziran 2006</b>	Dursunbey	Özel (Balıkesir)	Grizu patlaması	17
<b>Aralık 2009</b>	Mustafakemalpaşa	Özel (Bursa)	Grizu patlaması	19
<b>Şubat 2010</b>	Dursunbey	Özel (Balıkesir)	Grizu patlaması	13
<b>Mayıs 2010</b>	Karadon	TTK	Grizu patlaması	30
<b>Şubat 2011</b>	Çöllolar	Özel (Afşin Elbistan)	Heyelan	11
<b>Mayıs 2014</b>	Soma	Özel (Eynez)	Yangın	301
<b>Ekim 2014</b>	Ermenek	Özel (Karaman)	Su basması	18

### 5. Sonuç

Maden kazalarının büyük bir bölümü **önlenebilir** niteliktedir. Kazaların önlenememesi durumunda ortaya çıkacak kayıpların en aza indirilmesi için **risk analize** dayalı madencilik yaklaşımları gerekmektedir. Modern madenciliğin kaçınılmaz bir parçası olan risk analizi yaklaşımlarının benimsenmesi için içselleştirilmiş bir güvenlik kültürünün işletmelerde hakim olması şarttır. Söz konusu yaklaşımların ülkemiz madencilik sektöründe yaygın kullanımı için sektördeki işletmelerin güvenlik konusunda ödün vermeyecekleri hususunda uzlaşmaları ve bu uzlaşmaya istinaden mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Aksi taktirde maden işletmelerinin halihazırdaki güvenlik koşullarında sürdürülebilir bir şekilde

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

madencilik yapmaları mümkün görünmemektedir. Özellikle Soma ve Ermenek faciaları sonrasında kamuoyunda meydana gelen hassasiyetin yönetilmesi ancak modern madencilik koşullarında madenciliğin yapılması ile mümkün olabilecektir.

Öte yandan kazalar sadece rakamlardan ibaret değildir. Madencilikte meydana gelen kazaların ölümlerle sonuçlanması yanında, kazalar nedeni ile genellikle çalışanların yaşam kalitesi önemli ölçüde düşmektedir. Dolayısı ile kazaların ortaya çıkardığı ölüm ve yaralanma gibi doğrudan sonuçlar kadar, hem çalışanın **yaşam kalitesinin düşmesi** hem de yakınlarının bu düşüşten etkilenmesini kapsayan dolaylı sonuçlar da risk analizinde dikkate alınmalıdır. Çalışanların yaşam kalitesinin düşmesinden kaynaklı kayıplar da dikkate alındığında ülkemiz madencilik sektörünün ciddi bir reforma ihtiyacı vardır. Kazalar sonrası oluşan kayıpların en aza indirilmesi için Türkiye madencilik pratiğinin **ışgücüne dayalı yaklaşımlardan, makina, ekipman ve diğer teknolojik araçlara dayalı yaklaşımların uygulandığı modern madencilik pratiğine dönüşmesi şarttır.**

### Kaynakça

- Duzgun, H.S.B., (2005). "Analysis of Roof Fall Hazards and Risk Assessment for Zonguldak Coal Basin Underground Mines", International Journal of Coal Geology, Vol.64, pp. 104-115.
- Sarı, M., Düzgün, H.S.B., Karpuz, C., Selcuk, A.S., (2004). "Accident Analysis of Two Turkish Underground Coal Mine", Safety Science Vol. 42 / 8 pp. 675-690.
- TMMOB Maden Mühendisleri Odası, 2010. Madencilikte yaşanan iş kazaları raporu. [http://www.maden.org.tr/resimler/ekler/9bd3e8809c72d94\\_ek.pdf](http://www.maden.org.tr/resimler/ekler/9bd3e8809c72d94_ek.pdf)

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Üçüncü Oturum*

*“İdare Hukuku Yönünden Bedensel  
Zararların Tazmini Esasları”*



**Oturum Başkanı Prof. Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Değerli meslektaşlarım, sevgili öğrenciler, saygın katılımcılar; bu çatı altında bugün ana konumuz olan bedensel zararların tazmini konusunda idare hukukunun bakış açısını yaklaşımını ve orada ortaya çıkan sorunlarla genel anlamda adalet yargısında bedensel zararların tazmini konusunda yapılan çalışmaların, ortaya çıkan ürünlerin düzenlemelerin ve özellikle yargı kararlarının karşılaştırılması sonucunda varacağımız ara yer sonuçlarını görüşmek için bulunuyoruz.

Bir arkadaşımız yok. Burada bulunanlardan hepsi Profesör Olivier Leclerc hariç benim sevgili öğrencilerim. Bir tanesi gelmedi, o da Mehmet Ünlüçay. Zannederseniz mazereti var. Onlarla burada birlikte olmaktan büyük bir memnuniyet duyuyorum.

Ara yerde bir 15 dakikalık mesafe, daha doğrusu zaman olanağı bulunduğu için Mehmet'in gelmemesi dolayısıyla, hemen telaşlanmayın bir korsan bildiri filan yapacak değilim. Ama bir-iki şeyi, bu binayla bu çatıyla bu oluşumla, bu kurumla ilgili bir-iki hatırlatmayı ve bundan yola çıkarak sayın katılımcılara söz vermeyi düşünüyorum izninizle.

Türkiye Barolar Birliği, orada yazılan tarihte 1969'da kuruldu. Ankara'da Ziya Gökalp'ten Karanfil Sokağına çıkan merdivenli yerde Kızılay İşhanı vardı, iki oda. Rahmetli Faruk Erem ve Ankara Barosunun o zaman sayın yöneticileri Atilla Sav'lar, Önder Sav ve diğerleri ve bu arada biz de bu kuruluş çalışmalarına katıldık. Ben 1957'den beri avukatlık yapıyorum. Babam da avukattı ve hâlâ da baro kaydım duruyor.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Baroların teşkilatlanması ve Türkiye Barolar Birliği gibi bir oluşumun ortaya çıkması, büyük bir ihtiyaçtı. O günlerde ve bizden önce bu mesleğin sahiplerinin çektikleri yaptıkları yapabildikleri, maruz kaldıkları hal ve durumlar düşünülürse, Barolar Birliğinin ne büyük bir nimet, ne büyük bir katkı, ne büyük bir koruyucu avukatlık hukukunu ve avukatları koruyucu yapı haline geldiğini görüyoruz.

Bugünümüze gelirsek, Barolar Birliğinin bugün içinde yaşadığımız koşullar içinde, Türk yargısını ve Türk hukukunu en kısa zamanda rehabilite etmek, yaralarından sağılmasını sağlamak ve sağlıklı bir hukuk ve yargıya ulaşabilmek bakımından büyük bir misyon yüklendiğini biliyoruz. Onun için burada bulunmaktan büyük bir memnuniyet duyuyorum.

Konumuza gelince, belki bedensel zararların tazmini konusu, benim biraz evvel işaret ettiğim, bu kurumun ve onun mensupları olarak hepimizin temel misyonumuzun belki ayrıntıda, ama aktüalitesini her zaman koruyan bir konusudur. Sorumluluk hukukudur.

Sevgili öğrencilerim bilir, bir ülkenin *-hep tekrar etmişimdir her derste, idare hukukunda özellikle, tam yargı davalarını anlatırken, dava teorisine girerken-* uygarlık düzeyi sorumluluk hukukuyla bağlıdır. Sorumluluk hukuku ne kadar gelişmişse, sınırları ne kadar genişletilmişse, o ülke o kadar uygardır, o kadar hukuk devletine yaklaşmıştır. Türkiye bu konuda önemli mesafeler aldı, ama geriye de gitti.

Sınırlı bir çerçevede olmak üzere, tabii bedensel zararların tazmini konusunda da, Türkiye'deki idare rejimi ve yargı yollarının çokluğu yüzünden birtakım sorunlar yine bu sınırlı çerçevede olmak üzere bu alanımızda bugün ele aldığımız temel konuda da karşımıza çıktı. İdare hukuku bunların bir kısmının tanığıdır, bir kısmının müsebbibidir idari yargı olarak, bir kısmının değiştirilmesi için çabalar sarf edilmiştir. İnşallah bu çalışmalardan ve bu toplantılardan ve benzerlerinden sonra olay rayına oturacaktır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İdare hukuku bakımından bu konunun bugün ele alınmasının, bu sınırlı çerçeveyi de aşarak çok başka bir önemli tarafına dikkatinizi çekmek istiyorum. İdare hukukunda, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların tazmini, dava teorimizde karşımıza çıkan iki dava türünden, iptal davasıyla tam yargı davasının ana misyonudur konusudur. Daha evvel oturumlarda değerli meslektaşlarım, sevgili meslektaşlarım işaret ettiler. İdare hukukunun bu sorumluluk hukuku ve zararların tazmini anlamında, yalnız bedensel zararlar değil, ortaya çıkardığı özel hukukla olan ilişki bakımından ortaya çıkan sorunların dışında, bedensel zararlar bakımından çok önemli bir operasyona tabi tutuldu Türk hukuku. Borçlar Kanununun bilinen hükmüyle HMK'daki değişiklik.

Bu ilk bakışta Türkiye'de öteden beri pek çoğumuzun diline pelesenk edilmiş, özellikle politikacılarımızın. Yargı birliğine doğru gidişin bir açılımı mıdır? O kanaate olanlar var, onlardan da birisi benim. Ama konuyu dağıtmak istemiyorum bu boyutta. Fakat şu muhakkak ki, bugün bedensel zararların idare hukuku bakımından tazmini konusunda bu iki büyük yasa değişikliği, bunlardan bir tanesinin, yani HMK'daki hükmün iptali edilmesine karşın, Borçlar Kanunundaki hükmün hâlâ ayakta durması, Anayasa Mahkememizin gündemde olması ne kadar sancılı bir dönem içinde olduğumuzu gösteriyor.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyor ve şimdi sözü değerli öğrencim sevgili meslektaşım Doç. Dr. Müslüm Akıncı'ya veriyorum; yaşam hakkı ihlalleri ve idari yargı. Buyurun efendim.





# YAŞAM HAKKI İHLALLERİ VE İDARİ YARGI

(AİHM ve AYM Yaklaşımıyla Karşılaştırma Denemesi)

Doç. Dr. Müslüm AKINCI

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## A- ÖN BELİRLEME

Gerek anayasada ve gerekse uluslararası sözleşmelerde tanımlandığı üzere, yaşam hakkı çok boyutlu gerekleri olan “dinamik” bir haktır. Liberal düşünür John Locke’un “hayat, hürriyet ve mülkiyet” üzerine kurduğu doğal haklar denkleminde bu hak ilk sırada yer alır. Çağdaş hukuk kuramında ve pratiğinde yaşam hakkı, diğer hakların öncüsü ve önkoşulu olarak kabul edilir.<sup>1</sup>

**İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi**’nin 3. maddesinde “Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.” anlatımının bir yansıması olarak “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı **Anayasa**’nın 17. maddesine göre “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (...) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlü-

---

<sup>1</sup> **Yorke**, Jon (2010) “Introduction: The Right to Life and the Value of Life: Orientations in Law, Politics and Ethics”, **The Right to Life and the Value of Life**, Birmingham City University, UK, p.2

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” Keza **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**’nin “Yaşama Hakkı” başlıklı 2. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır: “1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. 2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz: a. Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için; b. Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; c. Ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması için.”

Jellinek’in ayırmalandırmasıyla Negatif Statü Hakları içinde yer alan yaşam hakkı devlete salt “dokunmama” değil; aynı zamanda “dokundurmama” (esirgeme) ödev ve sorumluluğunu da yükler<sup>2</sup>. Devlet yaşam hakkına saygılı olmasının yanında, yaşamı başka kaynaklardan gelecek tehlikelere karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Temel hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesinin devletin salt çekinme ödevine bağlı olamayacağına ilişkin Kıta Avrupası yaklaşımı, uygulamada Federal Alman Anayasa Mahkemesinin *Lüth* kararında (BVerfGE 7) geliştirmiş olduğu *Dritwirkung der Grundrecht* olarak ifade edilen temel hak ve hürriyetlerin korunmasında yatay etki doktriniyle klasik liberalizmin negatif özgürlük felsefesine yeni bir bakış açısı getirmiştir.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Wick , Elizabeth (2010) **The Right to Life and Conflicting Interests**, Oxford University Pres, p.178 vd

<sup>3</sup> Şahin, Kemal , “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı Ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: *Budayeva Kararı*” <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001574/5000000686> MÜHF - HAD, C. 19, 76, S. 3, sayfa 76 erişim tarihi 05.05.2015]

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yaşam hakkı, gerek esas ve gerekse usuli içeriği bakımından diğer bazı anayasal hak ve özgürlüklerle içkin (mündemiç) yapıdadır. Bu cümleden olmak üzere gerek AİHM ve gerekse iç yargı düzenimizde yaşam hakkı bazı temel hak ve hürriyetlerle birlikte ve bu kapsamda ele alınmaktadır:

- Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı
- Sağlık hakkı
- Çevre hakkı
- Hak arama hürriyeti (etkili başvuru hakkı)
- Adil yargılanma hakkı

Yaşam hakkı'na ilişkin davalarda ölüm şart değildir: Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte, bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür. AİHM de, ölümlü sonuçlanmayan yaralanma olaylarını kişiye karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan niyet ve amacı diğer faktörlerle birlikte göz önünde tutarak yaşam hakkı kapsamında inceleyebilmektedir.<sup>4</sup>

Devletin yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülüğü öncelikle kamu otoritelerinin yaşam hakkına müdahale etmelerini, yani maddede belirtilen istisnalar dışında kişilerin ölümüne neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin yaşam hakkından kaynaklanan **negatif ödevidir**.

Yaşam hakkına saygı, ikinci olarak devletin üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı bireylerin hayatını korumasını

---

<sup>4</sup> bkz. *İlhan/Türkiye* [BD], 22277/93, 27/6/2000, §76; Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, 51358/99, 12/12/2006, §27; Makaratzis/Yunanistan [BD], 50385/99, 20/12/2004, §52, Düzova/Türkiye Kararı pp 90.

gerektirir. Bir kimsenin hayatına yönelik çok özel ve ciddi bir tehdidin varlığı kanıtlanmışsa, devletin bu tehde karşı bireyin hayatını korumak için makul tedbirleri alması gerekir. Keza kimi durumlarda bireyin kendisinden gelebilecek tehlikelere karşı da koruma konusunda gerekli tedbirleri almalıdır. Bu, yaşam hakkından kaynaklanan devletin **pozitif yükümlülüğüdür**.

Yaşam hakkının usulî gereği ise etkili soruşturma ödevini oluşturmaktadır: Bir ölüm meydana gelmişse, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında ölümün nedenlerini soruşturma ve sorumluları tespit ederek cezalandırma ödevi de vardır. Bu usul yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine gerçekten uyup uymadığı tespit edilemez. Bu nedenle, devletin bu madde kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerinin güvencesini, **etkili soruşturma yükümlülüğü** oluşturmaktadır.<sup>5</sup>

Devletin pozitif yükümlülüğünün (koruma ödevinin) özellikle zayıf durumda olanlar bakımından daha fazla olduğu ve kendine özgü hassasiyetler gerektirdiği kabul edilmektedir.

- Küçükler
- Özgürlüğünden yoksun olanlar
- Akıl hastaları
- Kadınlar
- Yoksullar

### B- YAŞAM HAKKININ MADDİ GEREKLERİ

#### I- Özgürlüğünden yoksun olanlar bakımından

Bu gruptakiler bakımından devletin pozitif yükümlülüğü daha ağırlaştırılmıştır. Kamu gücüne emanet edilen hayat ve

---

<sup>5</sup> Any.Mahk; B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29.

hürriyet değerlerinin korunmasında hassas dengelerin gözetilmesi gereğine işaret edilmektedir.<sup>6</sup>

Gözaltındaki kişiler savunmasız / incinebilir bir durumdadır ve resmi makamlar bu kişileri korumak yükümlülüğü altındadırlar. Sonuç olarak, sağlıklı bir durumdayken polis tarafından gözaltına alınan bir kişinin serbest bırakılması sırasında vücudunda yara-bere tespit edilmesi durumunda, Devlet bu yara-berelerin nasıl meydana geldiği hususunda makul bir izahat sunmakla mükelleftir.<sup>7</sup> “Resmi makamların gözaltında bir kişiye yapılan muameleye dair mesul olma yükümlülüğü özellikle şahsın ölümü durumunda daha da katıdır.”<sup>8</sup> Özgürlüğünden yoksun olanların yaşam hakkına yönelik müdahalelerin nereden kaynaklandığı ve nasıl meydana geldiğine dair savların kim tarafından isbat edileceği (?) sorulduğunda özellikle gözaltında ölümlerde ispat yükünün devlete yüklendiği görülmektedir<sup>9</sup>. Gözaltı sırasındaki kayıplardan da devletin sorumlu olduğu yönünde -(gözaltı işleminin devlet görevlileri tarafından yapıldığını ispatlamak şartıyla) genel kabul vardır.<sup>10</sup>

Cezaevinde çıkan isyanları bastırmak için yaşam hakkına yönelik müdahalelerde “**gerekli/zorunlu ve ölçülü**” olma şartının gözetildiği görülmektedir<sup>11</sup>. Danıştay bir kararında “Cezaevinde çıkan isyan sonucunda mahkumlara karşı yapılan müdahalenin, cezaevinde huzur ve sükunun sağlanması için

<sup>6</sup> **Kepmen**, Piet Hein van, “Positive obligations to ensure the human rights of prisoners Safety, healthcare, conjugal visits and the possibility of founding a family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR” [http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/05\\_Stavern\\_Contribution%20Van%20Kempen.pdf](http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/05_Stavern_Contribution%20Van%20Kempen.pdf) erişim tarihi 26.04.2015 **Livingstone**, Stephen (2002) ‘Prisoners’ Rights in the Context of the European Convention on Human Rights’, **2 Punishment & Society** , No. 3, p. 309-313

<sup>7</sup> bkz. diğer emsaller arasında, Selmouni / Fransa. [BD], no. 25803/94, § 87, ECHR 1999-V.

<sup>8</sup> [AİHM Salman-Türkiye Kararı p.99]

<sup>9</sup> **Human Rights Review** (2012) “Article 2: The right to life”, p.30 [http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/hrr\\_article\\_2.pdf](http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/hrr_article_2.pdf) erişim tarihi 21.04.2015

<sup>10</sup> Timurtaş - Türkiye Davası,2000, p.15-22

<sup>11</sup> **Cengiz** , Serkan (2011) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı” TBB Dergisi Sayı: 93, s.395

zorunlu hale geldiği anlaşılmalı birlikte, belirtilen amaçla bağdaşmayacak şekilde aşırı güç kullanıldığı, bu boyutta bir müdahalenin gereksiz ve ölçsüz olduğu anlaşıldığından, olayda hizmetin kötü işlediği ve hizmet kusuru bulunduğu sonucuna varıldığı; Zarara neden olan ölümün aşırı güç kullanımını nedeniyle gerçekleşmesi ve gereksiz ve ölçsüz şekilde aşırı güç kullanılmasına, davacıların yakınının sebep olduğu yolunda bir saptama bulunmaması karşısında, davacıların yakınının müterafik kusur niteliğinde bir davranışının bulunmadığının anlaşıldığı ve bu nedenle tazminat miktarının azaltılmasına imkan olmadığı..” na hükmetmiştir (İdare D.Gen.Kur. 2010/2741 E. , 2013/4312 K.).<sup>12</sup>

Tutuklu/gözaltında olanlar bakımından ölüm olayının meydana gelmesinde ölenin yakınları tarafından açılan maddi (destekten yoksun kalma) ve manevi tazminat davalarında zararın hesaplanmasında Danıştay’ın ilginç bir ölçüt geliştirdiği gözlenmektedir: “Uşak Cezaevinde tutuklu iken cezaevinde 1.11.2000 tarihinde çıkan olaylar sonucunda, davacılar murisinin öldürülmesinde idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle, yoksun kalınan zararın hesaplanabilmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, maddi tazminat istemlerinin kısmen kabulüyle davacıardan ölenin babası ve

---

<sup>12</sup> Danıştay 10. Dairesi Diyarbakır İdare Mahkemesi’nin tazminata dair kararını şu gerekçe ile bozmuştur: “Anılan kararın temyiz edilmesi sonucunda, Danıştay Onuncu Dairesinin 16/02/2009 günlü, E:2006/2635 K:2009/1029 sayılı kararıyla, cezaevinde asayiş ve disiplinin sağlanması amacıyla zorunlu hale gelen müdahaleyi idarenin hizmetin işleyişinde kusurlu davrandığının bir göstergesi olarak kabul etmeye olanak bulunmadığı; olayda, davacıların yakınının ölümüne neden olan olaylarda ölen kişinin de aktif rol aldığı, cezaevine müdahale sırasında davalı idarelerin personeli tarafından yapılan uyarı sonrası hükümlü ve tutuklulardan eyleme katılmayanların güvenli bir şekilde olay yerinden uzaklaştırıldığı dosyada mevcut tüm bilgi ve belgelerden anlaşıldığı; cezaevi idaresine karşı katıldığı eylem sonucu kişisel kusuru nedeniyle davacıların yakınının ölmesinin, idarenin eylemi ile zarar arasında bulunması gereken nedensellik bağı kestigi; bu durumda, zararın, idarenin hizmet kusurundan doğduğu gerekçesiyle, davalı idarelerce tazmini yolunda verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği” ... Bu karardan sonra ilk derece İdare Mahkemesi kararında ısrar etmiş; bu arada yakınmacıların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurumaları üzerine AIHM 2. maddeden İHLAL kararı verince bu kez İDDK yukarıdaki kararı vermiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

annesi ne 3.826.036.759.-TL. nin idareye başvuru tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi, fazlaya ilişkin maddi tazminat isteminin reddine, olay sonucu elem ve ızdırıp nedeniyle manevi tazminat istemlerinin kısmen kabulüyle ölenin babası ve annesinin her birine 2.000.000.000.-TL, ölenin kardeşleri olan diğer davacıların her birine 500.000.000.-TL olmak üzere toplam 8.000.000.000.-TL. manevi tazminatın ödenmesine, fazlaya ilişkin kısmının reddine karar veren Manisa İdare Mahkemesi'nin 28.11.2002 günlü, E:2001/449, K:2002/1095 sayılı kararını Danıştay şu gerekçe ile bozmuştur:” Davacılar murisi yönünden ceza davasının yürütülmesine hukuki olanak bulunmamakla birlikte, Uşak ilindeki ... (... Tekstil) isimli fabrikanın basılması olayıyla ilgili olarak yargılanan davacılar murisinin öldürülmemiş olması halinde, ceza davasına ilişkin dosyada yer alan bilgi, belge ve alınan ifadelere göre (aynı olaydan dolayı yargılanan diğer sanıkların ceza davasındaki bilgi ve belgelerden de yararlanmak suretiyle) **alması muhtemel hapis cezası da dikkate alınarak** davacıların destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucunda, maddi tazminat isteyen davacıların oğlunun cezaevinde öldürüldüğü tarihten itibaren hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatının davalı idarece davacılar a ödenmesi yolundaki mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” (İDDK, 28.04.2011 tarih ve E.2008 /909; K 2011 /278 sayılı kararı)

Oysa Anayasa m. 15/son:” ...suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” Hükmü gereğince gözaltındayken ölenin hapis cezası alıp almayacağı henüz bilinmemesine karşın “muhtemel”lik üzerine kurulu bir tazminat hesabında ısrar edilmektedir.

### II- Sağlık hizmetinin işleyişi bakımından

İdarenin sunduğu sağlık kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişindeki aksama, gecikme ve işlevsizlik durumlarında devletin sorumluluğu öne çıkmaktadır. Davacıların eşi ve annesi olan M. Ş. hamile iken karnında bebeğinin ölü olduğunun

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

geç farkedilip alınması ile yaşamını kaybetmesi olayında (pek çok sağlık personelinin sorumluluğu ve etkili olmayan bir uzun soruşturma/yargılama süreci sözkonusu); “Mahkeme, Sözleşme’nin 2’nci maddesinin birinci cümlesinin, Devleti kasıtlı ve düzensiz ölüme neden vermek konusunda kısıtlamakla kalmayıp, hâkimiyeti altındaki kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli önlemleri almaya da zorladığını hatırlatmaktadır. Bu ilkeler aynı zamanda, kamu sağlığı alanı bakımından da geçerlidir (bkz, birçok karar arasından örneğin, *Powell/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik kararı), no 45305/99, AİHM 2000-V, ile 48’nci paragrafta atıf yapılan *Calvelli ve Ciglio* [BD]. Gerçekten de bazı durumlarda, resmi makamların halk sağlığı politikası kapsamındaki eylem ve ihmallerinin 2’nci maddenin maddi yönü itibarıyla, bunların sorumluluklarına yol açabileceği (*Powell*, atıf yapılan karar) göz ardı edilemez .

Mahkeme, Sözleşme’nin 2’nci maddesinin Devlete yüklediği olumlu yükümlülüklerin, özel hastane olsun, kamu hastanesi olsun, hastanelerin hastaların yaşamlarının güvence altına alınması için özel tedbirler almalarını gerektirecek bir düzenleyici çerçevenin de Devlet tarafından uygulamaya konulmasını gerektirdiğini hatırlatır. Bu olumlu yükümlülükler, aynı zamanda, ister özel sektör, ister kamu sektöründe olsun, sağlık çalışanlarının sorumluluğu altında yaşamını yitiren bir kişinin ölüm nedeninin belirlenmesine ve gerektiğinde eylemlerinden dolayı sorumlu tutulmalarına imkân tanıyan etkin ve bağımsız bir yargı sistemi kurmayı da gerektirmektedir”<sup>13</sup>

Sağlık hizmetinin sunumundan dolayı yaşam hakkının ihlalinde husumetin kime yöneltileceği konusunda Yargıtay uygulaması idareyi kabul etme yönündedir: “kamu görevlilerinin veya bunların kullandıkları araç ve gereçlerin kusur, ihmal ve hatalarından dolayı kamu hizmetinin yerine getirildiği sırada kişilerin zarar görmesi halinde meydana gelecek kusur kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Burada, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan bahset-

<sup>13</sup> M.Şentürk -B.Şentürk -Türkiye Davası: P.79-81.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

mek kesinlikle mümkün değildir. Kamu görevlisinin buradaki kusuru hizmet kusurunu oluşturur. Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Anayasa'nın 129/5. maddesinde; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken (görevlerini yaparken) işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları rücu edilmek kaydıyla kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ANCAK idare aleyhine dava açılabilir. 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın (kişilerin uğradıkları zararlar başlıklı) 13. maddesinde; kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine DEĞİL ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Borçlar Yasası'nın (Haksız muamelelerden doğan borçlar başlıklı) 41/1. maddesinde; gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs o zararın tazminine mecburdur. Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesinin Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesi ışığında yorumlayarak kamu görevlileri aleyhine kişisel kast ve kusurlarının varlığı halinde Adli Yargı'da dava açılabilceğinin kabulü mümkün değildir. Zira: Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesi genel bir hüküm olup, yine genel olarak "zarar ıka eden şahsı" esas almış olup, kamu görevlisi veya memurdan bahsetmemektedir. Bir konuda hem genel hüküm, hem de özel hüküm varsa, o takdirde özel hükümlere üstünlük verilerek uygulama yapılması hukukun temel prensiplerindedir. Yukarıda açıklanan Anayasa'nın 129/5 ile 657 Devlet Memurları Yasası'nın 13. maddesi karşısında Borçlar Yasası'nın 41/1. maddesi esas alınarak kamu görevlilerinin kast ve kusurlarından dolayı kamu görevlileri aleyhine dava açılabilceğinin yorum yoluyla kabul edilmesi de mümkün değildir."<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.03.2015 tarih ve E.: 2013/41533, K.: 2015/1099 sayılı kararından

### III- Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı bakımından

AİHM, yaşam hakkının çevre hakkı ile birlikte düşünülmesi gerektiğini; uygar ve güvenlik gerekleri yönünden yaşam hakkının tam anlamıyla korunduğu bir ortamda idarenin yaşama-ya izin verilmesi ve çevre hakkını tehdit edici unsurlardan kişileri uzak tutma konusunda devletin ödevli olduğunu kabul etmektedir.<sup>15</sup>

Bu konuda bilinen örneklerin başında *Öneryıldız-Türkiye Kararı* gelir.<sup>16</sup> BU kararında AİHM şöyle bir çıkarımda bulunmuştur: Çöp birikim alanının yakınında ikamet eden ailelerin çöp yığının patlaması sonucu ölümü ile meydana gelen faciada AİHM sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile birlikte yaşam hakkına dair temel belirlemeler yapmıştır: “2. madde uyarınca yaşamı korumak için tüm önlemleri almaya yönelik kesin yükümlülük her şeyden önce, Devlet’e yaşama hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeve oluşturmak görevi vermiştir.<sup>17</sup> Bu yükümlülüğün, sözkonusu etkinliğin kendine özgü niteliklerine ve insan hayatı açısından oluşturduğu potansiyel riske uygun olarak hazırlanan yönetmeliklere özellikle önem verilmesi gereken tehlikeli etkinlikler için de geçerli olduğu şüphesizdir. Bu yönetmelikler etkinliğe ruhsat verilmesini, hazırlanılmasını, etkinliğin işletimini, güvenliğini ve denetimini düzenlemeli; tüm ilgililerin açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik pratik önlemleri almasını zorunlu hale getirmelidir. Bu önlemler arasında, AİHS kurum-

<sup>15</sup> Weiss , E.Brown (1992) *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, United Nations University Pres p.153

<sup>16</sup> Kälın , Walter and Haenni Dale, Claudine “Disaster risk mitigation – why human rights matter” <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR31/38-39.pdf> erişim tarihi 013.11.2015

<sup>17</sup> (ör Osman, s. 3159, § 115; Paul ve Audrey Edwards, § 54; İlhan/Türkiye [BD], sayı 22277/93, § 91, AİHM 2000-VII; Kılıç/Türkiye, sayı 22492/93, § 62, AİHM 2000-III; ve Mahmut Kaya/Türkiye, sayı 22535/93, § 85, AİHM 2000-III). 90.

larının içtihatları tarafından belirlenen kamunun haber alma hakkına da özellikle önem verilmelidir. Prensipite, daha önce 8. Madde ile tanınan bu haktan, yaşama hakkının korunmasını sağlamak için de yararlanmanın mümkün olduğu konusunda Büyük Daire de Daire ile aynı fikirdedir. Her halükarda, ilgili yönetmelikler, sözkonusu etkinliğin teknik yönlerini de göz önüne alarak, ilgili süreçteki eksiklikleri ve farklı düzeylerdeki sorumlular tarafından yapılmış olabilecek hataları belirlemeye yönelik süreçler oluşturmalıdır. (ii) Yaşama hakkının ihlal edildiğinin iddia edilmesi halinde gerekli adli tepkiye ilişkin ilkeler: AIHS'nin usuli yönü; 2. Maddenin getirdiği yükümlülükler bunlarla sınırlı kalmamaktadır. Can kaybının, Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında olması halinde, bu hüküm, Devlete elindeki tüm imkanları kullanarak yaşama hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin doğru bir şekilde uygulanmasını ve bu hakka yönelik yapılan ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak yeterli - adli veya diğer - tepkileri verme görevi yüklemektedir.

Bir diğer kritik karar *Budayeva kararıdır*. AIHM Budayeva kararında, doğal afetlerde yaşam ve mülkiyet haklarını korumak için devletin sorumluluğunun kapsamını tayin edecek ölçütleri ortaya koymuştur. Bu davada Mahkeme, yalnızca devletin bu tür afetler karşısında yapması gerekenleri belirleyen soyut bir yasal çerçevenin mevcudiyetini ve yeterliliğini değerlendirmemiş; aynı zamanda yetkililerin her bir davada can ve mala yönelik riskleri asgari bir noktaya indirebilmek için yapmış oldukları faaliyetlerin -bu faaliyetler ister idari olsun isterse yargısal- yeterliliğini değerlendirmiştir.<sup>18</sup> Devlet (kamu idaresi), yaşam hakkını korumak adına gerektiğinde afete maruz bölgede yerleşimi kolluk tedbiri alarak men etme ve sosyal devlet gerekleri bakımından alacağı önlemlerle tehlikeyi bertaraf etmekle ödevli olduğu; bunu yapmadığı takdirde cezai ve mali sorumluluğunun olacağı kabul edilmektedir.

---

<sup>18</sup> (Case of Budayeva and Others v. Russia, 20 March 2008). Geniş bir analiz için bkz. Şahin, <http://e-dergi.marмара.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001574/5000000686> MÜHF - HAD, C. 19, 76, S. 3, sayfa 76 erişim tarihi 05.05.2015

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Toprak kayması nedeni ile yakınlarını kaybeden kişilerin yapmış olduğu başvuru ile ilgili olarak Doğal afetler karşısında devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsamını belirlerken Mahkeme iki noktayı dikkate almaktadır: Birincisi, söz konusu afetin yakınlığının teşhis edilebilir olması; diğeri ise, böyle bir afetin insanların iskân edildiği bir yerleşim alanını yeniden etkilemiş olup olmadığıdır. Mahkemeye göre, devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsamı belirli durumlarda yaşam hakkına yönelik tehdidin kaynağına ve yaşam hakkına yönelik riskin hafifletilebilir olup olmadığına bağlı olmaktadır. Bu noktada yaşam hakkı idarenin denetim yetkisinin gerekleri bakımından sorumluluğun asli nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Benzer bir olayda Danıştay, afet riski nedeni ile idarenin tazminat sorumluluğunu kusur oranına bakılmaksızın kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir: “Uyuşmazlığa konu olayda, yapılaşmaya hiçbir şekilde izin verilmemesi gerekirken izin verilen ve daha sonra Afete Maruz Bölge ilan edilen alanda kalan taşınmaz üzerindeki davacıya ait bağımsız bölümün de yer aldığı ruhsatlı yapıda heyelan nedeniyle can ve mal güvenliğinin kalmaması sonucu davacının kendiliğinden taşınmazı boşaltması nedeniyle, Mahkemece hizmet kusuru bulunan idarelerin davacının duyduğu ağır elem ve üzüntünün kısmen de olsa giderilebilmesi için < *takdire* > belirlenen miktarda manevi tazminata idarelerin zararın oluşumundaki < *kusur oranına bağlı olmaksızın* > hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminat istemi yönünden davanın reddedilmesinde de hukuka uyarlık görülmemiştir.”<sup>19</sup> Böyle bir çıkarımın, sosyal hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olduğunu kabul etmek gerekir.

### IV- Kişinin ‘kendisine karşı korunması’ gerekleri bakımından

Bazı özel koşullarda devletin kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla ge-

<sup>19</sup> 6.Daire; 10.09.2013 gün ve E: 2013 / 549, K: 2013 / 4734.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır.<sup>20</sup> Özellikle tedavi amacıyla hastanede tutulma, gözaltı hali, tutuklu ve hükümlülük durumu, zorunlu askerlik hizmeti gibi durumlarda dış etkenlerin ya da kişinin ruh dünyasından kaynaklı iç etkenlerin zorlamasıyla yaşam hakkına yönelik bir tehlikenin bertarafında idareye önemli görevler düşmektedir. Özellikle kamu gücünün denetiminde ve yakın gözetiminde bulunduğu sırada kişinin kendisine verebileceği zararı önleme görevi, üçüncü kişilerden gelebilecek tehdit ve tehlikelerde olduğu gibi idareye verilmektedir. Örneğin kişi askerlik hizmetini yaptığı esnada canına kıyması gibi bir risk karşısında idarenin gerekli önlemi alması gerekmektedir<sup>21</sup>.

AİHM'nin bu konudaki kararlarında, bireyin kendisine karşı bir risk oluşturduğunu biliyor olması veya bilmesi gerektiği halde makul tedbirleri almamasının devletin sorumluluğunu doğurabileceğini kabul etmektedir.<sup>22</sup>

Anayasa Mahkemesi, yapılan bireysel başvuruda böyle bir olayda şu sonuca varmıştır: "Zorunlu askerlik hizmeti sırasında meydana gelen intihar vakasında idarenin sorumluluğunun ortaya çıkması için askeri mercilerin, kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir. Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanma-

<sup>20</sup> AİHM, *Tanrıbilir/Türkiye*, § 70, B. No: 21422/93, Ataman/Türkiye, B. No: 46252/99, 54.

<sup>21</sup> bkz. *Alvarez Ramon/İspanya*, B. No: 51192/99, 3/7/2001.

<sup>22</sup> AİHM kararları için bkz. *Kılınc ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 40145/98, 7/7/2005 § 40-42, *Ömer Aydın/Türkiye*, B. No: 34813/02, 25/11/2008, § 46-48, *Kasım Dalar/Türkiye*, B. No: 35957/05, 21/2/2012, § 49.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

malıdır.<sup>23</sup> Bu çerçevede yapılacak incelemede, basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun idareye atfedilebilirlik atfedilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir.<sup>24</sup>

Yine Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ile önüne gelen benzer bir olayda daha önce AYİM tarafından, nöbetine on saatlik bir süre olmasına rağmen silah ve mühimmat istemesinin intiharına ilişkin şüphe oluşturmaması ve bunun idare tarafından fark edilmemesi nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna (tazminata) karar verilmesine dair karara karşı yapılan başvuruda şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Askerlik yükümlülüğü kapsamında yürütülen bazı eylem ve etkinliklerin doğasında ve buna dâhil insan unsuruna bağlı olarak ortaya çıkan risk seviyesine uygun şekilde yaşamı koruyucu yasal ve idari düzenlemelerin bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülük aynı zamanda devletin, sade vatandaşları askere alma kararı vermesi nedeniyle söz konusu insan unsurundan da kaynaklanmaktadır. Zira devlet askerlik görevini zorunlu kılıyorsa, özellikle silah kullanımını konusunda büyük bir titizlik göstermeli ve psikolojik sorunları olan askerlerin tedavi edilmesini ve onlara yönelik uygun tedbirlerin alınmasını sağlamalıdır. Oluşturulan yasal ve idari düzenlemelerde, askerlik yaşamının doğasında var olan tehlikelerle karşı karşıya bulunan askerlerin etkin bir şekilde korunmalarını sağlayan uygulamaya ilişkin tedbirlerin ve emir komuta zinciri içerisinde yer alan sorumlular tarafından işlenebilecek kusur ve hataların tespit edilmesini sağlayacak usullerin öngörülmesi gerekmektedir”<sup>25</sup> Bu çerçevede askere alım sırasında kişilerin uygun denetimlerden geçirilmesi ve askerlik öncesinde ve sırasında gerekli denetim ve müdahalelerin duruma uygun koşullarda yapılması büyük önem taşımaktadır”<sup>26</sup>

<sup>23</sup> B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 53.

<sup>24</sup> Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Abdullah Yılmaz/Türkiye*, B. No: 21899/02, 17/7/2008, §57, *Nuran Kızılkaya Karşılı/Türkiye*, B. No: 12988/05, 17/4/2012, § 59.

<sup>25</sup> Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kılınç ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 40145/98, 7/7/2005, § 41, *Lütfi Demirci ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28809/05, 2/3/2010, § 31.

<sup>26</sup> Bkz. *Şaban Sadık Koçak Ve Diğerleri Başvurusu*, (Başvuru Numarası: 2013/841), Karar Tarihi: 23/1/2014

## V- Kadına yönelik şiddet olaylarında yaşam hakkı

AİHM, kişi hayatına yönelik eylemleri önleme ve cezalandırma ödevleri çerçevesinde, devlet makamlarının, yaşam hakkını güvenceye alma pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeği iddia edildiğinde, makamların, şahıs ya da şahısların yaşamlarının üçüncü kişilerin suç fiilleri nedeniyle gerçek ve yakın bir tehdit altında bulunduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği ve makul bir açıdan bakıldığında yetkileri dâhilinde söz konusu tehlikeyi kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde bertaraf etmek için önlem almadığının ortaya konulması gerektiğini hatırlattıktan sonra "...olayda, devlet makamları, şiddet ortamına ve öldürücü silah kullanımına rağmen, <aile meselesi> olarak gördükleri bir duruma müdahale etmekten kaçınmak amacıyla, başvuru- cunun eşine karşı başlatılan cezai işlemlere devam edilmemesi yönünde çok sayıda karar vermiştir. Sanık tarafından yapılan ölüm tehditlerinden haberdar edilmelerine rağmen, devlet makamlarının, şikâyetlerin geri çekilmesinin arkasındaki saikleri dikkate aldığı görülmektedir. 10 gün ya da daha fazla bir süre için rahatsızlık ya da iş göremezlik durumuyla sonuçlanmayan ve mağdurların şikâyetlerini geri aldıkları durumlarda ceza soruşturmasına devam edilmesini yasaklayan yasal bir hükümden dolayı, yetkili makamların ceza soruşturmasına devam edemedikleri" savını, AİHM söz konusu düzenlemenin devletin kişileri aile içi şiddetten koruma konusundaki pozitif yükümlülükleriyle uyuşmadığı kanaatiyle reddetmiştir. Ayrıca, savunmacı Hükümet ceza soruşturmasına devam edilmesinin mağdurların AİHS'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarını ihlal edeceğini de iddia edemez, çünkü başvuru- cunun annesine yönelik tehdidin ciddiyeti böyle bir müdahaleyi gerekli kılıyordu. Aile içi şiddet vakalarında, failerin hakları mağdurların yaşama ve ruhsal bütünlük haklarından daha üstün olamaz; şiddet failinin tutuklanması gerekiyorsa tutuklanmalıydı. Sonuç olarak, devlet makamları gerekli gayreti göstermemiş ve böylece başvuru- cunun annesinin yaşama hakkını korumaya dair pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir."<sup>27</sup>

<sup>27</sup> *Opuz/Türkiye* - 33401/02 Karar 9.6.2009 [3. Daire], (<http://hudoc.echr.coe.int>)



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kadına yönelik şiddet vakalarında;

- a) Tehlikenin öngörülebilirliği
- b) Makamların uygun tedbirler alıp almadıkları
- c) Ceza kovuşturmasının etkinliği

Pratik sonuçları itibarı ile değerlendirilmekte ve yaşam hakkını koruma konusundaki yetersizliğin devletin sorumluluğunu doğurduğu kabul edilmektedir.

### VI- Çocukların yaşam hakkı ihlalleri bakımından

Çocukların tehlike arzeden idari faaliyetlerden kendilerini sakınma konusundaki zafiyeti, idarenin önlem alma sorumluluğunu arttırmaktadır. Bunların başında askeri faaliyetler gelmektedir. Tehlikeli bir faaliyetin yaşam hakkını ihlal etmesinden kaynaklanan başvurularda Türk İdari Yargısı'nın bazen dar yorum yaptığı halde AİHM'nin konuyu geniş perspektifte değerlendirerek devletin sorumluluğuna hükmettiği görülmektedir.

Doğu bölgesindeki bir köyde, askeri karakolun korunması amacıyla mera olan bölgeye yerleştirilen, etrafı tel örgülerle çevrilen, uyarı levhaları konulan ve bu yönde karakol tarafından bilgilendirmeleri yapılan alana, dokuz yaşındaki başvuru-cu otlattığı hayvanlarının peşinden girmiş ve kısmen görünen mayını toprak altından çıkarmak isterken mayın patlamış ve yaşamına protezle devam etmek zorunluluğu doğuracak şekilde yaralanmıştır. İdare mahkemesinde açılan davada, köylülerin yeterli bir şekilde defalarca uyarıldığı, mayınlı bölgenin tel örgü ile çevrildiği ve uyarı levhaları asıldığı, buna rağmen önlemler aşılarak alana girilip mayın ile uğraşıldığı ve babası mayınlı arazi hakkında köyde yaşayanları bilgilendiren muhtar olan çocuğun yaralanmasında ebeveynin gözetim eksikliği olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Danıştay da, bu konuda hizmet kusuru bulunmadığı, kusursuz sorumluluktan da bahsedilemeyeceği gerekçesiyle mahkeme kararını onamıştır.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

AİHM'ne yapılan başvuruda Mahkeme, bu alanın hayvanların otlatıldığı ve köy yaşamının yoğun olarak sürdüğü mera alanı olduğu, çocukların büyükler gibi anılan önlemleri kavramalarının mümkün olmadığı, anılan yerde birbirinden uzak iki sıra tel örgüsü ve levhaların güvenliği önleme adına yetersiz olduğu gerekçesiyle küçüklerin yaşam hakkı kapsamında pozitif yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmediğine karar vermiştir.<sup>28</sup>

*Salih Ülgen olayı*'nda: Doğubayazıt ilçesi Türkiye-İran sınırında bulunan Ziyaret Piyade Hudut Takım Komutanlığına 300 metre mesafedeki sınır güvenliğini temin amacıyla oluşturulan mayınlı bölge yakınında 27/6/2006 tarihinde onbir ve oniki yaşlarında olan iki arkadaşıyla birlikte hayvan otlatan onüç yaşındaki birinci başvuru Salih Ülgen, koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarisından aşağıya doğru inmesi üzerine arkadaşlarıyla birlikte koyunların peşinden giderek mayınlı bölgeye girmiştir. Mayınlı arazide buldukları mayının patlaması sonucu üç kişi de yaralanmış, birinci başvuru Salih Ülgen'in sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş ve vücudunun çeşitli yerlerinde de yaralanma meydana gelmiştir. Söz konusu olay nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle Salih Ülgen'e velayeten ve kendi adlarına asaleten diğer başvuru Fatma Ülgen ve Mehmet Ülgen tarafından birinci başvuru için işgücü kaybı nedeniyle 100.000,00 TL, protez kol bedeli olarak 420.000,00 TL maddi ve 50.000,00 TL manevi tazminatın; ikinci ve üçüncü başvuru için de ayrı ayrı 10.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi istemiyle Milli Savunma Bakanlığı aleyhine dava açılmıştır. Erzurum 2. İdare Mahkemesinin 23/5/2008 tarih ve E.2007/167, K.2008/574 sayılı kararında "Olayın meydana geldiği yerde Türk-İran hudut hattında Ziyaret Hudut Takım Karakolunun korunması amacıyla mayın

<sup>28</sup> *Paşa ve Erkan Erol/Türkiye*, AİHM, No. 51358/99, 10 Temmuz 2012. kararını analiz eden Kızılyel, Serkan (2014) "Yaşam Hakkı: Aihm Kararları Ve İdari Yargı Uygulaması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, Y. 2014, Sayı: 2, s.274

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

döşendiği ve alanın mayınlı saha olduğu, olay yeri çevresinin tel örgü ile çevrili ve üzerinde mayın yazılı levhaların bulunduğu, 28/6/2006 günü olay yeri keşif tutanağında mayınlı saha içerisinde koyun sürülerinin mevcut olduğu, bu sürülerin yaralanan çocuklar tarafından getirildiği, olayın tanığı olan Ziyaret Hudut Takım Karakolunda Piyade Onbaşı olan kişinin alınan ifadesinde olay günü karakolda nöbetçi olduğu, koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarisından aşağı inerken peşinden gelen üç çocuğu dört kez düdük çalarak mayınlı bölgeye girmemeleri konusunda uyardığı, ancak çocukların uyarıyı dikkate almadan mayınlı bölgeye girdikleri, sonra da çocukları düdükle ikaz ettiği, mayınlı bölgeden çıkmamaları üzerine durumu karakol komutanlığına bildirdiği, çocukların ellerinde bir şeyle oynarken patlamanın olduğunu beyan ettiği anlaşılmıştır. Bu itibarla, çocukların görevlinin ikazına uymadıkları ve davacı vekilinin de kabulü ile askeri yasak bölgeye girerek mayınlı saha içerisinde bulunan mayınla oyun oynadıklarının sabit olduğu, Doğubayazıt Cumhuriyet Başsavcılığının 6/11/2006 gün ve 2006/799 sayılı kararında, alınan ekspertiz raporunda davacılara ait çakı bıçağı üzerinde TNT ihtiva eden patlayıcı madde artığının bulunduğu tespit edildiği ve bu yerde benzer olayların daha önce de yaşandığı anlaşıldığından, bu bölgenin mayınlı saha olduğunun ailelerce bilinmemesinin söz konusu olmadığı ve olayın davacıların kendi kusurundan kaynaklandığı sonucuna varılmış olup, olayda idareye atfedilecek herhangi bir kusur veya olayın gelişimi de dikkate alındığında sosyal risk ilkesine göre idarece tazmini gereken bir zarar bulunmamaktadır. Bu itibarla, söz konusu zararın meydana gelmesinde mayınlı saha olduğu bilinen ve etrafında uyarı levhaları ve tel örgüler bulunan alana girerek çakıyla mayını kurcalayan davacıların çocuğu ile bakım ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmeyen anne ve babanın tam kusurlu olduğu anlaşılmış olup, zarardan davalı idareyi sorumlu tutmak ve tazminata mahkûm etmek hukuka uygun olmayacağından” tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu da Danıştay 10. Dairesinin 8/5/2013 tarih ve E.2009/4372, K.2013/4251 sayılı kararıyla onanmıştır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bunun üzerine iç hukuk yolları bakımından son çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruda Yüksek Mahkeme "Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak bazı durumlarda ölüm gerçekleşme dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür. AİHM de, ölümlü sonuçlanmayan yaralanma olaylarını kişiye karşı kullanılan gücün derecesi, türü ve güç kullanımının ardında yatan niyet ve amacı diğer faktörlerle birlikte göz önünde tutarak yaşam hakkı kapsamında inceleyebilmektedir (bkz. İlhan/Türkiye [BD], 22277/93, 27/6/2000, §76; Paşa ve Erkan Erol/Türkiye, 51358/99, 12/12/2006, §27; Makaratzis /Yunanistan [BD], 50385/99, 20/12/2004, §52). Başvuru konusu olayda da, başvuru Salih Ülgen meydana gelen mayın patlamasında yaralı olarak kurtulmuş ise de sınır koruma amaçlı döşenen anti personel kara mayınlarının öldürücü niteliği ve başvuru kişinin atlattığı hayati tehlike göz önünde bulundurulduğunda başvuruya konu olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının pozitif yükümlülük boyutunun ihlal edildiğine dair bölümünün 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir." gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.<sup>29</sup>

Bir başka olayda; 10/3/1998 tarihinde Diyarbakır ili Lice ilçesi Yatılı İlköğretim Bölge Okulu alanında yer alan ve yakınlarında 1. Piyade Tabur Komutanlığı bulunan boş arazide arkadaşlarıyla birlikte kola kutusu topladıkları sırada bir arkadaşının siyah renkli bir metali (roketatar mermisi) yerde bulması ve arkasında bulunan pervaneyi çıkartmak için bu metali taşa vurması üzerine meydana gelen patlamada iki arkadaşıyla birlikte yaralanmıştır. Başvuru kişinin roketatar mermisini taşa vuran arkadaşı ise ağır yaralanarak hayatını kaybetmiştir.

<sup>29</sup> Başvuru No: 2013/6585, k.tarihi: 18.09.2014; <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141204-8.pdf>

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Mağdurun söz konusu olay nedeniyle uğramış olduğu zararlarının tazmini amacıyla 27/2/2002 tarihinde yaptığı idari başvurunun reddedilmesi üzerine açtığı tam yargı davasında, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 27/6/2007 tarih ve E.2002/1080, K.2007/902 sayılı kararıyla başvuruçunun bilirkişi raporuyla belirlenen 53.177,74 TL tutarındaki çalışma gücü kaybı ve % 75 oranında belirlenen müterafik kusuru gözetilerek 13.294,43 TL maddi ve başvuruçunun duyduğu elem ve acının karşılığı olarak da 2.500,00 TL manevi tazminatın ödenmesine hükmedilmiştir.

Temyiz edilen karar, Danıştay 10. Dairesinin 26/11/2012 tarih ve E.2008/1108, K.2012/6002 sayılı kararıyla onanmış; Anayasa Mahkemesi ise "...başvuru konusu olayda yaşam hakkına ilişkin şikâyetler açısından kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip ihlali tespit eden ve makul bir tazminata hükmeden etkili bir idari dava yolu bulunmakta olup, yaşam hakkına yapılan müdahale uygun bir şekilde giderilmiş olduğundan başvuruçunun mağdur sıfatı ortadan kalkmıştır" belirlemesini yapmıştır.

### C- YAŞAM HAKKININ USÛLÎ GEREKLERİ

Yaşam hakkına yönelik ihlal iddialarında hakkın maddi anlamda korunması kadar, hakkı korumak üzere usûlî gereklerin de tam olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu cümleden olmak üzere yaşam hakkına yönelik fiilerin soruşturulması için etkili hukuk mekanizmalarının işletilmesi devletlerin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif bir yükümlülüktür. Özellikle ölüm olayının şüpheli olduğu durumda devletin idari ve yargısal denetim mekanizmasını, akıllardaki kuşkuları bertaraf edecek derinlik ve nesnellikte tam anlamıyla işletmesi gerekmektedir. Üstelik bu konuda ölenin yakınları tarafından yapılacak olan bir şikayeti bile beklemek gerekmemektedir<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> bkz. Demiray- Türkiye kararı, 2000, p.51.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu gerçeklik Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilerek, ortaya konmuştur: Anayasa'nın 17. maddesi, Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda Devlete, öncelikle elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını koruma esas yükümlülüğünü vermektedir. Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerden usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Buna göre, kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Ancak ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Buna göre, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, 'etkili bir yargısal sistem kurma' yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir. Bununla birlikte, ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, yani olası sonuçların farkında olmalarına

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek afet veya tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun, insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması 17. maddenin ihlaline neden olabilir<sup>31</sup>

AİHM'ne göre soruşturmanın yapılışında istenen şudur: "soruşturmayı yürütenlerin soruşturulanlarla aralarında herhangi bir ast üst veya mesleki ilişki olmaması, soruşturma sırasında olayda adı geçenlerin tamamının ayrıntılı ifadelerine başvurulması, delillerin tamamının muhafaza altına alınması, delil elde etme araçlarının doğru şekilde ehil kişilerce ilgili usule uygun olarak kullanılması, tüm delillerin toplanması" gerekir<sup>32</sup>

Türk hukukundaki 4483 sistemi "memurin muhakematı"nın yaşam hakkına yönelik ihlal iddialarının usuli gereklerini engellediği yönünde (Örneğin, Belediye başkanı Tuncay Alemdaroğlu'nun yaralanması olayı, Hrant Dink davası, Bayram Oteli, Asiye Genç kararları gibi) AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararlarında görüş sergilediği görülmektedir.

Yaşam hakkına yönelik ihlallerde failerin (şüphelilerin) bulunup adalet önüne çıkarılmasında devletin "korumacı refleksle" hareket ettiğine dair tesbitlerde bulunulmuştur.

Bireyin, bir devlet görevlisi ya da özel bir kişi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa'nın 17. maddesi, "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirir

<sup>31</sup> Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Bireysel Başvuru kararı (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 60-62).

<sup>32</sup> Avşar - Türkiye Kararı, 25657/94, 10 Temmuz 2001, p. 391;

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için, soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır.<sup>33</sup>

Yürütülecek ceza soruşturmalarının etkinliğini sağlayan hususlardan biri de, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılımlarının sağlanmasıdır.

İhmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Buna göre, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, 'etkili bir yargısal sistem kurma' yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir.<sup>34</sup>

Diğer taraftan, etkili bir başvurudan söz edebilmek için, başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada **fiilen de etkili** olması ve başvuru makamının ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalinin karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir giderim (tazminat) sunabilmesi halinde ancak etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Yine, vuku bulmuş bir

<sup>33</sup> Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 57 kararı. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Hugh Jordan / Birleşik Krallık, 24746/94, 4/5/2001, § 109; Dink/Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 78 kararları

<sup>34</sup> AİHM kararları için bkz. Vo v. French [BD], 53924/00, 8/7/2004, § 90; Calvelli ve Ciglio v. Italy, 32967/96, 17/1/2002, § 51.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda, tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usuli güvencelerin sağlanması gerekir.<sup>35</sup>

Yaşam hakkının korunması, örneğin silâh altındaki bir askerinin, askeri makamların kontrolü altında iken “*şüpheli*” bir biçimde ölmesi durumunda, bağımsız ve tarafsız bir şekilde etkili ve uygun resmi bir soruşturmanın yürütülmesini gerekli kılar. Bu amaçla yürütülen araştırma ve soruşturmanın öncelikle olayların tam olarak nasıl meydana geldiğinin belirlenmesini, ikinci olarak ise sorumluların tespit edilmesini ve gerek görüldüğünde cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu kapsamda yürütülen işlemler, ön soruşturma aşamasının ötesine geçmeli ve yargı aşaması da dâhil bütün süreç 17. maddenin gereklerine cevap vermelidir. Böylelikle, derece mahkemeleri hiçbir durumda mağdurların yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığına karşı yapılan saldırıları cezasız bırakmamalıdır.<sup>36</sup>

### SONUÇ VE ÇIKARIMLAR:

Kamu gücünün yaşam hakkını koruma ödevi sadece “dokunmama” sı ile sınırlı olmayıp, “üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleler bakımından da “dokundurmmama” ödevi vardır. Geline şü güne kadarki Türk idari yargısının uygulamaları ile Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları gözönüne alındığında şü çıkarımlar yapılabilir:

- 1) İdari yargı yaşam hakkı ihlallerine dair tazminat davalarında çoğunlukla “kusur sorumluluğu” bağlamında hizmet kusuru kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Hizmetin kuruluş ve işleyişinde meydana gelen aksaklık, eksiklik ya da işlemezlilik hali tazminatın temellendirilmesinde esas etken olarak alınmaktadır.

<sup>35</sup> AİHM'nin Ramirez Sanchez v. Fransa, 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157, 160; Aksoy v. Türkiye, 21987/93, 18/12/1996, § 95 kararları.

<sup>36</sup> AİHM kararları için bkz. Feyzi Yıldırım/Türkiye, B. No: 40074/98, Okkalı/Türkiye, B. No: 52067/99, Abdullah Yılmaz/Türkiye, B. No: 21899/02, 17/7/2008, § 58 ).



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Buna karşın Tazminatın nasıl hesaplanacağı konusunda pozitif hukuk kuralları gerekleri ile yargı uygulaması arasında farklılık dikkati çekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesine göre “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”* hükmüne karşın idari yargı bedensel zararların tazmininde bu emredici hükmün gereğini görmezden gelmektedir.

- 2) Gözaltı ya da tutukluluk statüsündeyken meydana gelen intihar vakalarında ölen kişinin desteğinden yoksun kalan yakınlarının açmış oldukları tazminat davalarında ölenin muhtemel alacağı cezanın dikkate alınarak tazminat miktarından tenzilat yapılması uygulaması “suçluluğu hükmen kesinleşmeyene kadar herkes masumdur” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.
- 3) Yaşam hakkına yönelik (özellikle kamu görevlilerinden kaynaklı) ihlal iddialarının devletin yetkili organları tarafından “akıllardaki kuşkuyu bertaraf edecek berraklık ve nesnelikte soruşturulması gereğine AİHM'nin vurgu yapması, iç hukukta Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarına yansımıştır. Özellikle 4483 sistematığı kamu görevlisini koruma kalkanı olmak yerine hukuk devleti olmanın verdiği güvence ödevinin gereklerine uyarlı biçimde işletilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.
- 4) Yaşam hakkı ihlallerine dair (bedensel zararların tazmini) davaların hangi yargı kolunda görüleceği hususu son yıl-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

larda yasa koyucunun “mecrayı değiştirme” çabasına konu olduğu gözlenmektedir. HMK 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra<sup>37</sup> TBMM çatısı altında Adalet Komisyonu Başkanlığı “İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun” teklifi hazırlamışlardır.<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi’nin müstakar sayılabilecek kararları da gözönünde bulundurulduğunda ülkemizde idari yargı rejimin uygulanması ve İdari yargımızın bu konuda zengin sayılabilecek bir birikime sahip olması<sup>39</sup>, ayrıca hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı gerekleri de dikkate alındığında (öğretide aksine düşünenler olmakla birlikte)<sup>40</sup> böyle bir Mahkemenin kurulmasının gerekli ve yararlı olmayacağı değerlendirilmektedir.

---

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 16.2.2012 Tarih ve E. 2011/35, K. 2012/23 sayılı kararı için bkz. 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı RG.

<sup>38</sup> TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığı’nın 06.02.2015 gün ve 29613251-130.02/214290 sayılı yazısı ile üniversitelerden görüş istenmiştir.

<sup>39</sup> Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi 1997, cilt 14, s.355 vd.

<sup>40</sup> Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 6, Kasım 2011, Sayı 63, s.38

KAYNAKÇA

- Cengiz, Serkan** (2011) “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı” **TBB Dergisi Sayı: 93**
- Gözler, Kemal - Kaplan, Gürsel**, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl 6, Kasım 2011, Sayı 63
- Günday, Metin**, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi** 1997, cilt 14,
- Human Rights Review** (2012) “Article 2: The right to life”, [http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/hrr\\_article\\_2.pdf](http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/humanrights/hrr_article_2.pdf) erişim tarihi 21.04.2015
- Kälin , Walter and Haenni Dale, Claudine** “Disaster risk mitigation - why human rights matter” <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR31/38-39.pdf> erişim tarihi 013.11.2015
- Kepmen, Piet Hein van**, “Positive obligations to ensure the human rights of prisoners Safety, healthcare, conjugal visits and the possibility of founding a family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR”  
[http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/05\\_Stavern\\_Contribution%20Van%20Kempen.pdf](http://www.internationalpenalandpenitentiaryfoundation.org/Site/documents/Stavern/05_Stavern_Contribution%20Van%20Kempen.pdf) erişim tarihi 26.04.2015
- Kızılyel, Serkan** (2014) “Yaşam Hakkı: Aihm Kararları Ve İdari Yargı Uygulaması” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. XVIII, Y. 2014, Sayı: 2

**Livingstone, Stephen** (2002) '*Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights*', 2 **Punishment & Society**, No.3

**Şahin, Kemal** , "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukukunda, Doğal Afetlerde Yaşam Hakkı Ve Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Sorumluluğu: Budayeva Kararı" <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001574/5000000686> MÜHF - HAD, C. 19, 76, S. 3, sayfa 76 erişim tarihi 05.05.2015]

**Weiss, E.Brown** (1992) **Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions**, United Nations University Pres

**Wick, Elizabeth** (2010) **The Right to Life and Conflicting Interests**, Oxford University Pres

**Yorke, Jon** (2010) "*Introduction: The Right to Life and the Value of Life: Orientations in Law, Politics and Ethics*", **The Right to Life and the Value of Life**, Birmingham City University, UK,

# BEDENSEL ZARARLARIN HESAPLANABİLİRLİĞİ: FRANSIZ HUKUKUNDA UZMANLIK VE TAZMİNAT

*Olivier LECLERC*

*Ulusal Bilimsel Araştırma Merkezinde Araştırma Görevlisi  
Hukuk üzerine Eleştirel Araştırmalar Merkezi  
Lyon Üniversitesi, Jean Monnet Üniversitesi (Saint-Étienne), Fransa*

Bu çalışmada sizlere bedensel yaralanmaların tazmini ve tazminat tutarlarının hesaplanması prensiplerinin Fransız hukukundaki yeri hakkında çok kısa bir bilgi verebileceğim. Şaşırtıcı olmayan bir şekilde, Fransa'da bu konu hakkında pek çok tartışma yaşanmaktadır. Ben burada, bedensel yaralanmaların tazmini ve tazminat tutarlarının hesaplanması prensipleri dendiğinde ortaya çıkan pek çok sorudan, özellikle sorumluluk kavramının hukuk ve idare mahkemelerindeki düzenlemeleri konularında uzman görüşü konusuna yoğunlaşacağım. Bu nedenle, sorumluluğun niteliklerinin yönetimi prensiplerini tartışmayacağım. Burada, tazmin konusunda, bu kamusal sorumluluğun yasal altyapısı nasıl olursa olsun, sorumluluğun kimde olduğunu zaten bildiğimizi varsaymamız gerekiyor. Ve de kimin ya da hangi kurumun sorumlu olduğu ve bu tazminatı ödemesi gerekeceği konusuna da girmeyeceğim. Söz konusu hasara bir kişi, bir tüzel kişilik, bir sosyal güvenlik kurumu vb. neden olmuş olabilir. Ayrıca, ekonomik zararlara, ortaya çıkabilecek maddi kayıplara ve bedensel yaralanmalara da girmeyeceğim.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Tazminat sağlayabilmek için bedensel zararları nasıl değerlendirebiliriz? Bedensel zararları nasıl hesaplanabilir kılarız?

Hâkim bedensel zararların tazminine karar verdiğinde, hiç kuşkusuz ki buradaki uzman görüşü sorumluluk kavramı çerçevesinde verilir. Burada sizlere Fransız sisteminde uzmanlık sistemi hakkında birkaç ipucu vereceğim ve sonrasında da yaralanma değerlemesinin nasıl yapıldığı konusuna bakacağız. Fransız hukuku, *kiminle* (1) ve *hangi cihazları kullanarak* (2) bedensel yaralanmaları hesaplanabilir kılyor?

### 1) Aktörler: tıp uzmanları ve bedensel yaralanmalar

Bedensel yaralanmaların ortaya çıkması halinde, her dava-da olmasa da, mahkeme zamanının çoğu kısmını uzmanlara bir önyargı olup olmadığı konusunu danışarak harcamaktadır. Yaralanmaları değerlendirmek için bir ya da daha fazla tıp uzmanı gerekecektir.

İspat zorunluluğu, bedensel zarardan acı çektiğini iddia eden tarafa aittir. Kurban olduğunu iddia eden tarafın ispat mecburiyeti bulunmaktadır ve zararı ispatlaması gerekmektedir. Kanun bir kişi ya da tüzel kişi için sorumluluk karinesi oluştursa bile bu çok fazladır. Bu davada, davacının sorumluluğu ya da bir hatayı diyelim, kanıtlaması gerekmemektedir; ancak kendisinin halen bedensel zararı göstermesi gerekmektedir.

1) İlk ve en önemli olarak, Fransız hukukunun uzmanlar hakkındaki geleneksel yaklaşımını anlamamız lazım. Genellikle Fransa'da uzmanların mahkemeler tarafından atandığı söylenir. Bu tartışma, bu özelliğin Fransız değerlendirme sisteminin diğer hukuk sistemlerinden, özellikle de uzmanların taraflar tarafından belirlendiği müşterek hukuk sistemlerinden ciddi bir şekilde ayrıldığı bir nokta olduğu iddiasıyla devam etmektedir. Bu doğrudur; ancak sadece bu kısmı, o da bedensel zararların değerlendirilmesi ile ilgili olarak doğrudur. Aslında, pek çok uzman görevlendirilecektir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bizde, elbette ki, mahkeme tarafından atanan bir ya da iki tıp uzmanı bulunmaktadır. Pek çok davada, mahkeme en az bir adet tıp uzmanı görevlendirecektir. Bu konuya birazdan geri döneceğim. Ancak taraflar da kendi uzmanlarını görevlendirebilirler. Kurban olduğunu iddia eden kişinin, bir ya da birden çok doktordan, bedensel zararları hakkında rapor yazmalarını isteme hakkı bulunmaktadır. Daha sonra bu rapor mahkemeye delil olarak sunulacaktır. Fransa'daki yüksek mahkemeler, hukuk ve idare davalarında, bu raporların, süreç boyunca taraflar tarafından yeterince ele alınması halinde, delil olarak kabul edilebileceklerini düşünmektedir<sup>1</sup>. Sonuç olarak, mahkeme kendisi adına bir uzman incelemesi yapılmış ve kurban olduğunu iddia eden taraf adına yapılmış bir ya da birden çok uzman incelemesinin yapılmış olduğu bir durumla karşı karşıya kalabilir. Bu uzman incelemeleri, tabiri caizse, bağımsızdır. Bunun anlamı; tarafın uzmanın, ne adli uzman çağırma zorunluluğu bulunmakta, ne de raporunu tamamlanmadan önce raporunu onunla tartışması gerektiğidir. Mahkeme daha sonra, tarafların uzmanlarının ve de mahkeme tarafından atanan uzmanların raporlarını kullanarak elindeki kanıtları saptayabilir<sup>2</sup>. Bu raporların tümüne aynı kanıt değeri verilir. Yine de, hukuk davalarındaki en üst mahkeme (*Cour de cassation*), özel uzman raporlarının, mahkeme hüküm verirken tek delil olarak kullanılmayacağına, ancak söz konusu uzman mahkeme tarafından görevlendirilmişse kullanılabilceğine hükmetmiştir<sup>3</sup>.

Ayrıca, sigorta şirketleri tarafından görevlendirilen uzmanlar da çok önemli bir rol oynarlar. Bedensel yaralanmalar

---

<sup>1</sup> Cass. Com., 26 Oct. 1982, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. Civ. 2, 10 Feb. 1988, Bull. civ. II, n° 42 ; Cass. Civ. 1, 2 March 1999, n° 96-20.875 ; Cass. Civ. 1, 24 sept. 2002, D. 2002. IR. 2777 ; Cass. Civ. 2, 7 Nov. 2002, Bull. civ. II, n° 246 ; Cass. Civ. 1, 11 March 2003, D. 2005, 46, note G. Cavalier ; Cass. Civ. 3, 23 March 2005, Bull. civ. III, n° 73 ; Cass. Civ. 2, 14 Sept. 2006, Bull. civ. II, n° 225 ; Cass. Civ. 1, 17 March 2011, Procédures, n° 5, 2011, comm. 162, obs. R. Perrot ; Cass. Civ. 3, 29 Feb. 2012, n° 10-26.653.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 3, 13 Jan. 2009, RTD civ., n° 2, 2009, p. 364, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Cass., 28 Sept. 2012, n° 11-18.710 ; D. 2013. 275, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2012, p. 769, obs. R. Perrot ; Procédures, n° 11, 2012, comm. 320, obs. R. Perrot.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

içeren davalarda, sigorta şirketleri genellikle bir ya da iki tıp uzmanı görevlendirirler. Bu uzmanların raporları mahkemede kullanılabilir. Bu durum, bir sigorta şirketinin mali tazminat yükü olacağından, hiç de şaşırtıcı değildir. Burada elimizde yeterli istatistik veri bulunmuyor ancak 2002 yılında yapılan bir araştırmaya göre, sigorta şirketleri tarafından dört milyon üzerinde uzman talebi yapılırken, mahkemeler tarafından istenen uzman talebi sayısı sadece 300.000 adet civarındadır<sup>4</sup>. Elbette ki bunların tamamı bedensel zararlarla ilgili değildir; ancak bu rakamlar bize sigorta şirketlerinin bu konudaki rolleri hakkında bir bilgi sunmaktadır. Sigorta uzmanları, Fransız hukukunda özel hukuki sorunlar çıkartmaktadır. Sıkıntı, bu değerlendirmelerle alakalı olan doktorların genellikle birden çok role sahip olmalarından kaynaklanmaktadır: bu doktorlar yaralanmaların doğası ve şiddetini anlayabilmek için kurbanları incelemekte, ancak aynı zamanda sigorta şirketleri için danışman ve hatta bazen de kurbanın durumunun sigorta sözleşmesi kapsamında olup olmadığı konusunda denetleyici olarak görev yapmakta olmalarından kaynaklanmaktadır<sup>5</sup>. Bu nedenle, bu doktorların sigorta şirketlerine karşı olan tarafsızlıkları tartışmalı durumdadır. Bu sıkıntı, söz konusu uzman, sigorta şirketi tarafından görevlendirildiğinde daha da artmaktadır. Bu nedenle, bir sigorta şirketi ile devamlı çalışmakta olan bir doktor, mahkeme uzmanı olarak kaydolamamaktadır. Yine de, Temyiz Mahkemesi, özel bir sigorta şirketinde daha önceden görev yapmış olmanın, tarafsızlık konusunda mutlak şüphe yaratması gerekmediğine hükmetmiştir<sup>6</sup>.

Nihayetinde, bedensel zararlar, sosyal güvenlik oluşumları tarafından çeşitli şekillerde tazmin edilmektedir. Fransız hukuku, temel amacı yaralanmalar sonucunda oluşan iş göremezlik durumlarının belirlenmesi olan ve “sosyal güvenlik teknik uzmanlığı” olarak adlandırılan özel hükümler tahsis etmiştir.

<sup>4</sup> B. Peckels, « Présentation », Experts, n° 62, 2003, p. 7.

<sup>5</sup> Y. Lambert-Faivre and L. Leveneur, Droit des assurances, Paris, Dalloz, 2005, p. 499.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 2, 22 May 2008, n° 08-10.840



2) Uzmanların belirlenmesi konusunda; kurban ya da sigorta şirketi, bilgisi ile gereken yeterliğe sahip olduğunu düşündükleri herhangi bir uzmanı seçmekte özgürdürler. Bu durum mahkemeler tarafından görevlendirilen uzmanlar için oldukça farklılık arz etmektedir. Ve yine burada, durumun çok da basit olduğu düşünülmemelidir.

Fransa'da, bir uzman görevlendirirken, mahkemeler herhangi bir uzmanı seçmek konusunda sözde özgürdürler. Yine de, hukuk ve idare mahkemeleri ilgili her temyiz mahkemesi ve yüksek mahkemenin her yıl bir uzman listesi hazırlamaları istenmektedir. Bu kural hukuk mahkemelerinde 1971 yılından beri bulunmaktadır<sup>7</sup>. Söz konusu durum 2004<sup>8</sup> yılında ceza mahkemeleri, 2013<sup>9</sup> yılında da idare mahkemelerine de uyarlanmıştır. Mahkemenin sadece listede bulunan uzmanları tayin etmemesi beklenmektedir ancak genelde yapılan budur. Ayrıca, son kanunlara göre, listelerde bulunan uzmanlar dışında birini görevlendirmeleri halinde, mahkemelerin bu konuyla ilgili özel gerekçe sunmaları gerekmektedir<sup>10</sup>.

Söz konusu uzman listeleri, uzmanların sahip oldukları bilimsel ve teknik yetkinliklerine<sup>11</sup> (örneğin tarım ve ormancılık, sanat, kültür, iletişim ve medya, inşaat ve emlak gibi) göre bölümlere ayrılmışlardır. Bu bölümlendirme hukuk, ceza ve idare mahkemelerinde de hemen hemen aynıdır. "Sağlık" konusuna özel bir yer ayrılmıştır. Burada birçok tıp uzmanlığını kapsayan listeler bulunur. Bu nedenle, bedensel zararlarla ilgili davalarda, mahkeme genellikle bu konuda tıp uzmanlarını, listelerden görevlendirmektedir. Bu şekilde uzman listelerinin oluşturulması, uzmanların güvenilirliği konusunda da çok önemli bir role sahiptir. Söz konusu uzman bu listelerde

<sup>7</sup> Loi no. 71-498, 29 June 1971.

<sup>8</sup> Loi no. 2004-130, 11 Feb. 2004 ; art. 157 Code for criminal procedure.

<sup>9</sup> Decree no. 2013-730, 13 Aug. 2013 ; art. R. 221-9 Code for administrative justice.

<sup>10</sup> Art. 157 § 2 Code for criminal procedure ; art. 265 Code for civil procedure.

<sup>11</sup> Arrêté 10 June 2005 (civil and criminal matters) ; arrêté 19 Nov. 2013 (administrative matters).

olduğu sürece, mahkemede kendisinin konusuyla ilgili ne derece yetkin olduğu tartışması çok zor ortaya çıkmaktadır. Liste oluşturulurken bu uzmanların yetenekleri ve profesyonel becerileri incelenmektedir; böylece sonrasında bu konuyla ilgili tartışmalar nadiren ortaya çıkmaktadır.

- 3) Taraflar değerlendirme konusunda katılım sağlamalı mı, söz sahibi olmalı mı ve uzmanın görüşünü eleştirebilmeli midirler? Ya da mahkemede sadece söz konusu uzman raporunu tartışma hakları olduğunu söylememiz yeterli olur mu? Bu soruya cevap verebilmek günümüz Fransa'sında her geçen gün daha da karmaşık hale gelmektedir.

Mevcut durumu açıklamak için iki cümle yeterlidir. Bunlardan ilki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne aittir. Bu mahkeme, Fransız yönetim sisteminin adil yargılanma hakkına saygı gösterip, koruyup korumadığı hakkında karar vermek durumundadır. Bir davada, bir çocuk devlet hastanesinde bedensel zarar görmüştü. Çocuğun ailesi uzman raporunu tam anlamıyla görüşme fırsatları olmadığını çünkü kendilerine söz konusu raporu ancak mahkemeye sunulduktan sonra tartışma hakkı verildiğini iddia ediyorlardı. Ayrıca aile sadece söz konusu raporu sonrasında tartışma hakkı değil, değerlendirme aşamasına da katılma haklarının olması gerektiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme de bu konuda aynı fikirdeydi:

“[Ebeveynler] raporu aldıktan sonra, söz konusu raporun içeriğine ve bulgularına karşı idare mahkemesine başvurularını yapabilmiş olmalarına rağmen, Mahkeme, bunun kendilerine gerçek bir yorum fırsatı tanıdığı konusuna ikna olmamıştır. Uzmandan cevabını belirlemesi istenen soru, mahkemenin cevabını aradığı ile aynıdır, şöyle ki; başvuranın kız çocuğuna reçete edilen ilaçlarda [hastanenin] bir ihmalinin olup olmadığının ortaya çıkartılması. Bu, hâkimin bilgisinin dışında olan teknik bir konudur. Böylece, idare mahkemesi uzmanın bulguları ile kanuni olarak bağlı olmasa da, söz konusu raporun mahkemenin gerçekleri değerlendirme yöntemi üzerinde baskın bir etkisi olma ihtimali bulunmaktadır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Böyle bir durumda (...) [ebeveynlerin] görüşlerini etkin bir şekilde ifade edebilmelerinin sadece söz konusu raporun tesliminden önce mümkündür. (...) [Ebeveynlerin] bu nedenden dolayı, temel bir delil üzerine yorum yapmaları mümkün olmamıştır. Bu nedenle söz konusu dava Anlaşma'nın 6. Bendi'nin 1. Paragraf'ın gerektirdiği üzere adil bulunmamıştır (art. 6-1). Söz konusu hükmün açık bir ihlali söz konusudur. (art. 6-1)"

ECHR, 18 March 1997, no. 21497/93, Mantovanelli v. France.

Mahkeme, tarafların, uzman raporunun sadece mahkemeye teslim edilmesinden sonra tartışılmasına değil, aynı zamanda da değerlendirme aşamasına da katılma haklarının olması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak yeni bir hüküm bu kural hakkında şüpheler ortaya çıkartmıştır. 2012 yılında, Temyiz Mahkemesi'nin, bir kaza sonucunda ne kadar kalıcı sakatlık oluştuğuna karar vermesi gerekiyordu. Mahkeme, uzman raporlarının, taraflara söz konusu incelemeye katılma hakkı tanınmasa dahi, halen hâkimler tarafından dikkate alınabileceklerine karar verdi<sup>12</sup>. Taraflar hala hâkimden söz konusu raporun geçersiz kılınmasını talep edebilirler, ancak bunun için özel bir dava açmaları ve özel bir ihtilafı kanıtlamaları gerekmektedir. Bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararından bir adım geri atması anlamına gelmekte olup, söz konusu fırsatı da sorgulanabilir hale getirmiştir.

### II) Eylem: bedensel zararların değerlendirilmesi

Fransız hukuku, kurbanların yaşadıkları zararlar nedeniyle tam olarak tazminat almaları gerektiğini düzenlemektedir. Fransa'da mahkemeler kurbanın zararlarını belirleyerek tam tazminat sağlayabilmek için hangi araçları kullanmaktadırlar?

Son yıllarda Fransız hukukunda önemli gelişmeler yaşandı. Bedensel zararlar hakkında bir tipoloji kabul edilmiş ve mahkemelerde bedensel zararların tazmini hakkında gayri resmi

<sup>12</sup> Cass., 28 Sept. 2012, n° 11-11.381.

ölçüler hazırlanmıştır. Bu belgelerin hazırlanmasının amaçları için iki temel neden ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, mahkemelerin söz konusu zararları hesaplarken ihtiyaç duydukları araçların sağlanmasıdır. Gerçekten de, konu ekonomik kayıplar olduğunda, bunların hesaplanması oldukça kolaydır. Konu kişisel kayıplar olduğunda bu daha zordur, bedensel zararlar ise hesaplanması en zor konudur. İkinci neden biraz daha tekniktir. Bu, bedensel bir zarar ortaya çıktığında sosyal güvenlik işletmelerinin ya da sigorta şirketlerinin, pek çok davada, hızlı bir şekilde maddi tazminat önermelerinden kaynaklanmaktadır. Mahkemede mali sorumluluk belirlenip, kurbanı tam tazminat ödenmesine hükmedildikten sonra, kurbanın aynı zarardan dolayı iki kere tazminat almasının önüne geçilmesi amacıyla, söz konusu sosyal güvenlik kurumlarının, kurbandan o güne kadar sosyal güvenlik sisteminden aldığı parayı geri isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak, kurbanın aldığı tazminatın bir kısmına sosyal güvenlik kurumları tarafından el konulması pek olası değildir. O halde hangi zararın, tam olarak hangi tutarda para ile tazmin edileceğinin bilinmesi gerekli olmaktadır.

### 1) Zarar kategorilerinin tipolojisi

2005 yılında, bir çalışma grubu, mahkemelerin kurbanların yaşadıkları pek çok zararın kategorilendirilmesi amacıyla, bedensel zararların tipolojisi hakkında bir taslak oluşturmakla görevlendirildi. Sonrasında da mahkemelere her davada, hangi zarar kategorisini tazmin edecekleri konusunda birleştirilmiş bir tipoloji verilecekti. Bu çalışma grubuna bir Temyiz Mahkemesi yargıçısı olan Jean-Pierre Dintilhac başkanlık yapıyordu. Günlük kullanımda, bu tipoloji çalışma grubunun başkanının ismi ile anılmaktadır; “Dintilhac’ın bedensel zararlar kategorileri tipolojisi” (*nomenclature des préjudices corporels Dintilhac*).

Bu tipoloji, zararları; maddi zararlar ile maddi olmayan zararlar, durumun saptanmasından önceki zararlar ve sonraki zararlar, kurbanı direk veya dolaylı olarak etkileyen zararlar (mesela ailesini) şeklinde kategorilendirmektedir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Maddi zararlar	Maddi olmayan zararlar	Doğrudan olmayan zararlar (üçüncü şahıslara)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sağlık hizmetleri</li> <li>• Mevcut gelirin kaybı</li> <li>• Gelecekteki sağlık hizmetleri</li> <li>• Konaklama masrafları</li> <li>• Araç masrafları</li> <li>• Üçüncü şahıslardan alınan yardımlar</li> <li>• Gelecekteki kazançların kaybı</li> <li>• Mesleki etkiler</li> <li>• Eğitim kaybı, okulda, üniversitede ya da eğitimde</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Geçici işlev eksikliği</li> <li>• Sürekli acı</li> <li>• Estetik bozukluğu</li> <li>• Kalıcı fonksiyonel eksikliği</li> <li>• Huzur kaybı</li> <li>• Cinsel fonksiyon kaybı</li> <li>• Aile kurma şansının kaybı</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cenaze</li> <li>• Bir akrabasının kazanç kaybı</li> <li>• Kurbana yardımcı olurken çekilen sürekli acı</li> <li>• Kurbanın vefatından dolayı duyulan sürekli acı</li> </ul>

Tablo 1: Bedensel zarar kategorilerinin tipolojisi

Her ne kadar “Dintilhac Tipolojisi”nin kullanımı mahkemeler için zorunlu olmasa da, bu tipoloji Temyiz Mahkemesi ve kamu otoriteleri tarafından ciddi destek görmektedir. Temyiz Mahkemesi zararların tamamen tazminini kontrol etmesi gerektiğinde bu tipolojiyi kullanmaktadır<sup>13</sup>. Ayrıca Adalet Bakanlığı da mahkemelere bu terminolojiyi kullanmalarını tavsiye eder<sup>14</sup>. Aynı şekilde, ulusal düzeyde tıbbi kazaların tazmininden sorumlu bir kamu kurumu da aynı sınıflandırmayı benimsemiştir<sup>15</sup>. Buna karşın, idari konularda en yüksek mahkeme olan (*Conseil d’Etat*) söz konusu sınıflandırmayı benimsemekte çok daha gönülsüzdür ve idari mahkemelere başka sınıflandırmaları benimsemelerini önermektedir<sup>16</sup>. Bedensel zararların tazmini konusunda yetkinin hukuk ya da idare mahkemesinde olmasına göre değişiklikler ortaya çıkabileceği için bu durum pek tatmin edici değildir. Örneğin, idari mahkemeler “yaşam koşullarında bozulma” (*trouble dans les conditions d’existence*) zarar kategorisini kullanırken, hukuk mahkemeleri

<sup>13</sup> Civ. 2e, 28 May 2009, no 08-16.829, Bull. civ. II, no 131; D. 2009. 1606, obs. I. Gallmeister ; D. 2010. 49, obs. Ph. Brun and O. Gout ; RTD civ. 2009. 534, obs. P. Jourdain ; JCP 2009. 248, no. 1, obs. C. Bloch.

<sup>14</sup> Circulaire n° CIV/05/07, 22 Feb. 2007.

<sup>15</sup> Office national d’indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) : barème indicatif d’indemnisation par l’ONIAM, 2011.

<sup>16</sup> CE, avis, 4 June 2007, req. no 303422, Lagier, Cts Guignon.

“huzur kaybı” ya da “kalıcı fonksiyon kaybı” zarar kategorilerini kullanmayı tercih etmektedirler.

### 2) Değerlendirme metodolojisi

Dintilhac sınıflandırmasının ayrıntılı olması, zarar kategorilerinin birleştirilmiş bir liste şeklinde olması, mahkemeler arasında iletişimde kolaylık sağlamaktadır. Yine de, bedensel zararların hesaplanması sorunu halen çözülmemiş olarak kalmıştır. Uzmanlara ve mahkemelere bedensel zararları hesaplamak için yardımcı olması için çok sayıda araç tasarlanmıştır. Sonuç olarak, bedensel zararların tıp uzmanları tarafından değerlendirilmesi konusu, ağırlıklı olarak yasal durumları net olmaktan çok uzak durumda olan bu belgelere odaklı durumdur. Bu belgeler çoğunlukla uygulamalara dayanmakta ve bu alanda da bu bağlamda pek şeffaflık bulunmamaktadır.

Uzmanlar genellikle kurbanların ıstırabını değerlendirmek için çeşitli ölçeklere güvenmektedirler. Her ne kadar bu ölçeklerin bir kısmı yayımlanmış olsa<sup>17</sup> ve söz konusu ölçekler arasında farklılıklar olsa da, bunların içinden bir tanesi uygulanabilirlik kazanmıştır: “kalıcı fonksiyonel eksikliği değerlendirilmesi için isteğe bağlı ölçek” (*Barème fonctionnel indicatif des taux d'incapacité en droit commun*). Bu ölçeğin tasarımı 1959'da yapılmış ve adli bilimcilerden oluşan profesyonel bir topluluk tarafından pek çok kez güncellenmiştir<sup>18</sup>. Bu ölçek, her bedensel yaralanmayı kalıcı bir fonksiyon kaybına bağlı olarak açıklamaktadır. Örneğin, göz hekimliği ihtisasında ölçek, kurbanın yaşadığı felcin zararını, gözlerinde meydana getirdiği kalıcı fonksiyon kayıplarıyla şu şekilde ilişkilendirmektedir: yukarı yönlü felç: %3'ten %5'e kadar; aşağı yönlü felç: %10'dan %15'e kadar; yan yönlü felç: %8'den %15'e kadar; içe doğru felç: %5.

<sup>17</sup> Bazıları, bedensel zararlar hesaplanırken uzmanlar tarafından ortak bir ölçek kullanılması gerektiğini savunurlar. (e. g. Association de l'assurance, Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel, 2008, p. 7).

<sup>18</sup> Fédération française des associations de médecins-conseils experts en évaluation du dommage corporel (FFAMCE).

Dintilhac Sınıflandırmasına yapılan göndermeler dikkat çekicidir. Örneğin, bu ölçek de, Sınıflandırmada bulunan “*sürekli acı*” kategorisinin bulgularını içermektedir. Burada uzmanların yedi farklı düzeyi olan bir ölçeği kullanmaları istenmektedir: 1/7: Çok hafif; 2/7: Orta Hafif, 3/7:Hafif; 4/7: Orta; 5/7: Hatırı Sayılır; 6/7: Önemli; 7/7: Çok önemli

Adından da belli olduğu üzere, tıp uzmanlarının, mahkemelere rapor hazırlarken “isteğe bağlı ölçek”i kullanmaları zorunlu değildir. Yine de, pek çok hükümde yedi düzeyli ölçeğin kullanımından bahsedilir. En önemlisi, pek çok mahkeme, bedensel zararlarla ilgili değerlendirmelerde maddi kayıplardaki gibi benzer uzmanlık alanları belirlemişlerdir. Bir uzmanı bu alanda görevlendirirken, mahkeme uzmanı, tipik göreve uygun olarak görevlendirmektedir. Burada önemli olan nokta, tipik görevin, tıp uzmanlarını “kalıcı fonksiyonel eksikliği değerlendirilmesi için isteğe bağlı ölçek”i kullanmaya yönlendirmesidir<sup>19</sup>.

### 3) Zararın hesaplanması

Bir tıbbi uzman bedensel zararları belirlediğinde, mahkemenin halen ne kadar tazminat verileceğini belirlemesi gerekmektedir. Burada yine, yasa tazminatın verilmesi gerektiği dışında herhangi bir ölçüt sunmamaktadır. Yine, pek çok temyiz mahkemesi bedensel zararların tazmininin belirlenmesi için isteğe bağlı bir ölçek hazırlamışlardır: “bedensel zararların tazmini için isteğe bağlı bölgesel ölçek” (*référénciel indicatif régional de l’indemnisation du préjudice corporel*).

Yine burada da bu isteğe bağlı ölçek, Dintilhac Sınıflandırmasına göre bölümlendirilmiştir. Örneğin estetik bozukluklar ile ilgili olarak ölçek:

---

<sup>19</sup> Bedensel zararların tazmini için isteğe bağlı bölgesel ölçek (*référénciel indicatif régional de l’indemnisation du préjudice corporel*), 15°.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ölçek	Derece	Tazminat
1/7	Çok Hafif	1.500 euro'ya kadar
2/7	Orta Hafif	1.500 - 3.000 euro arası
3/7	Hafif	3.000 - 6.000 euro arası
4/7	Orta	6.000 - 10.000 euro arası
5/7	Hatırı Sayılır	10.000 - 22.000 euro arası
6/7	Önemli	22.000 - 35.000 euro arası
7/7	Çok Önemli	35.000 euro ve fazlası

Tablo 2: Bedensel zararların tazmini için isteğe bağlı bölgesel ölçek: estetik bozukluklar

Söz konusu ölçek bir grup temyiz mahkemesi tarafından (2011 yılında 36 temyiz mahkemesinden 12'si) gönüllülük esasıyla kaleme alınmıştır. Ancak sonuçta, tazminat uygulamaları tüm mahkemelerde aynı değildir ve bölgesel farklılıklar olabilmektedir. Bu da tatmin edici bir durum değildir. Yine de, isteğe bağlı ölçeğin mahkemelerdeki kullanımının yasa ile zorunlu tutulmadığı gerçeğine rağmen, ölçek hukuk mahkemelerinde yayılma eğilimindedir<sup>20</sup>.

Fransız hukukundaki durum, bedensel zararların hesaplanması yöntemlerinin büyük ölçüde kullanımı zorunlu tutulmamış olan ölçeklere bağlı olduğundan tatmin edici kabul edilmeyebilir. Bunlar ne tüm uzmanlar ne de tüm mahkemeler tarafından kullanılmaktadırlar. Hatta zararların kategorilerinin terminolojileri bile halen isteğe bağlı durumdadır. Mahkemeler arasında farklılıklar ortaya çıkabilir ve bu da kurbanlar açısından zorlu bir döneme ve sigorta şirketleri açısından da mahkeme tarafından dava sonunda hükmedilecek tazminatın tutarını ön görmek konusunda zorluklara neden olabilir.

<sup>20</sup> İdare mahkemelerinin bu şekilde bir belge kullanmadığına dikkat etmek gerekir: bedensel zararları hesaplarken, bu mahkemeler önceden belirlenmiş bir tablo kullanmamaktadırlar.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bedensel zararların tazmini ile alakalı olarak daha birleşik bir usulün kurulması için yasal eyleme geçilmesi gerektiği konusunda geniş bir fikir birliği ortaya çıkmıştır. Yine de, tam olarak nelerin zorunlu kılınması gerektiği konusunda halen anlaşmazlıklar bulunmaktadır. Sigorta şirketleri, Dintilhac Sınıflandırması ve hesaplama tablolarını mahkemeler tarafından kullanıma zorlayan yasa değişikliklerinin yapılması konusunun ciddi savunucularıdır. Bu elbette ki ileride taşımak zorunda kalabilecekleri finansal yükü bugünden hesaplamalarını kolaylaştıracaktır. Ancak, aynı zamanda, kurban dernekleri bu gelişmeye şiddetle karşı çıkmaktadırlar çünkü sigorta şirketlerinin tazminat düzeylerini olabilecek en düşük seviyeye indirmek için baskı yapacaklarından korkmaktadırlar. Fikir birliği olmamasından dolayı, bedensel zararların hesaplanmasında Dintilhac Sınıflandırmasının kullanımını zorunlu kılan bir kanun tasarısı parlamentoda dört yıldır beklemektedir<sup>21</sup>. Bu durum gelecekte değişebilir, çünkü 2014 yılında Dintilhac Sınıflandırmasının hukuk ve idare mahkemelerinde kullanılacak tek sınıflandırma olmasına yönelik bir karar tasarısı (*Projet de décret instaurant une nomenclature des postes de préjudices résultant d'un dommage corporel*) hazırlanmıştır ve bu belki de gelecekte yayımlanabilir.

---

<sup>21</sup> Bedensel zarar kurbanlarının zararlarının daha iyi tazmini hakkında bir taslak (Lefrand), 2009.



## MAKING BODILY INJURIES CALCULABLE: EXPERTISE AND COMPENSATION IN FRENCH LAW

*Olivier LECLERC*

*Research fellow at National Center for Scientific Research (CNRS)  
Centre de recherches critiques sur le droit  
University of Lyon, University Jean Monnet (Saint-Étienne), France*

I will provide here what can be no more than a glimpse on French law regarding compensation and calculation principles of the bodily injuries. Unsurprisingly, many debates are running in France on that topic. Among the many questions arising when turning to the compensation and calculation principles of the bodily injuries, I will focus on expertise, in particular in civil and administrative legal regimes of liability. Hence, I will not discuss the principles governing the attribution of responsibility. We must assume here that we know who is in charge to compensate, whatever the legal ground of this civil liability. Nor will I address the question of which person or which institution is held responsible and is going to compensate. It might be the person who caused the damage, a legal entity, a social security institution, etc. Furthermore, I will not touch economic injury, material loss that might occur as well, and focus on bodily injuries.

How do we evaluate the bodily injuries in order to compensate? How do we make bodily injuries calculable?

No doubt that expertise is at the very heart of liability when the judge is asked to compensate bodily injuries. I will then start with giving a few hints on expertise in French legal system, and then turn to the evaluation of the injuries itself. *With whom* (1) and *through what devices* (2) does French law make bodily injuries calculable?

### **I] Actors: medical experts and bodily injuries**

In case of bodily injuries, the court will have most of the time if not in every single case, to turn to experts to determine what exactly does the prejudice consist in. One or more medical experts will be needed to identify and to evaluate the injuries.

The onus of proof will be on the party claiming to suffer bodily injuries. The alleged victim bears the burden of evidence and will have to demonstrate his prejudice. This is very much so, even when the law creates a presumption of liability on a person or on a legal entity. In that case, the victim does not have to prove the cause of the liability, say a fault; but, the victim still needs to demonstrate the bodily injuries.

1/ First, and foremost, we need to get read of a conventional wisdom about expertise in French law. It is often said that in France experts are appointed by the courts. The argument goes on saying that this feature strongly differentiates French expertise from other legal systems, mainly common law systems, where experts are appointed by the parties. This is true; but this is only partly true, and especially so in the evaluation of bodily injuries. In fact, several experts are going to be appointed.

We have, of course, one or two medical experts appointed by the court. In most cases the court will appoint at least one medical expert. I will come back to that in a moment. But the parties might also appoint their own experts. The alleged victim is free to ask one or several physicians to write a report on the bodily injuries. The report will then be brought to court as evidence. The higher courts in France, in civil and adminis-

trative trials, consider that these reports are admissible as evidence, as long as they are discussed by all the parties in due course<sup>1</sup>. Consequently, the court might be in a situation where an expertise has been done on its behalf and where one or more expertise has been done on the behalf of the alleged victim. These expertises are, so to speak, independent. This means that the party expert is not obliged to call the judicial expert, nor to let him discuss his report before it is finished<sup>2</sup>. The court can then determine the evidence at hand using the reports of both the party-expert and the expert appointed by the court. These reports are given the same probative value. Nonetheless, the highest court in civil trials (*Cour de cassation*) ruled recently that a private expertise cannot be the sole piece of evidence used by the court to take its decision, while this is not so if the expert was appointed by the court<sup>3</sup>.

Besides, expertise ordered by insurance companies also plays an important role. In cases involving bodily injuries, insurance companies will usually appoint one or more medical expert. Their report might be used in court. This situation is hardly a surprise, in so far as an insurance company will have to bear the financial burden of the compensation. Statistics are not available here, but as an enquiry demonstrates for the year 2002, there has been more than four millions expertises ordered by insurance companies, for only 300 000 expertises ordered by courts<sup>4</sup>. For sure, all of them are not about bodily injuries; but these figures give a flavour of the role of insurance expertise. Insurance expertise poses specific legal problems in French law.

---

<sup>1</sup> Cass. Com., 26 Oct. 1982, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. Civ. 2, 10 Feb. 1988, Bull. civ. II, n° 42 ; Cass. Civ. 1, 2 March 1999, n° 96-20.875 ; Cass. Civ. 1, 24 sept. 2002, D. 2002. IR. 2777 ; Cass. Civ. 2, 7 Nov. 2002, Bull. civ. II, n° 246 ; Cass. Civ. 1, 11 March 2003, D. 2005, 46, note G. Cavalier ; Cass. Civ. 3, 23 March 2005, Bull. civ. III, n° 73 ; Cass. Civ. 2, 14 Sept. 2006, Bull. civ. II, n° 225 ; Cass. Civ. 1, 17 March 2011, Procédures, n° 5, 2011, comm. 162, obs. R. Perrot ; Cass. Civ. 3, 29 Feb. 2012, n° 10-26.653.

<sup>2</sup> Cass. Civ. 3, 13 Jan. 2009, RTD civ., n° 2, 2009, p. 364, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Cass., 28 Sept. 2012, n° 11-18.710 ; D. 2013. 275, obs. N. Fricero ; RTD civ. 2012, p. 769, obs. R. Perrot ; Procédures, n° 11, 2012, comm. 320, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> B. Peckels, « Présentation », Experts, n° 62, 2003, p. 7.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

The difficulty arises from the fact that the physicians involved in these expertise usually play several roles: they examine the victim to determine the nature and the severity of the injuries; but they also work as advisers for the insurance company, and even sometimes as controllers when they make sure that the situation of the victim is conform to the contractual situation<sup>5</sup>. Therefore, the impartiality of those physicians toward the insurance company is questionable. It is even more so when the expert is employed by the insurance company. For this reason, a physician working permanently for an insurance company cannot be enlisted as a court-expert. Nevertheless, the Court of cassation ruled that the fact that an expert had previously work for a private insurance company does not necessarily cast doubts on its impartiality<sup>6</sup>.

Finally, bodily injuries will be compensated in many occasions by social security entities. French law dedicates specific provisions to the so-called "technical expertise of social security" aiming mainly at determining the incapacity to work that results from the injuries.

2/ As regards the selection of experts, the victim or an insurance company are free to pick up any expert they think is qualified because of his knowledge. The situation is very much different regarding court-appointed experts. And here again, the situation should not be considered too sketchily.

In France, when appointing an expert, courts are supposedly free to choose whichever expert they want. Nevertheless, each court of appeal and the supreme courts in civil and administrative matters are required to establish every year a list of experts. This obligation exists in civil matter since 1971<sup>7</sup>. It has been extended to criminal matters in 2004<sup>8</sup>, and to admin-

---

<sup>5</sup> Y. Lambert-Faivre and L. Leveneur, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2005, p. 499.

<sup>6</sup> Cass. Civ. 2, 22 May 2008, n° 08-10.840

<sup>7</sup> Loi no. 71-498, 29 June 1971.

<sup>8</sup> Loi no. 2004-130, 11 Feb. 2004 ; art. 157 Code for criminal procedure.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

istrative matters in 2013<sup>9</sup>. The court must not appoint only enlisted experts, but in fact, the courts mostly do. Besides, recent statutes imposed the courts to offer special justification when they choose not to appoint an enlisted expert<sup>10</sup>.

The lists of experts are divided in height parts, each part corresponding to a set of scientific or technical specialities<sup>11</sup>, e. g. agriculture and forestry; arts, culture, communication and media; buildings and real estate, etc. The division are almost the same in civil, criminal and administrative matters. A special part is devoted to "health". It encompasses a list of several medical specialities. Hence, in trials related to bodily injuries, the court will mostly appoint experts enlisted in those medical specialities. The establishment of those lists of experts plays a major role in forging the reliability of the experts. As long as an expert is enlisted, the question hardly arises in court on whether he is competent enough. His professional skills and credentials are examined when establishing the list; and little discussion arises on that afterwards.

3/ Must the parties be able to participate in expertise, so that they could have a say, and criticize the expert's point of view? Or, will it be enough that they are allowed to discuss the report of the expert in court? Answering that question is nowadays becoming more and more complex in France.

Two sentences can illustrate this situation. One is from the European Court of Human Rights. The Court had to decide whether the French administrative procedure did respect and protect the right to fair trial. In that case a child had suffered bodily injuries in a public hospital. The parents claimed that they had no opportunity to discuss properly the expert's report because they were only given the right to discuss the report

---

<sup>9</sup> Decree no. 2013-730, 13 Aug. 2013 ; art. R. 221-9 Code for administrative justice.

<sup>10</sup> Art. 157 § 2 Code for criminal procedure ; art. 265 Code for civil procedure.

<sup>11</sup> Arrêté 10 June 2005 (civil and criminal matters) ; arrêté 19 Nov. 2013 (administrative matters).

after it was given to the court. The parents claimed they should have been granted the right to participate in the expertise, and not only to discuss the report afterwards. The Court concurs:

“While [the parents] could have made submissions to the administrative court on the content and findings of the report after receiving it, the Court is not convinced that this afforded them a real opportunity to comment effectively on it. The question the expert was instructed to answer was identical with the one that the court had to determine, namely whether the circumstances in which [drug] had been administered to the applicants’ daughter disclosed negligence on the part of the [hospital]. It pertained to a technical field that was not within the judges’ knowledge. Thus although the administrative court was not in law bound by the expert’s findings, his report was likely to have a preponderant influence on the assessment of the facts by that court.

Under such circumstances (...) [the parents] could only have expressed their views effectively before the expert report was lodged. (...) [the parents] were thus not able to comment effectively on the main piece of evidence. The proceedings were therefore not fair as required by Article 6 para. 1 of the Convention (art. 6-1). There has accordingly been a breach of that provision (art. 6-1)”

ECHR, 18 March 1997, no. 21497/93, *Mantovanelli v. France*.

The Court ruled that the parties must be granted the right to attend the expertise, and not only to discuss the report when lodged to the court. But a recent sentence casts doubts on that ruling. In 2012, the Court of cassation had to judge what percentage of permanent disability resulted from an accident. In its sentence, the Court ruled that an expert’s report can still be taken into account by judges, even though a party had not been given the possibility to attend the expertise<sup>12</sup>. The parties can still ask the judge to declare the expertise invalid, but they must

---

<sup>12</sup> Cass., 28 Sept. 2012, n° 11-11.381.



fill a specific case and prove a special grievance. This sentence comes as a step back from the ruling of the European Court of Human Rights and its opportunity is then questionable.

### **II] Action: evaluating bodily injuries**

French law imposes that the victims benefit full compensation for the damage they suffered. What are the tools used in France by the courts to determine what are the losses of the victim, in order to provide full compensation?

In the recent years major evolutions occurred in French law. A typology of bodily injuries has been adopted and unofficial scales in courts for the compensation of bodily injuries have been drafted. Two main reasons can be put forward to explain the elaboration of those documents. One is the need to forge tools that could assist the courts in the calculation of damages. Indeed, the calculation of losses is relatively simple when it comes to economic loss. It is much harder when it comes to personal loss, and above all to bodily injuries. The second reason is slightly more technical. It stems from the fact that in many cases social security entities or insurance companies offer rapidly a financial compensation when bodily injuries occur. After the accountability is settled in court and full compensation is awarded to the victim, these entities will be allowed to ask the victim to reimburse part of the money they received from social security, so that the victim is not compensated twice for the same head of prejudice. But, among the compensation the victim receives, a part is not likely to be seized by the social security entities. It then becomes necessary to know what injury, what loss, does every amount of money compensate exactly.

#### **1/ Typology of the heads of damages**

In 2005, a working group has been charged to draft a typology of bodily injuries that could be used by the courts to identify the various heads of loss suffered by a victim. The courts would then be given a unified typology and specify in each

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

case which head of damage they do compensate. This working group was headed by Jean-Pierre Dintilhac, a magistrate of the Court of cassation. In everyday language, the typology is named after the president of the working group, “Dintilhac’s typology of head of bodily prejudice” (*nomenclature des préjudices corporels Dintilhac*).

The typology distinguishes material damages and non-material damages, damages before stabilisation and after stabilisation, damages suffered by the victim and prejudice suffered indirectly, for example by the family.

Pecuniary damages	Non-pecuniary damages	Indirect damages (to third party)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Health care</li> <li>• Loss of present occupational income</li> <li>• Future health care</li> <li>• Expenses of accommodation conversion</li> <li>• Expenses of vehicle conversion</li> <li>• Assistance by a third party</li> <li>• Loss of future earnings</li> <li>• Occupational impact</li> <li>• Loss of education, whether at school, university or in training</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Temporary functional deficiency</li> <li>• Suffering sustained</li> <li>• Aesthetic impairment</li> <li>• Permanent functional deficiency</li> <li>• Loss of amenity</li> <li>• Loss of sexual function</li> <li>• Loss of the prospect of founding a family</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funeral</li> <li>• Loss of earning of a related person</li> <li>• Suffering sustained in assisting the victim</li> <li>• Suffering sustained in case of victim's decease</li> </ul>

Table 1: Typology of head of bodily prejudice

Although the use of the “typology Dintilhac” is not compulsory for courts, it receives strong support by the Court of cassation and public authorities. The Court of cassation uses the typology when it comes to controlling the full compensation of damages<sup>13</sup>. The ministry of justice also recommends the courts to use the Nomenclature<sup>14</sup>. By the same token, a public body in charge of compensating medical accidents at national level

<sup>13</sup> Civ. 2e, 28 May 2009, no 08-16.829, Bull. civ. II, no 131; D. 2009. 1606, obs. I. Gallmeister ; D. 2010. 49, obs. Ph. Brun and O. Gout ; RTD civ. 2009. 534, obs. P. Jourdain ; JCP 2009. 248, no. 1, obs. C. Bloch.

<sup>14</sup> Circulaire n° CIV/05/07, 22 Feb. 2007.

has adopted the same classification<sup>15</sup>. In contrast, the highest court for administrative matters (*Conseil d'Etat*) is much more reluctant to adopt the Classification and preferred to suggest administrative courts to adopt another classification<sup>16</sup>. This situation is hardly satisfactory as differences might arise in the compensation of bodily injuries depending on the competence of civil or administrative courts. For instance, administrative courts use the head of prejudice "impairment in life conditions" (*trouble dans les conditions d'existence*) where civil courts would rather use the head of damage "loss of amenity" and "permanent functional deficiency".

### 2/ Methodology of expertise

The elaboration of the Dintilhac classification favours the diffusion throughout courts of a unified list of heads of prejudice. Nevertheless, the question of the very *calculation* of bodily injuries remains to be solved. A large amount of tools have been designed to help experts and courts to calculate bodily injuries. Consequently, the evaluation of bodily injuries by medical experts is strongly oriented by these documents, whose legal status is far from clear. These documents belong very much to practices, and there is little transparency in this regard.

The experts usually rely on scales in order to evaluate the suffering of the victims. Although a number of scales have been published<sup>17</sup>, and in spite of the differences that exist among them, one scale has gain practical influence: the "optional scale for the evaluation of permanent functional deficiency" (*Barème fonctionnel indicatif des taux d'incapacité en droit commun*). This scale has been drafted since 1959, and updated several times,

---

<sup>15</sup> Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) : barème indicatif d'indemnisation par l'ONIAM, 2011.

<sup>16</sup> CE, avis, 4 June 2007, req. no 303422, Lagier, Cts Guignon.

<sup>17</sup> Some argue for the need to unify the scales used by experts when evaluating bodily injuries (e. g. Association de l'assurance, Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel, 2008, p. 7).

by a professional association of forensic scientists<sup>18</sup>. It describes for every single bodily injury the corresponding permanent functional deficiency. For instance, in the domain of ophthalmology, the scale associates of level of permanent functional deficiency to the type of paralysis of the eyes the victim suffers: paralysis upwards: 3 to 5 %; paralysis downwards: 10 to 15 %; lateral paralysis: 8 to 12 %; paralysis of the convergence: 5 %.

Cross-references to the Classification Dintilhac are to be noted. For instance, the scale includes indications on the evaluation of the head of prejudice “*suffering sustained*” which appears in the Classification. Here, the experts are requested to rely on a seven-level scale: 1/7: Very light; 2/7: Light; 3/7: Mild; 4/7: Medium; 5/7: Considerable; 6/7: Important; 7/7: Very important.

As the name of the “optional scale” indicates, it is not compulsory for medical experts to use it when giving a report to courts. Nevertheless, the use of the seven-level scale is mentioned in many sentences. Most importantly, for the sake of commodity, many courts drafted a typical mission of expertise concerning bodily injuries. When appointing an expert in this domain, the court determines the mission of the expert accordingly with the typical mission. What is important here is that the typical mission urges medical experts to use the “optional scale for the evaluation of permanent functional deficiency”<sup>19</sup>.

### 3/ Calculation of prejudice

When a medical expert has determined the bodily injuries, the court still must determine what compensation will be granted. Here again, the law gives no indication, except that the compensation must be complete. Nevertheless, many courts of

---

<sup>18</sup> Fédération française des associations de médecins-conseils experts en évaluation du dommage corporel (FFAMCE).

<sup>19</sup> Regional optional table for the compensation of bodily prejudice (référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel), 15°.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

appeal have drafted an optional scale for the determination of the compensation of bodily injuries: the “optional regional scale for the compensation of bodily prejudice” (*référenciel indicatif régional de l’indemnisation du préjudice corporel*).

Here again, the optional scale is divided accordingly with the Classification Dintilhac. For instance, as regards aesthetic impairment, it states:

Scale	Level	Compensation
1/7	Very light	up to 1.500 euros
2/7	Light	1.500 to 3.000 euros
3/7	Mild	3.000 to 6.000 euros
4/7	Medium	6.000 to 10.000 euro
5/7	Considerable	10.000 to 22.000 euros
6/7	Important	22.000 to 35.000 euros
7/7	Very important	35.000 euros and more

Table 2: Optional regional scale for the compensation of bodily prejudice: aesthetic impairment

The scale has been drafted by a group of courts of appeal (in 2011: 12 out of a total of 36 courts of appeal) on a voluntary basis. Consequently, practices of compensation are not unified among all the courts of appeal and regional differences might exist. This situation is not satisfactory. Nevertheless, in spite of the fact that the use of this optional scale has not been made compulsory by the law, it tends to spread throughout the courts in civil matters<sup>20</sup>.

The situation in French law might be considered not satisfactory as the calculation of compensation for bodily injuries strongly relies on scales and classifications whose use has not

<sup>20</sup> It must be noted that administrative courts don’t use such a document: when calculating a compensation for bodily injuries they calculate the compensation without using a predetermined scale.

been made compulsory. All the experts don't use them, nor do all the courts. Even the Nomenclature of the heads of prejudice remains optional. Differences might arise between courts and it might be quite hard for victims and for insurance companies to foresee the amount of compensation that will finally be granted by courts.

A large consensus has emerged on the need to undertake legislative action to have a more unified regime as regards the compensation of bodily prejudice. Nevertheless, discrepancies still exist on what exactly should be made compulsory. Insurance companies strongly advocate for a statute law that would impose the Classification Dintilhac *and* the scales of calculation used by the courts. This would of course make it easier for them to evaluate in advance the financial burden they will have to bear. But, in the same time, the associations of victims strongly oppose to this evolution, because they fear that the insurance companies would press to have the compensation levels as low as possible. Because of the lack of consensus, a draft statute is pending for more than four years in the parliament to have the Classification Dintilhac compulsory when compensating bodily prejudice<sup>21</sup>. The situation might change in the future, for a decree has been drafted in 2014 and might be published in the future (*Projet de décret instaurant une nomenclature des postes de préjudices résultant d'un dommage corporel*) making the sole Nomenclature Dintilhac compulsory for civil and administrative courts.

---

<sup>21</sup> Draft bill aiming at a better compensation for victims of bodily prejudice (Lefrand), 2009.

# İDARE HUKUKUNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE YÖNELİK GELİŞMELER: AYM'NİN HMK 3. MADDESİNİ İPTAL KARARI VE ÇAĞRIŞIMLARI

*Doç. Dr. Sedat ÇAL*

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Aslında kürsünün arkasında bir şey olduğu zannı olabilir. İçeride hiçbir şey yok, bir tek kâğıt parçası var. Her çıkışta bir ayrı heyecan oluyor. Bir anlamda ilk defa ben Sayın Zabunoğlu hocamın başkanlığında bir oturumda konuşuyor olacağım. Onun için bunun onuru ayrı bir şey, heyecanı bir ayrı. Ama bir anlamda da yeni sunuşlarda heyecan güzel bir şey; çünkü amatörlüğü kaybetmemiş olmayı herhalde gösteriyor. Benim açımdan iyi bir şey.

Vakit oldukça ilerledi, şairin dediği gibi; yoksuluz, vaktimiz kısa, dörtnala konuşmak lazım. Ben biraz hızlı konuşacağım o yüzden. Hocam sanıyorum 20 dakikam var değil mi? Öyle olduğunu varsayarak devam edeyim.

Konu biraz bedensel zararlara ilişkin yasamanın öngördüğü bir düzenleme vardı. Malumunuz Hukuk Muhakemeleri Yasasının 3. maddesi ve akabinde karşılaştığı bir iptal. Bu iptal kararı çerçevesinde adli yargı idari yargı ayrımı nereye doğru gidiyor? Nedir şikâyeti olunan konu? Bedensel zararlar ne tarafa doğru giderse daha mantıklı olur çerçevesinde birkaç değiniye giriyor olacağım.

Neden böyle bir yasal düzenlemeye gidildiği noktasında sadece bir anekdotla, bir karşılaştırmayla gideyim. Aynı

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Danıştay'ın aynı dairesinin, birisi 1982 yılında, diğeri 2001 yılında yaklaşık bir 10 yıl sonrasında verdiği iki karar. İkisi de yaklaşık olarak aynı konu. Devlet hastanesi var, bir devlet hastanesinde asansöre binip, asansör geldi zannıyla kapıyı açıp gelmeyen asansör boşluğuna düşen ve yaralanan iki kişi. Bunlardan ilkinde düşen kişi bir hastabakıcı; düşen kişi hastabakıcı olduğu zaman, idarenin hastanesi, idarenin elemanı ve bundan dolayı da konu idari yargıda çözümlenecek tazminat sorununu bünyesine bedensel zarar anlamında girip, orada karara bağlanmış vaziyette. Burada bir endişe görülmedi doğal olarak Danıştay tarafından.

İfade aynen şöyle: “*Dava konusu olayda idare, hastane içinde bulunan asansörün bakımını yaptırıp düzenli çalışması için gerekli özeni göstermediği veçhile hizmet kusuru ilkesine göre ölümlü olayın sonucunda meydana gelen zararın tazminine yükümlüdür*” konuyu burada rahatlıkla bitirebilmiş. Ama 9 yıl sonra yaklaşık bir başka devlet hastanesi, yine bir asansör vakası. Asansörün fitratında bu var dememişiz, yine davayı açmışız. Dava konusu olayın mağduru bu defa hastane derneğinin temizlik görevlisi; idarenin temizlik görevlisi değil, taşeronlaşma vesaire diyelim ya da işte hizmet alımı yoluyla bir hastane derneğinin bir şirketle sözleşmesi sonucunda oradaki istihdam edilen bir kişi. Bu konu idari yargıya geldiğinde, idare mahkemesinin verdiği karar Danıştay'a temyizen geliyor ve Danıştay'ın bu defa 2001 yılında verdiği karar şu: Dava Sosyal Sigortalar Kurumunun doğum hastanesinde hastane derneği tarafından çalıştırılan davacının, hastane asansöründe geçirdiği kaza sonucu yaralanması nedeniyle, uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemine ilişkindir. Bu durum ortada iken, davacının yani mağdurun hukuksal durumuna göre, davalı idare işyerinde hizmet akdiyle çalıştırılan davacının, hizmet sırasında yaralanması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü zararın tazmini, adli yargı yerinde görülüp çözümlenmesi gerekir. Çünkü arada bir akdi ilişki söz konusudur, hizmet ilişkisi, iş ilişkisi. Dolayısıyla idari yargının konusuna girmez.

İşte bu tür davaların ziyadesiyle mebzul miktarda olduğu nu biliyorsunuz, burada dava işleriyle uğraşan, avukatlık mes-



leğiyle iştilal edenler daha da yakından görmekte. Dolayısıyla bu hani bizde bir söz vardır, belki faile kimlik sorulmaz diyemeyiz, failin kimliğı önemlidir, kim bizi dövüyor anlamında. İdareyse başkadır diyebiliriz, ama mağdura kimlik sorulur mu? Öyle bir söylem var biliyorsunuz son yıllarda, son 10 yılda. Mağdura kimlik sorulmaz diye. Bizim idare hukuku anlamında ya da idare hukuku özel hukuk ayırımında mağdura kimlik sormamız gerekecek mi? Bu ayrımlar bu anlamda önem taşıyor.

İşte bunu belki giderme anlamında Hukuk Muhakemeleri Yasasına konulan bir madde. Madde idarenin sorumlu olduğu, vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen kaybından ötürü uğranılan maddi manevi zararların tazmini adli yargıda yapılır diyordu, asliye hukuk mahkemeleri bakar diyordu. Buna ilişkin Anayasa Mahkemesine konu gittiğinde, anayasa yargısının verdiği kararı birkaç paragrafla özetleyerek gideceğim.

Orada söylenen husus şu: Genel olarak adli yargı idari yargı ayırımında anayasal dayanaklar çok net değildir denir, böyle kabul edilir. Dolayısıyla yasa koyucuya belirgin bir takdir hakkının, 82 Anayasası itibariyle anayasa yargısı içtihadında tanındığı kabul görmüştür. Bu çerçevede bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıya mı, idari yargıya mı bırakılacağı konusu, anayasa yargısının birçok kararında onaylanmış olsa da, kimi kararlarında bu kararda olduğu gibi, burada yasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisi takdir hakkı yoktur gerekçesiyle reddedilmiş oldu. Çünkü haklı neden birinci ölçüt, ikinci ölçüt kamu yararının korunması, kamu yararının bulunması varlığı. Bu iki neden var ise adli yargıya veya idari yargıya bırakma yasa koyucunun takdirinde olabilir. Ama bunu mutlak bir takdir hakkı şeklinde denetlemek mümkün değildir.

Anayasa yargısının söylediğı husus şu: İdarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda, bir bölümünün adli yargıda görülmesi, yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır, bir tür usul ekonomisi bağlamında anayasanın ilgili maddesine de aykırı düşecektir denilebilir. Dolayısıyla mutlak takdir yetkisi içerisinde her tür alanın adli yargıya bırakılması

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

durumunda, bu isabetli bir durum ortaya çıkarmayacaktır diyor. Her ne kadar özel hukuk tazminat kuralları yerleşmiş ise de, idari yargıdaki sorumluluk ölçütlerinin hepsini aynı ölçek ve kapsam içerisinde adli yargıda bulabilme imkânı da söz konusu değildir; özellikle de kusursuz sorumluluk durumunda.

Biliyorsunuz belki, idare hukukçuları arasında, size biz özel hukuktan çok kavram aldık, ama kusursuz sorumluluğu da size biz verdik unutmayın diye bir böbürlenme payı da çıkarılır.

Dolayısıyla aynı idari işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı nedenler olduğu söylenemez vurgusuyla, Anayasa Mahkemesi kararın iptaline gerekçe gösteriyor ve nihayet Anayasanın 157. maddesindeki askeri kişilere ilişkin hüküm dolayısıyla, bunun aynı zamanda Anayasanın 157. maddesine de aykırılığı gerekçesiyle devam ediyor.

Nihai söz anayasa yargısının ifadesi şudur: Anayasanın 125'nci, idarenin bütün eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır ifadesiyle, 155'nci ve 157. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir. Bu karar oybirliğiyle çıkıyor, ama farklı üyeler, farklı gerekçelerle sonuca katılıp, gerekçesine katılmayabilmiş durumda ayrışık oyda ya da gerekçeli oyda gördüğümüz üzere.

Birkaç görüş bu anlamda önemli. Birincisi, bir görüşe göre Anayasanın 125. ve 155. maddelerine hiçbir aykırılık söz konusu değildir. Yasa koyucu bu konuda takdir hakkını kullanabilir. Hangi tazminat davalarının adli ya da idari yargıya bırakılacağı konusunda; yeter ki, Anayasanın 157. maddesindeki askeri kişileri ilişkin düzenleme orada saklı tutulsun. Bundan dolayı diyor bu görüş, 125 ve 155'e aykırılık yoktur ve sadece 157 bakımından iptali gerekir.

Bir başka gerekçeye göre de, Anayasanın 141. maddesindeki usul ekonomisine ilişkin hüküm de burada gerekçe tutulmalıdır. Anayasanın 141. maddesine aykırılıktan ret kararı verilmesi gerekirdi. Çünkü aynı idari eylem ve işlem yahut di-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ğer sorumluluk sebebinden belirtilenlerin dışında farklı türde, mesela sözelimi malvarlığına ilişkin bir zarar da doğmuşsa, bu takdirde malvarlığına ilişkin olan için idari yargı, bedensel zararlar için asliye hukukta dava açılması söz konusu olacak. Bu da usul ekonomisine aykırılık teşkil edecek gerekçesini öne sürüyor ilgili ayırışık oy ya da ayırışık gerekçe diyebileyim.

Buna gerekçe olarak da müddeabihin arttırılamayacağına yönelik maddenin daha önce anayasa yargısı tarafından usul ekonomisi nedeniyle reddedilmesine dayanmakta; bir önceki usul kanunundaki ilgili madde çerçevesinde ortaya çıkan dava itibariyle. Dolayısıyla bu görüş, diğer 125-155 ve 171'e ilaveten, bir de Anayasa 141'e aykırılıktan iptal edilmesi gerektiğini savunuyor. Nihayet bir diğer görüş, bizim konuyla daha da irtibatlı kelimeleri cümleleri ortaya koyuyor ve diyor ki; pek çok (bugüne kadar) kanunla yasa koyucu farklı alanlarda sorumluluk konusu olsun, tazminat konuları olsun, adli yargıya bırakabilmiştir. Malumunuz tapu sicili tutmaktan dolayı sorumluluk yahut Sosyal Güvenlik Kurumuyla alakalı tazminatlarla alakalı sorumluluk gibi pek çok örnek var. Bunlardan dolayı aslında öğretide de bunların bir kısmının çok fazla tartışmaya konu edilmediğini söyleyebiliriz kanımca.

Dolayısıyla pek çok yasa bugüne kadar yasa koyucu tarafından ortaya konulmuş vaziyette. Ama bu tür yasal düzenlemelerin olmadığı yerde, ister istemez konu yargı içtihatlarıyla ortaya çıkarılmaya çalışılmış vaziyette. Yargıtay'ın sözelimi kişisel kusur bağlamında idari personelin kişisel kusuruyla alakalı pek çok alanda Yargıtay bunu kişisel kusur deyip, adli yargı alanında değerlendirebiliyor. Aynı olayları pekala idari yargı alanında da kabul edilip, karara bağlandığını görebiliyoruz; bu bir realite.

Farklı gerekçede buna değiniyor ve şunun altını çiziyor. Diyor ki, bu konuda karmaşık, daha doğrusu bu konuda yargı yerlerinde görev alanları her zaman bu tür yasal düzenlemelerle net belirlenmiş olmayabilmekte ve bir karmaşık durumlarla karşılaşıldığında da, bunu yargı içtihatları ve öğretinin katkılarıyla çözmeye çalışmaktayız. Uyuşmazlık mahkemesi-

ne ayda ortalama 100 adet dava dosyasının gelmesi de bunun bir endikasyonudur göstergesidir deyip, altını çizmekte. Ve devam edip, bu görüş Anayasa 125. maddesi ve 155. maddesine atfen şunu söylüyor. Yüksek mahkemeler bu 125 ve 155 hükümlerinden hareketle, idari yargının görev alanını belirlerken; işte kamu hukuku, kamu hizmeti, kamu yararı, idari işlem, idari eylem gibi ölçütler ya da kavramlar üzerinden yola çıkabilmekte, ama bu ölçütler içerisinde değerlendirilmesi gereken pek çok uyuşmazlık, niteliği gereği bu ölçütler içerisine giren pek çok uyuşmazlık da yasayla adli yargıya bırakılabilmektedir. Biraz önce söylediğim gibi tapu sicili tutulmasından dolayı ortaya çıkan davalar, sorumluluk davaları gibi yahut Kamulaştırma Yasası uyuşmazlıkları gibi.

Bu ölçütlerin kanuni yasal bir tanımının yapılmamış olması ve tanımlanmasının da çok zor olması, pek çok davanın hangi yargı yerine gideceği konusunda tereddütler oluşturabilmektedir ve bunlar uyuşmazlık mahkemesi tarafından çözümlenmeye çalışılmaktadır diyor görüş. Devamında şunu söylüyor: Anayasanın 142. maddesi çerçevesinde, mahkemelerin kuruluş görev alanını belirlemeye kanun koyucu bir takdir yetkisi sahibi kılınmıştır. Dolayısıyla bu takdir hakkı çerçevesinde iptali istenen dava konusu olan HMK madde 3 itibariyle, Anayasa 125'le 155'e bir aykırılık görmek mümkün değildir görüşünü savunuyor ve bir önceki görüşlere benzer şekilde, sadece diyor ki askeri kişilerle alakalı Anayasa 157. maddesi itibariyle aykırılık vardır. Sadece bu gerekçeyle iptali gerekir.

Şimdi hem kararın kendisine, hem de karardaki ayrışık gerekçelerin esprisini aktarmaya çalıştım. Bunun üzerine öğretilerde birtakım görüşler var. Müstakil bir makale de var bir pozitivist sevgili hocamızın. Onlardan aktarmalar da yaparak ve onlara eleştiriler getirerek sona erdirmeyi öngörüyorum sunumumu.

Birincisi, bu iptale yönelik olarak akademik öğretilerdeki görüşlerde, yine anayasa yargısının gerekçelerinde olduğu gibi, birincisi kusur olmaksızın kusursuz sorumluluk gibi olaylarda bunu belirlemek olanağı, bunu yeterince asliye hukuk yargısı tarafından belirlenebilmesi olanağı pek görülmemesi gerektir.

Dolayısıyla bunu asliye hukuk mahkemesine bırakmak isabet-siz bir yaklaşımdır. Asliye hukuk yargıcının böyle bir deneyi-mi, idari eylem olarak belirleme yetisi, idarenin eylemini takdir etme yetkisi olamayacağı gibi, ayrıca idari yargıda sorumluluk belirlenirken mağdur ve fail arasında bir denge esprisine de gi-dilmesi eşitler arası ilişkinin olduğu asliye hukuk yargısı bakı-mundan ya da özel hukuk yargısı bakımından söz konusu olan bir imkân değildir. Genel anlayış ya da esprisi bu.

Daha önemle şunun da altı çiziliyor. Eğer kusursuz sorum-luluk adli yargı içerisine yerleşmiş, genişletilmiş bir çerçeve ol-mamakta devam edeceğine göre, en azından belli bir süreyle, bu boşluk önemli sıkıntılara yol açabilir. Adli yargıda alama-yacağınız tazminatı, idari yargıda her halükârda alabilirsiniz mevcut durumda kusursuz sorumluluk bağlamında diye bir açılım getirmekte öğretti.

İdari yargıdan kaçış esprisine en son birkaç cümleyle de-ğineceğim, ama öncesinde öğretilerdeki muhtelif görüşlere biraz daha devam edeyim izninizle. Görüş şöyle devam ediyor: Ana-yasada idari yargı alanıyla alakalı sert çekirdek bir dokunul-maz olduğunu söylemek biraz zordur, bu askeri kişilerle ala-kalı 157. madde hariç olmak üzere. Ama diğer alanlar itibariyle daha görelî bir serbesiyet olacağını vurguluyor. Ne var ki, bu görüşten hareket ederek bu bahsettiğim öğretisel görüş şunu da söylüyor: Toptan blok olarak idari yargı davalarının yakla-şık dörtte birini oluşturan bir alanı tazminat davalarından kül-len topluca transfer etmek adli yargı alanına, işte bu hiç olacak iş değildir. Oldu olacak diyor bu görüş, vücut bütünlüğü ve mal zararı ayırımı yapmadan bütün tazminatları bedensel za-rar da demeyelim, topluca adli yargıya atalım kurtulalım, bari bunu yapalım diyor. Tabii bu görüş Anayasa iptal kararı önce-sinde yazılmış bir makaleden alınma.

İlginç olan tarafı; tabii bu görüşün sahibi pozitivist yakla-şımıyla bilinen maruf bir isim. Dolayısıyla bir tarafta yasa ko-yucunun iradesi böyle tecelli ettiyse, pozitif olarak buna karşı çıkmak ya da anayasada keskin bir engel yoksa karşı çıkıla-maz anlayışına sahip çıkıp, öbür yanda yüzde 25'i, dörtte bi-

rini oluşturan bir alanı topluca alırsanız, bu istisna olmaktan çıkar. Dolayısıyla bu savunulamaz demek, pozitivist yaklaşım açısından sanıyorum biraz çelişkili ya da biraz daha sorunlu. Çünkü biz daha önce yasa koyucunun anayasaya ve idari sözleşmelere tahkim koşulunu getirebilmesine ilişkin 1999 tartışmalarında ve 99 değişikliklerinde, bu görüşlere karşı çıktıklarını görmedik. Hatta Anayasa Mahkemesinin imtiyaz saplantısı var diye bir cümlesi de vardı bu sevgili hocamın. Dolayısıyla bir tarafta pozitivist yaklaşacaksınız ve Anayasa Mahkemesinin imtiyaz saplantısı var diyeceksiniz, ama diğer taraftan bedensel tazmine yönelik kararları aktardığınız zaman, burada yüzde 25'lik bir oran var, davaların yüzde 25'i.

Dolayısıyla bu kadar da çok olmaz kardeşim deyince, birazcık çelişki var gibi geliyor. Çünkü burada temel soru, biz eski deyişle kemiyete mi keyfiyete mi bakacağız? Yeni Türkçeye niceliğe mi bakacağız, hacme mi bakacağız, niteliğe mi bakacağız? Eğer niceliğe bakacaksak, nicelik nereden geçiyor, nerede sınırı çizmek lazım? Yüzde 5, yüzde 10, yüzde 25, yüzde 50, yüzde 70... Bir de nicelik söz konusu olacaksa, biz bunu dava sayısı niceliği olarak mı bakmamız lazım? Yoksa davaların içerik itibariyle müddeabih, dava konusu edilen tutarlar itibariyle mi bakmamız lazım? Yani 300 tane dava idari yargıdan tazminat anlamında aktarılmış olabilir bedensel zarar bağlamında, ama o 300 davanın hepsini toplasanız bir hidroelektrik barajının imtiyaz sözleşmesi kıvamından çıkarılıp, özel hukuk sözleşmesiyle birilerine yaptırılması bağlamında onun hacminin onda birine tekabül etmeyebilir. Dolayısıyla kamu sağlığı menfaati ve kamu yararı açısından bakıyorsanız konuya ya da bakacaksak, o zaman herhalde yüksek hacimli miktarla sözleşmeleri dikkate alıp, onlarda adli yargıya aktarmaya karşı durmak daha mantıklı gibi görünür bendenizce naçizane.

Dolayısıyla ortada böyle bir kemiyet mi keyfiyet mi? Nitelik mi nicelik mi sorusu var ve öz itibariyle yine geri döneceğim. İdari yargının haremî ismetine tecavüz söz konusu olup da, *-biraz eski tabirle süsleyeyim-* idari yargı bunun ne kadarından müşteki olacak, bunun ne kadarına biz ayağa kalkacağız?

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yüzde 25 olursa ayağa kalkacağız, ama yüzde 5 olursa o kadar sayılmaz mı diyeceğiz. Yani tokat yersek ses çıkarmayacağız, ama manevi bütünlüğümüz bundan zarar görmedi diyeceğiz idari yargının namusunu kurtarma anlamında, ama yumruk yersek bu kadar da olmaz kardeşim mi diyeceğiz? Dolayısıyla başka tabirle sohbet nereden gidecek bu ölçütleri belirlerken anayasal dayanak ya da öğretisel yaklaşımlar anlamında? Burada bir sorun...

**Prof. Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Oturum Başkanı)-**  
Sayın Sedat çok iyi gidiyor, ama süremiz bitti.

**Doç. Dr. Sedat ÇAL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Hocam bir dakikayla bitireyim mi o zaman?

Yarın konuşma yapacak bir arkadaşımın konusu olacak, onun için sadece şunu söyleyeyim. Bu HMK 3 kadük kaldı iptal edildi diyoruz, ama insan zararlarına ilişkin mahkeme hakkında bir taslak yasa var. Aynı espriyi tekrar yasa koyucu ortaya çıkaracak gibi gözüküyor.

Son söz, birazcık muzip olsun. İdari yargı adli yargı ayrımı anlamında neyi nereye götüreceğiz konusunu çözmek pek kolay değil. İdare hukuku bakımından ben belki meslek taas-subuyla yaklaşıyor olabilirim, ama konu Asiyé'yi kim kurtaracak ya da Asiyé nasıl kurtulur sorusu olacaksa, nerede çizeceği sınırları konusu olacaksa, ona sanıyorum yanıt... Ben kurtaracağım demeyeceğim tabii ki, sadece idari yargının ontolojik alanına girip, orada birazcık mesai harcamak lazım ki, doğru yanıtı varalım diye bir kanı var.

Ben sadece bu kanıyı paylaşarak ve sabrınız için saygılarımı sunarak sözümü sonuçlandırıyorum.



## AYİM KARARLARINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY*  
*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

### **I. AYİM'in Görev Alanı ve İdarenin Sorumluluğunun Kabul Edildiği Bedensel Zarara Sebebiyet Veren Eylem ve İşlemler**

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin (AYİM) bedensel zararların tazmini konusundaki tutum ve yaklaşımını incelemeden önce AYİM'in görev alanını hatırlamamız gerekir. Anayasa'nın 157. maddesine göre "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz." 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20. maddesinin ilk fıkrasında bu düzenleme aynen tekrar edilmiş olup ikinci fıkrasında AYİM'in görev alanı içinde kimlerin asker kişi sayılacağı belirlenmiştir: "Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile sivil memurlardır." AYİM'in Anayasa ve Kanunla belirlenmiş olan görev alanı içinde idarenin sorumluluğunun kabul edildiği bedensel zarara ve ölüme sebebiyet veren olaylar; terör olayları, askeri

hizmet içinde gerçekleşen kazalar, askeri hizmet içinde işlenen suçlar, intihar ve tıbbi tedavide yapılan hatalar olarak gruplandırılabilir. Bedensel zarara ve ölüme sebebiyet veren idari işleme örnek olarak ise askerliğe elverişli olmayan bir kişiyi askerlik hizmetine almak için tesis edilen askerliğe sevk işlemi örnek olarak verilebilir.

### **II. AYİM Kararlarında Bedensel Zarara Yol Açan Eylem ve İşlemlerde Kabul Edilen Sorumluluk Türü**

Anayasanın 125. maddesinde yer alan “İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” şeklindeki hüküm, gerek AYİM gerekse diğer yargı organları tarafından geniş yorumlanmakta, idarenin Anayasa ve yasalardan aldığı yetkilerle ve kamusal yöntemlerle yaptığı hizmetlerden, bu hizmetlerin kurulması ve işletilmesinden doğan bireysel nitelikli zararlarla idare ajanlarının verdiği zararlar, hatta üçüncü kişilerin bu hizmetle ilgili eylemlerinin doğurduğu zararların idarece giderilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu suretle idarenin sorumluluğu kusurlu davranış nedenini aşarak kusursuz sorumluluk hallerini de kapsayan bir genişlik kazanırken diğer yandan zarar verici eylemi yapanla idare arasında bir ilişkinin bulunmadığı bazı hallerde dahi idarenin sorumlu tutulması kabul edilmektedir. Böylece öğretide ve yargı kararlarında, mücbir sebep ve illiyet bağının yokluğu gibi idarenin sorumluluğunu kaldıran hallerin varlığı dışında idarenin asli sorumluluğu kabul edilmektedir.

AYİM, tam yargı davalarında öncelikle idarenin sorumluluğunun genel şartlarını saymakta, bu şartların mevcut davada bulunup bulunmadığını tespit etmekte; ikinci olarak idareye yüklenebilecek bir hizmet kusurunun var olup olmadığı hakkında karar vermekte; hizmet kusurunun bulunmadığına hükmetmesi durumunda kusursuz sorumluluk ilkesini uygulamaktadır.

İdarenin sorumluluğu konusunda AYİM ve Danıştay'ın yaklaşımları benzer olmakla birlikte bazı sorumluluk sebepleri ile ilgili iki Yüksek Mahkeme farklı nitelendirmeler yapmakta-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dır. Örneğin terör olayları sırasında zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmin edilmesini sağlamak amacıyla Danıştay, bir kusursuz sorumluluk ilkesi olarak sosyal risk ilkesini geliştirmiştir. Danıştay içtihatlarında sosyal risk ilkesi uyarınca, nedensellik bağı bulunmasa dahi idarenin, terör olaylarından zarar görenlerin zararlarını tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Oysa AYİM kararlarında, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi, kusursuz sorumluluğun genel esası olarak kabul edilmektedir. Bir olayda idarenin kusuru söz konusu değilse, tehlikeli bir faaliyet veya araç da kullanılmıyorsa AYİM, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini uygulamak suretiyle idarenin sorumluluğuna hükmetmektedir. AYİM, terör olaylarından doğan zararların tazmini için Danıştay içtihatları ile geliştirilmiş olan sosyal risk ilkesini benimsememiştir.

Kamu külfetlerinde eşitlik ilkesi ile ilgili olarak ise AYİM'in terör olaylarından doğan zararların tazminine ilişkin kararlarında yaptığı değerlendirme şu şekildedir:

“Devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağan dışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarece tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir.” (E. 1995/412, K. 1997/363, 02.04.1997)

AYİM başka bir kararında da benzer bir yorumu şu ifadelerle yapmıştır:

“Bölücü terör örgütlerine karşı girişilen mücadelede ölenlerin yakınlarının maruz kaldıkları zararın idarece hangi (tür) sorumluluğu gerektireceği hususunu belirlerken, Devletin terör örgütlerine karşı bu faaliyetinin herkesi içine alan bir kamu külfeti mi yoksa Güvenlik Kuvvetlerinin huzuru temine yönelik faaliyetleri cümlesinden mi olduğu hususu önem kazana-

caktır. Zira Mahkememizin yerleşik kararları ile herkesi içine alan bir kamu külfeti şeklinde tezahür eden genel nitelikteki zararlardan ötürü Devletin sorumlu tutulmasına idare hukuku ilkelerinin imkan vermediği belirtilerek Kıbrıs Barış Harekati sırasında şehit düşen asker kişinin yakınlarına tazminat verilemeyeceği, bunun bir savaş sırasında şehit düşme olayı olduğu, savaş halinin bir mücbir sebep teşkil ettiği savaşın doğurduğu zararların fertlerin uğradığı bir haksızlık değil bir tabi afet olarak değerlendirilmesinin gerektiği özel ve olağan dışı nitelik taşımayan genel nitelikteki zararların Devletçe giderilmesi halinde yeni bir eşitsizliğe kamu faaliyetleri karşısında eşit olma ilkesine aykırılığa yol açacağına hükmedilmiştir.

Davacının yaralanmasına neden olan terör olayı tüm ülkede değil ülkenin belli bir kesiminde belli örgütler tarafından yaratılan bir olay olup bu tür olayların giderilmesinde Silahlı Kuvvetlerin tamamı değil bir kısım özel birlikler ve güvenlik kuvvetleri görevlendirilmiştir. Bu mücadele tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti şeklinde olmadığı gibi girişilen operasyonlar sırasında ya da teröristlerin başvurdukları yöntemler sonucu uğranılan zararlar tüm toplumun katlanmak zorunda olduğu genel bir zarar mesabesinde değildir, özel ve olağandışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesine göre idarece tazmini gereken bir zarardır.” (E. 1992/605, K. 1993/294, 23.06.1993)

AYİM kararlarında tehlike veya risk ilkesi olarak adlandırılan ilkenin genellikle; uçak, helikopter, gemi gibi askeri araç kazaları ile askeri araç-gereçlerden ve askerlik hizmetinin bünyesinden kaynaklanan zararlarda kullanıldığı görülmektedir. Tehlike ilkesi iki Yüksek Mahkeme tarafından uygulanmakla birlikte, AYİM bu ilkeyi Danıştay’dan farklı bir biçimde yorumlamaktadır. Örneğin, 2007 yılında bir helikopter kazasında şehit düşen askerin yakınlarının açmış olduğu davada verdiği kararda AYİM, tehlike taşıyan hizmetlerle araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl bunların sahibine ait oluyor ise doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde temellendirdiği risk ilkesini öne sürerek, davacıların zararının idare tara-

fından kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında karşılanması gerektiğine hükmetmiştir.

İntihar eylemlerinden kaynaklanan zararların tazmini ile ilgili olarak ise AYİM'in idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını araştırdığı ve idareye yüklenebilen bir kusur yok ise sorumluluğu reddettiği söylenebilir. AYİM'in kararları incelendiğinde, asker kişilerin intihar eylemlerinde bir idare ajanının görev kusuru sayılan söz ve davranışlarının bulunması halinde, bu durumu hizmet kusuru sayarak tazminata hükmettiği görülmektedir. Bilindiği gibi hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilir ya da kişiselleştirilemesin aslında kamu görevlilerinin kusurudur. Konuyla ilgili kararlarda da AYİM, esasında intihar eden asker kişinin intihar etmesine sözleri ve davranışlarıyla sebep olan, intihar eden kişinin intihar kararını vermesine katkıda bulunan bir idare ajanının bulunup bulunmadığını araştırmakta, böyle bir halin varlığını tespit ettiğinde de bu durumu bir hizmet kusuru kabul ederek tazminata hükmetmektedir.

### III. Tazminat Hesabında Kabul Edilen Esaslar

Maddi tazminatın hesaplanması için hesap bilirkişisi görevlendirmekle beraber tazminatın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak genel esaslar AYİM tarafından tespit edilmekte; hesap bilirkişisi kendisine verilen talimatlar doğrultusunda hesaplama yapmaktadır.

AYİM'in bedensel zararlara ilişkin tazminatı hesaplama yöntemini, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55. maddesi ile getirilen düzenlemeden önce ve sonra ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

#### A- 6098 sayılı Kanun Yürürlüğe Girmeden Önce Uygulanan Hesaplama Yöntemi

##### a. Maddi Tazminatın Hesaplanmasında Genel Esaslar

AYİM, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu uyarınca ödenen vazife malullüğü aylığı ile tütün ikramiyesini zarar miktarın-

dan düşmektedir. Ayrıca davacıların 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki yardımlardan yararlanması söz konusu ise bunlar da yarar hanesine yazılarak zarar miktarından düşülmektedir. Yapılan bu denkleştirme sonucunda bulunan miktar ise maddi tazminat miktarı olarak kabul edilmektedir. Bu şekilde hesaplanan tazminat miktarı, 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu uyarınca ödenen tazminat miktarından fazla ise aradaki fark kadar maddi tazminata hükmedilmekte; az ise kalan miktar Yüksek Mahkemenin takdir edeceği manevi tazminat miktarından mahsup edilmektedir. Bu uygulamanın gerekçesi olan 2330 sayılı Kanunun 6. maddesi şöyledir: “Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur.”

AYİM’de görülen davalarda genellikle davalı idarece OYAK ve tasarrufu teşvik ödemelerinin yarar hanesinde gösterilmesi gerektiği, ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu uyarınca sağlanan faizsiz konut kredisi, toplu taşıma araçlarından ücretsiz faydalanma gibi hususların da zarar hesabı yapılırken dikkate alınması gerektiği yolunda itirazda bulunulmakta ise de Yüksek Mahkemece; OYAK ve tasarrufu teşvikle ilgili olarak yapılan ödemelerin prim karşılığı olduğundan yarar hanesinde gösterilemeyeceği, ancak görevde kalması halinde alması farz edilen bu yararlarından görevden ayrıldıktan sonra mahrum kalacağından zarar hanesinde gösterilmesi gerektiği, faizsiz kredi ile toplu taşıma araçlarından ücretsiz faydalanmanın ise ne zaman nerede ne miktarda kullanılacağı ve hatta kullanılıp kullanılmayacağı belli olmadığından zarardan düşülmeyeceği kabul edilmektedir.

Maluliyet halinin saptanmasında SSK Sağlık İşlemleri Tüzüğü esas alınmaktadır. Rahatsızlığı bu tüzük kapsamında bir maluliyet haline yol açmayan davacının bu nedenle uğradığı bir maddi zararının varlığı kabul edilmemektedir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ölüm halinde, maluliyet aylıklarının yarar olarak hesaplanması, AYİM'in yakın tarihli olmayan kararlarında şu şekilde yapılmıştır: Emekli Sandığı iştirakçisi olan kişilerin kamu hizmetinin ifası sırasında ölmesi halinde varislerine Emekli Sandığına ödenen maluliyet aylıkları ile bu kişilerin eceli ile ölmesi halinde Emekli Sandığına ödenecek dul ve yetim aylıkları arasındaki fark davacılar bu olay nedeniyle sağlanan yarar olarak kabul edilmektedir.(E. 1992/605, K. 1993/294, 23.06.1993, T. 06.05.1998) Davacıların zararlarının hesabında asker kişi olan destek ölmeseydi bu rütbeden emekli olduğunda alacağı emekli ikramiyesinin tamamı zarar olarak kabul edilip davacıların hissesine paylaştırılmakta; desteğin zamanından önce ölmesi nedeniyle davacılar ödenen emekli ikramiyesi de yarar olarak kabul edilmektedir. Sakatlık halinde ise davacının maddi zararının; TSK'da göreve devam etse idi alacağı aylıklar ve bu görevden emekli edileceği tarihten sonra bağlanacak emekli aylığı ile sakatlanması nedeniyle Emekli Sandığına bağlanan vazife malullüğü aylığı ve ödenen tütün ikramiyesi arasındaki farktan oluşacağı gözetilmektedir.

Zarar - yarar hesabında Mahkeme, davacılar Emekli Sandığına ödenen emekli ikramiyesi ile bunun ödeme tarihi ile karar tarihi arasındaki faizi ve bunun gibi 2330 Sayılı Kanun gereğince ödenen ikramiyenin ödendiği tarihteki paranın alım gücü ile karar tarihindeki paranın alım gücü arasındaki farkın nazara alınması gerektiğini kabul etmektedir.(E. 1992/605, K. 1993/294, 23.06.1993) Bu hesaplama uygulamada peşin ödeme indirimi olarak ifade edilmektedir.

AYİM, 1993 tarihinde verdiği bir kararda peşin ödeme indirimi uygulamasını şu şekilde gerekçelendirmektedir: "(...) davacılar karar tarihinden çok önce ödenen emekli ikramiyesi ile 2330 Sayılı Kanun uyarınca ödenen Nakdi Tazminat miktarının ödendiği tarihteki miktarlar olarak zarardan tenzil edilmesi hakkaniyete ve hukuka uygun bulunmamaktadır. Zira bu miktarların ödendiği tarihteki paranın alım gücü kararın verildiği tarihteki paranın alım gücünden yüksektir. Bu nedenledir ki bu miktarlara tıpkı davacıların davalı idareden

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olan alacaklarına kanuni faiz yürütülmesinde olduğu gibi (faiz yürütülmesinin) hukuka ve adalete uygun bulunacağı kabul edilmiştir.”

Yarar ve zarar hesabı, kişinin muhtemel ömür süresine göre yapılmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi halen 1931 tarihli PMF tablolarını kullanmaktadır (aynı durum adli yargı için de söz konusudur). Oysa Sosyal Güvenlik Kurumu, Hacettepe Üniversitesi'nin hazırladığı ve ülkemize uygun TRH 2010 tablosunu uygulamaktadır. Doğru bir hesaplama yapılabilmesi için zarar görenin muhtemel ömür süresinin hem zarar hesabında hem de peşin sermaye değerinin hesabında aynı şekilde dikkate alınması gereklidir.

Sadece manevi tazminat talebinde bulunan davacılar söz konusu olduğunda, kendilerine 2330 Sayılı Kanun uyarınca Nakdi Tazminat ödenmesi durumunda, bu miktar Kanun gereği maddi ve manevi zarar karşılığı olduğundan, AYİM tarafından öncelikle bu davacıların olay nedeniyle uğradığı maddi zararlarının hesabı ile olay nedeniyle sağlanan yararların denkleştirilmesine ihtiyaç duyulduğu kabul edilerek, onlar için de bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır. Bu durumda, sadece manevi tazminat talebinde bulunan davacı için yapılan yarar - zarar hesabı sonucunda ödenen Nakdi Tazminat miktarının ancak maddi zararını karşılaması ya da maddi zararı karşıladıktan sonra arta kalan miktar emsal durumlarda kabul edilen manevi tazminat miktarından az olması halinde ayrıca manevi tazminat verilmesi kabul edilmektedir. (E. 1992/605, K. 1993/294, 23.06.1993)

Sakat kalan veya ölen erler için askerlik öncesi sigortalı çalışmış iseler, bu kişilerin emekli olurken kıdem tazminatı alacağı kabul edilerek yapılacak hesaplamada zarar olarak gösterilmekte; ayrıca, lise ve teknik lise mezunlarında, sigortalı çalıştığına veya devlet memuru olduğuna dair bir belge yoksa devlet memurluğuna ilk giriş sırasında ele geçecek net miktar ile asgari ücretin net miktarı toplanarak ikiye bölünmesi ile elde edilecek miktarın %5 artırımını, ücret alacağı olarak hesaplanmaktadır. Davacıların doğum tarihi itibarıyla müteveffanın



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kıdem tazminatını hak edeceği tarihte hayatta olup olmayacakları konusunda PMF tablosu esas alınmaktadır. (E. 1997/725, K. 1998/416, 27.05.1998)

AYİM, çocuklar için destekten yoksun kalma tazminatının koşulları bakımından TSK İç Hizmet Kanununun 69 ve 70. maddelerini uygulamaktadır. Söz konusu düzenlemeler 22.01.2015 tarihli 6586 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, subay ve astsubayların orta öğrenim yapmakta olan 20, yükseköğrenim yapmakta olan 25 ve bunların dışında 18 yaşını doldurmamış ve evli olmayan erkek ve kız çocukları ile yardım edilmediği takdirde muhtaç duruma düşecek olan kız çocukları ve yaşları ne olursa olsun malûl ve muhtaç erkek çocuklarına destek olmalarını öngördüğünden; maddi tazminat hesabı da çocukların öğrenim durumları ve yaş kriterleri gözetilerek yapılmaktaydı. (E.1994/1165, K.1995/185, T. 08.03.1995) 6586 sayılı Kanun yaş ve öğrenim koşullarını kaldırmıştır.

Ölenin, kardeşine destek olacağına kabulü için ise AYİM, hem desteğin ekonomik refah içinde olmasını, hem de kardeşin yardım edilmediğinde zarurete düşecek olmasını aramaktadır. 2000 yılında verdiği bir kararında AYİM, Eski Türk Medeni Kanununun 315. maddesinde sayılan koşulları uygulamıştır. Eski Türk Medeni Kanununun 315. maddesine göre, kardeşe nafaka ödenebilmesi için nafaka istenilecek tarafın öncelikle hali refahta olması, nafaka isteyeninin ise diğer taraf yardım etmediği takdirde zarurete düşecek durumda bulunmaları gerekmektedir. Bu bağlamda maddi tazminat talebi içinse, ölenin ekonomik refah içinde, talep edenin de yardım edilmediğinde zarurete düşecek durumda olduklarının ve ölüm olayından evvel bu nedenle fiilen bir yardım ilişkisinin bulunduğu kanıtlanması gerektiği kabul edilmektedir.(E.1998/369, K.2000/163, T. 22.03.2000) Yeni Türk Medeni Kanununun 364. maddesinde de bu koşulların varlığı devam etmektedir.

Dul kalan eşe ilişkin maddi tazminat hesaplamasında, farazi ömür tablosuna göre belirlenen yaşa kadar şehit eşinden maaş alacağı, ancak belli oranda evlenme şansı indiriminin tenkis edileceği kabul edilmektedir.

AYİM'in eski Borçlar Kanununun 43. maddesine atıfla maddi tazminat miktarından tenkise gittiği kararlar bulunmaktadır. AYİM'e göre; söz konusu 43. maddenin ilk fıkrası "Hâkim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümulünün derecesini tayin eyler." demek suretiyle tazminat miktarının tayinini hakime bırakmıştır. Bu düzenlemeye atıf yaptığı kararlarda ileri sürdüğü gerekçe; maddi tazminatın kâr ve kazanca vesile olmaması, kişilerin sebepsiz zenginleşmesine yol açmayacak bir düzeyde olması ve yalnızca maruz kalınan zararı telafi etmesi gerektiği; belirlenecek tazminatın hiçbir zaman felaketi özlenir hale getirecek seviyede olmaması gerektiğidir. (T. 02.08.1994)

AYİM, uyguladığı hesaplama yöntemiyle maddi ya da manevi tazminat hakedişlerinin bulunmadığı ya da davacıların tazminat istemlerinin kısmen reddedilmesi yolunda verdiği kararlarda yargılama masraflarını davacıya yüklememektedir. AYİM'in bu sonuca ulaşmak için ileri sürdüğü gerekçe için 2000 yılında verdiği bir karar örnek olarak alınabilir: "Davamızda davacının maddi tazminat talebi reddedilmiş ise de; bu red hususu adı geçen davacının isteminde haksız oluşundan değil haklı görülen taleplerinin T.C.Emekli Sandığına bağlanan aylıklar ve ödenen tütün ikramiyeleri gibi gelirlerin mahsup edilmesi sonucu geriye hükmedilecek bir miktar kalmamasına dayandığından ve davacı davasını açtığı sırada vazife malüllüğü aylığı henüz bağlanmamış olup, adı geçen davacının bu aylığının bağlanıp bağlanamayacağı hususundaki T.C.Emekli Sandığı işlemini beklediği takdirde dava açma süresi geçirilebilecek olduğundan, dava açılmasının bir hukuki zorunluluk olarak belirmesi karşısında yargılama giderlerinin özellikle maddi tazminat bakımından avukatlık ücretinin davacıya yüklenmesine ilişkin davalı idare isteminin 1602 sayılı Kanunun 71. maddesi uyarınca reddi cihetine gidilmiştir." ( K.2000/873, T.07.12.2000)

### **b. Manevi Tazminatın Takdirinde Kabul Edilen Kriterler**

AYİM'in yerleşik içtihatlarına göre; davacıların olay nedeniyle çektiği acı ve ıstırapların kısmen de olsa telafisi ama-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

cıyla olayın vukua geliş şekli, yasal faizin işlemeye başladığı olay tarihi, paranın alım gücü ve davacının veya davacıların yakınının askerlik statüsüyle sosyal durumu göz önünde bulundurulurken uygun miktarda manevi tazminat verilmesi kabul edilmektedir. Manevi tazminat bizzat Yüksek Mahkeme tarafından takdir edilmekte ve bilirkişi görevlendirilmemektedir.

Davacının veya davacının yakınlarının zararın doğmasında kusuru bulunması durumunda gerek maddi tazminattan gerekse manevi tazminattan müterafik kusur oranında indirimde gidilmekte; fakat kusursuz sorumluluk esas kabul edilen davalarda üçüncü kişinin kusuru nedeniyle tazminat miktarından indirimde gidilmemektedir.

1995'te verdiği bir kararında, AYİM büyük ebeveynlerin torunları üzerinde eylemli bir bakım ve emekleri bulunmadıkça dar anlamda aile kavramı içinde sayılmayacaklarından manevi tazminata müstahak olmadıklarını kabul etmiştir. 1996 verilen bir kararda ise kocasının ölüm tarihinden kısa bir süre önce boşanma davası açan ve bu davada eşi aleyhine ağır itham ve isnatlarda bulunan eşin destek ile aralarında gönül bağının tamamen koptuğunun anlaşıldığı gerekçesiyle manevi tazminatı hak etmediğine hükmetmiştir.

### **B- 6098 sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Uygulanacak Hesaplama Yöntemi**

04.02 2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi ile şu düzenleme getirilmiştir:

*“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”*

Getirilen bu düzenlemeye göre sosyal güvenlik ödemelerinden rücu edilebilenler zarar ve tazminattan indirilebilecek, rücu edilemeyenler ise zarar ve tazminattan indirilemeyecektir. Bu durumda AYİM de 6098 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın hesaplanmasında ifa amacı taşımayan ve sadece rücu edilebilen ödemeleri toplam zarar miktarından düşebilecektir.

AYİM, 12.02.2014 tarihli bir kararında tazminat hesabında 6098 sayılı Kanunun 55. maddesini uygulamıştır. Dava konusu olayda, davacı jandarma er jeneratör bakımı yaptığı sırada yüksek gerilim kablosuna çıplak elle dokunarak ağır yaralanmış ve hakkında GATA tarafından “askerliğe elverişli değildir” raporu verilmiştir. Davacıya 5434 sayılı Kanun uyarınca vazife malullüğü maaşı bağlanmıştır. AYİM söz konusu davada Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi gereği, vazife malullüğü maaşı rücu edilen bir ödeme olmadığı için, bu ödemeyi yarar kabul etmemiş ve davacının zararından indirmemiştir. Fakat kararda Başkanın ayrışık oy gerekçesinde genel sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde zarar-yarar dengesini gözetken tazminat hesaplamasında Devletçe bağlanan vazife malullüğü aylıklarının yarar kabul edilmemesinin mevzuata ve hakkaniyet kurallarına uygun olmadığı, rücuya tabi olarak yaratılan ayırımın da zarar görenler açısından eşitsizliğe yol açtığı ve tazminat hesaplamasında dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu ayrışık oy ve AYİM 2. Dairesinin konuyla ilgili yakın tarihli kararlarının yayımlanmamış olması 6098 sayılı Kanunun 55. maddesinin AYİM tarafından uygulanmak istenmediği ve bir miktar dirençle karşılandığı yolundaki söylentileri doğrular gibi görünüyor. Zira AYİM başka bir davada söz konusu yasal düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu kanaatine vararak Anayasa Mahkemesi’ne iptal başvurusunda bulunmuştur.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinin Hükümet Tasarısında mevcut olmayan son fıkrası, Adalet Komisyon Başkanı Ahmet İyimaya'nın etkisi ile komisyon çalışmaları sırasında eklenmiştir. Bu fıkra göre, *"Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."* Önergede, bu düzenlemenin amacının "insan zararları olarak ifade edilen vücut bütünlüğünün bozulmasından doğan zararlarda farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçmek" olduğu ifade edilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesine ilişkin olarak 16.02.2012 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi; Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinin sadece yargı yerini değil, anılan tam yargı davalarının esasına uygulanacak hükümleri de değiştirdiği kanaatindedir. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararında, insan zararlarına ilişkin tam yargı davalarında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması, idarenin sorumluluk alanının daraltılması anlamına geleceği için kamu menfaatine aykırı bulunmuştur. Keza, aynı fiil nedeni ile ortaya çıkan maddi zararlar ile insan zararlarının ayrı yargı kollarında farklı esaslara göre çözümlenmesi yargılamanın bütünlüğü açısından da sakıncalı görülmüştür. Borçlar Kanununun 55. maddesinin 2. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesine uygun olarak yorumlandığında, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali nedeni ile ortaya çıkan zararlara ilişkin tazminat miktarının hesaplanmasında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı; ancak tam yargı davalarında Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan sorumluluk ilkelerinin değil idari yargı içtihatları ile kabul edilmiş olan sorumluluk türlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi, E.2014/94, K.2014/160 sayılı, 22.10.2014 tarihli kararıyla tam yargı davalarında Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan sorumluluk ilkelerinin uygulanmayacağını bir kez daha ifade etme imkânı bulmuştur.

Söz konusu dava Anayasa Mahkemesi'ne AYİM tarafından yapılan itiraz yolu ile gelmiştir. AYİM'in 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55. maddesinin ilk fıkrasındaki "*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile...*" ibaresinin ve "*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*" şeklindeki son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varmasının gerekçesini Yüksek Mahkeme şu şekilde özetlemiştir: "Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın; idarenin tazminat sorumluluğunu daralttığı, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalarda idari yargı mercilerini asliye hukuk mahkemesine dönüştürdüğü, yargılamanın bütünlüğünü bozduğu, eşitsizliğe sebebiyet verdiği, yargılamanın uzamasına neden olduğu, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğranılan zararın Devletçe tazmin edileceğine ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilceğini öngören anayasal ilkelere bağdaşmadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür." Anayasa Mahkemesi, Kanunun 55. maddesinin ilk fıkrasındaki "*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile...*" ibaresine yönelik iptal başvurusunu kendisinin 28.11.2013 günlü, E.2013/74, K.2013/143 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş olduğu için ilk inceleme aşamasında reddetmiştir. Söz konusu maddenin itiraz konusu olan son fıkrasının ise Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "İtiraz konusu kural, Kanunun ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanununa yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümler-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

le sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez." Ayrıca Anayasa Mahkemesi bu kararında ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların, idarenin sorumlu olduğu diğer zararlara göre farklı bir mahiyette olduğunu ve bu nedenle kanun koyucunun ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların kendine özgü farklılıklarını gözeterek, bu zararların tazmini istemiyle açılan davalar için farklı hukuki düzenlemeler öngörmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmadığını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 55. maddenin "*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile*" ibaresinin Anayasa'ya uygun olup olmadığını sosyal hukuk devleti, sosyal güvenlik hakkı eşitlik ilkesi kapsamında incelediği davada şu yorumu yapmıştır:

*"(...) bir iş kazası nedeniyle belirli bir süre çalışamayacak olan sigortalı işçiye ekonomik bir güvence sağlamak amacıyla 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan yardımlar sosyal devlet olmanın gereği olup işveren veya üçüncü kişilerin iş kazası nedeniyle işçiye karşı sorumlu oldukları tazminat borcunu ikame amacı taşımamaktadır. Bu nedenle, iş kazasından zarar gören sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarınınca, kazada sorumluluğu bulunanlar aleyhine açılan tazminat davalarında, işveren veya üçüncü şahıslara rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin zarar veya tazminattan indirilmemesine yönelik itiraz konusu kuralda sosyal hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.*



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*İş kazası ve meslek hastalığı primi işveren tarafından karşılanmakta ise de hiç kimse kendi kasti veya kusuru ile başkasının ölmesi veya sakat kalması sonucunda meydana gelen zararlara karşı, sosyal sigorta yoluna başvurarak tazminat sorumluluğundan kurtulamaz. Böyle bir tutum, sosyal sigorta sisteminin amacına aykırı düşeceği gibi sigorta primi ödeyerek zararı karşılama yoluna başvuran işverenin, işçinin canına veya sağlığına zarar gelmesini önleme ödevini yerine getirmede gerekli özeni göstermekten kaçınması sonucunu da doğurabilir.*

*Diğer yandan, SGK'nın iş kazası geçiren sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarına yaptığı ödemelerin 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca işverene rücu edilebilen kısmı tazminat davasında indirim konusu yapılabildiğinden, işverenin aynı kaza nedeniyle SGK'ya ve sigortalı işçiye mükerrer tazminat ödemesi de söz konusu değildir." (T. 28.11.2013, E.2013/74, K.2013/143)*

Kaldı ki, 6098 sayılı Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden çok önce, 06.03.1978 tarihinde verilen bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla bedensel zararların tazmininde sosyal güvenlik ödemelerinin zarardan düşülmeyeceği kabul edilmiştir. Söz konusu karara göre, "haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir". Her ne kadar bu İçtihadı Birleştirme Kararı emekli sandığı ödemelerine ilişkin ise de, Sosyal Sigortalar Kurumunca ödenen dul ve yetim aylıkları konusunda da Yargıtay'ın benzer nitelikte kararları bulunmaktadır. Buna karşılık Yargıtay içtihatlarında rücu edilebilen ödemelerin tazminat hesabında gözetileceği kabul edilmektedir. (M. Murat İNCEOĞLU/ Meliha Sermin PAKSOY, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK. m.55)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, cilt II, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 2013, cilt 8, Özel Sayı, İzmir 2013, s.1389,1390)

Kanımızca hangi sosyal güvenlik ödemelerinin rücu edilebilir olduğuna karar vermek için kanunun lafzına bakılmalıdır;



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çünkü rücu hakkı istisnai bir hak olduğu gibi kamu kurumları bakımından da rücu yetkisi olağan bir yetki olmayıp kanunda sayılan hallerle sınırlıdır. Örneğin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 39. maddesinde rücu yetkisi şöyle düzenlenmiştir: “Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir. Malûllük, vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları füller sonucu meydana gelmiş ise, bu füllerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücû edilmez.”

Sosyal güvenliğin finansmanı ile ilgili yasal düzenlemeler ise sosyal devlet politikaları ile ilgili bir mesele olup sorumluluk hukukunun konusu değildir. 2330 sayılı Kanunun 8. maddesindeki düzenleme bu tür bir düzenlemedir. 8. maddeye göre; “Bu Kanunun 4 ve 5. maddeleri gereğince % 25 fazlası ile bağlanan aylıklardaki bu fazlalık ile 4. maddenin (d) bendine göre bağlanan aylıkların tamamı ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca ödenir ve faturası karşılığında hazineden tahsil edilir.” Sosyal güvenlik ödemelerinin yasal düzenlemeler gereği hazineden tahsil edilmesi, bu tür ödemelerin rücuya tabi olduğu ya da ifa amaçlı olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

Sonuç olarak AYİM artık, 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi gereği ifa amacını taşımayan ve rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerini yarar olarak kabul edemeyecektir. Bu kapsamda örnek olarak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21/a maddesi uyarınca SGK tarafından ödenen emekli ikramiyesi, 21/b maddesi uyarınca yapılan kira yardımı, 5434 sayılı Kanunun Ek 79. maddesi uyarınca ödenen tütün ikramiyesi ve aynı Kanun kapsamında bağlanan vazife malullüğü aylığı yarar olarak zarar kaleminden düşülmemesi gereken ödemelerdir. 2330 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu kapsamında ise sadece ifa

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

amaçlı tazminat niteliğindeki ödemelerin zarardan düşülmesi gerekir. 2330 sayılı Kanunun 6. maddesine göre, “Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur.” Bu düzenleme ile 6098 sayılı Kanunun 55. maddesi birlikte değerlendirildiğinde 2330 sayılı Kanun uyarınca ödenen nakdi tazminat ve aylıkların zarardan düşülmesi gerektiği sonucuna ulaşılabılır. Fakat 2330 sayılı Kanun kapsamında nakdi tazminat ve aylık bağlanması dışında başka sosyal yardımlar da düzenlenmiştir. “*Öğretim ve sağlık yardımı*” başlıklı 7. maddede, bu Kanunda yazılı hallerde ölenlerin veya çalışamayacak derecede engelli hâle gelenlerin çocuklarının, devlete ait yatılı okul ve eğitim kurumlarında yönetmelikte tespit edilecek esaslara göre ücretsiz olarak okutulacağı; bu Kanunun kapsamında bulunanlardan, tedavi giderleri kamu kurum ve kuruluşlarınca karşılanamayanların tedavilerinin Devlet üniversitesi, Sosyal Sigortalar Kurumu hastaneleri ile askeri hastanelerde ücretsiz olarak yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında yapılan yardımların rücu edilen ödemelerden olmadığı 6. madde hükmü gereği açıktır.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

**3. Oturum**

**Soru - Cevap Bölümü**



**Prof. Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Oturum Başkanı)-** Sayın Tekinsoy'a teşekkür ediyoruz. Öyle sanıyorum ki cuma günü atölye çalışmamıza panele epey yeni konu girecek, orada tartışılacak malzemeler çoğalıyor. Teşekkür ediyorum. Vakit çok ilerledi sevgili katılımcılar dinleyenler. Bir soruya izin vermekten yanayım. Buyurun hocam.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU-** İstanbul Üniversitesi emekli öğretim üyesi ve avukat aynı zamanda. Şimdi Özge kardeşimi hakikaten çok büyük bir ciddiyetle izledim ve üstelik bir bayanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarını bu denli titizlikle incelemesi karşısında şaşırımdım, hayranlık duydum, açık söyleyeyim.

Şimdi kendisi de son olarak söyledi, ama bir tek sorum var. Sizce Borçlar Kanununun bu düzenlemesi varken, başka herhangi bir kurum ya da kanunun aksine bir şey söylemesi düşünmesi veya bu yönde düşünülmesi mümkün müdür değil midir? Sadece onu merak ediyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Özge TEKİNSOY (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Ben kesinlikle mümkün olmadığını düşünüyorum. Özellikle Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra da hiçbir tereddüdün artık kalmaması gerektiğini düşünüyorum.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU-** Borçlar Kanunu varken, gerisi teferruattır efendim. Gayet açık. (Alkışlar)

**Doç. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Bu arada şunu söyleyeyim hocam, size de... İdari yargı yargıçlarımızla yaptığımız sohbette, Borçlar Kanunu nu uyguluyor muyuz dedim. Yani biz tazminat hesabında?

Hocam dediler hayır, biz Borçlar Kanununu uygulamıyoruz. Önce bir kusuru tespit ediyoruz, daha doğrusu sorumluluğu tespit ediyoruz. Sorumluluğu tespit edebilmek için de kusuru tespit etmek gerekiyor. Kusuru tespit edebilmek için adli tıbbı gönderiliyor. Sonra kusur var denildikten sonra, o zaman kusur sorumluluğu, değilse ondan sonra biz ikinci aşamaya kusursuz sorumluluğu biz irdelemeye çalışıyoruz. Ondan sonra tazminat miktarının hesaplaması tamamen teknik bir mesele, biz onu da ilgili uzmanlarımıza bilirkişilere gönderiyoruz, o şekilde değerlendiriyoruz. Ama hiç Borçlar Kanunu uygulanması olmadı dediler. Hatta referans olarak ben de inanın rastlamadım hocam, o kadar söyleyeyim. Ama inşallah temennimiz, belki bundan sonraki aşamada olur.

**Yrd. Doç. Dr. Özge TEKİNSOY (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**- Teknik bir mesele olduğu için objektif kriterlere göre hesaplanan bir tazminatın aynı olması gerekiyor. Niye adli yargıda farklı, idari yargıda farklı? Niye idari yargı bu kadar devlet kasasının bekçisi gibi de, adli yargı sanki bol keseden dağıtıyor? Yani çok büyük bir adaletsizlik var. (Alkışlar)

**Prof. Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Oturma Başkanı)**- Buyurun efendim son soru.

**Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)**- Ben size yönelmek istiyorum uygun görürseniz. Aslında Özge hocam bir cümleyle bahsetti. Hocam hepimiz bundan muzdaribiz. Adli yargıda mahkemelerin hükmettiği manevi tazminatlar, bizleri müvekkillerimizi gerçekten tatmin eder seviyede sayılır. Ancak idari yargıda aşırı bir cimrilik söz konusu ve maalesef Danıştay da çok düşük miktardaki manevi tazminatları onuyor. Yani bir iş kazasındaki yaralamada hükmolunan manevi tazminattan çok daha azını ölümlü olayda maalesef idare mahkemesi vermiyor. Bu anlamda çözüm yolu bulamıyoruz. Hepimiz bütün kararlarda Anayasa Mahkemesine mi gitmek durumundayız? Çözüm olarak ne önerebilirsiniz hocam?

**Prof. Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Oturum Başkanı)-** Eskilerin deyimiyle nefi hazine diye bir kavram var. Maalesef idare mahkemelerimiz, evvel ve ayrık Danıştay'ımız bu nefi hazineye, hazineyi korumaya fevkalade meraklıdır. O da bilir, ama belki el altından da prim davalarında filan yaşadık, o tohum indirimlerine gelir Hazineden birisi veya Maliye Bakanlığımızdan, bu davaları kabul ediyorsunuz bu primleri iade edersek batarız veyahut bu bekçilerle ilgili fazla çalışma ücretlerini bu şekilde ödemeye devam edersek Hazine batar. Evvela bu nefi hazine anlayışından, bu ülkenin kurtulması lazım.

Ben 57 senelik deneyimim içinde, bu idari yargının AYİM'in dahil... Yalnız AYİM'in hakkını yememek lazım. Danıştay'a bakarak biraz daha iyidir. Manevi tazminatlarda iyidir. Hele Danıştay'ımız manevi tazminatlarda insanı kahreder. Yani iş mahkemesinde veya adalet yargısında ölüm halinde bedeni zararlara uğranılması halindeki manevi tazminat miktarları davalarında verilen miktarlarla aşağı yukarı benzemektedir. Olay aynıdır, yalnız birisi idari yargıda öbürü adalet yargısında iş mahkemesindedir, gülünçtür yani.

Kendim idare hukukçusu sayıyorum çalışıyorum, ama idari yargı bakımından hak layık oldu, yani doğru oldu bu yaptıklarından sonraki bu düzenleme. Ama sabah da veya bu toplantının başında da işaret ettim. Başka bir olay, bu anayasa şikâyeti verdiği müracaat dolayısıyla iyice patlayan davalarda olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin ihlalinde başka bir olay gündeme geliyor. Yargı yolları sistemimiz, idari yargının varlığı bir anlamda ortadan kaldırılmaya doğru gidiyor gibi de bir tehlike seziyorum.

Evet, başka soru veremeyeceğiz. Atölye çalışmamıza gel, o gün çok daha eğlenceli olacak, hem dört saat.

Sevgili katılımcılar, değerli hukukçular, sabrınız ve ilginiz ve de katkılarınız için çok teşekkür ediyorum. Toplantıyı kapıyorum efendim.





*7 Mayıs 2015 - İkinci Gün*

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Dördüncü Oturum*

*“Sigorta ve Taşıma Hukuku Yönünden Bedensel  
Zararların Tazmini Esasları”*



# MONTREAL KONVANSİYONU'NA GÖRE HAVA YOLU İLE TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE TAŞIYANIN CİSMANİ ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı

*Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK*

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## A- GİRİŞ

1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin yerine geçmek üzere hazırlanan “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme” (Montreal Konvansiyonu ) 28 Mayıs 1999 tarihinde Montreal’de imzalanmıştır. Konvansiyonun yürürlüğünü düzenleyen 53/6 hükmü uyarınca, 30’ncu devletin onay tarihinden 60 gün sonra, yani 4 Kasım 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Nisan 2009 tarihinde, “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” TBMM’de kabul edilmiş ve 14 Nisan 2009 tarihinde<sup>1</sup> yürürlüğe girmiştir. Türkiye’nin Konvansiyona taraf olma isteğine ilişkin belgeler ise 25 Ocak 2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütüne (ICAO) verilmiştir. Böylece taraf olma koşullarının tamamlandığı 26 Mart 2011 tarihi itibarıyla, Türkiye Montreal Konvansiyonu’na taraf olmuştur.

---

<sup>1</sup> 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesini 'nci fıkrasına göre: " Taşıyıcı, bir yolcunun ölümü ya da bedensel yaralanması durumunda uğramış olduğu hasara karşı sadece ölüm ya da yaralanmaya sebebiyet veren kazanın hava aracının içinde ya da herhangi bir yükleme veya boşaltma faaliyeti sırasında meydana gelmiş olması halinde sorumludur".

Konvansiyonun 17'nci maddesi uyarınca havayolu taşıyıcısının yolcunun ölümü ya da bedensel bütünlüğün ihlalinin dolaylı sorumluluğunun doğabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

### B- SORUMLULUK ŞARTLARI

#### I. Cismani Zarar

Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanın sorumluluğu için cismani zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Konvansiyon Cismani Zararın iki türünden söz etmektedir: Ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali. Montreal Konvansiyonu tazminatın hangi kapsamda ifa edileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Tazminat miktarının belirlenmesi bu nedenle uyuşmazlığa uygulanacak ulusal hukuk kurallarına göre belirlenecektir. Uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulanması halinde, tazminatın kapsamı ve tazminat talebinde bulunacak kişiler hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun 53 vd. maddeleri uygulanacaktır<sup>2</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekirse, Konvansiyon, somut olayda hangi zararın tazmin edileceği, yani maddi manevi zararın mı tazmin edileceği sorununa da dokunmamıştır. Bu soruna ilişkin düzenlemeyi de milli hukuka bırakmıştır<sup>3</sup>. Dolayısıyla, Türk Hukukunda Konvansiyon'un 29'ncü maddesinden hareketle, manevi tazminatın talep edilemeyeceği yönündeki

<sup>2</sup> *Bozkurt Bozabalı*, B.: Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, sh. 109.

<sup>3</sup> *Gienulla, E./Schmidt*, R.: Montrealer Übereinkommen, Internationales Lufttransportrecht, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Köln 2009, Art. 29 MÜ Rdnr. 5.

görüŖe<sup>4</sup> katılmamaktayım. Konvansiyonun 29'uncu maddesi, cezai tazminat ( punitive damage, exemplary damage) gibi zararları telafi etme, denkleŖtirme amacı gütmeyen ödemeleri kapsamaktadır. Manevi tazminat ise, bu hüküm kapsamında değerlendirilemez<sup>5</sup>. Nitekim Alman Frankfurt İstinaf Mahkemesi, uçuş personeline alerjik durum bildirilmesine rağmen uçakta buharda ısıtılmış havlu dağıtımını nedeniyle alerjik reaksiyon gören ve nefes almakta zorluk çeken yolcuya karşı taşıyanı manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir<sup>6</sup>.

### II. Zarara Neden Olan Kaza

Konvansiyon'un 17'nci maddesine göre cismani zarara bir "kaza"nın sebebiyet vermesi gerekir. Aksi takdirde, talebin Konvansiyonun 17'nci maddesine dayandırılması mümkün değildir<sup>7</sup>. Montreal Konvansiyonu, Varşova Konvansiyonun terminolojisini aynen almıştır. Bununla birlikte, Montreal Konvansiyonun'da Varşova Konvansiyonu'nda olduğu gibi "kaza" kavramından ne anlaşılması gerektiğinden söz edilmektedir. Konvansiyonun 17'nci maddesinde geçen "kaza" (accident) kavramıyla 18'nci maddede geçen "olay" (event; fait) kavramlarının karşılaştırılmasından, Montreal Konvansiyonun hazırlayıcılarının cismani zarar halinde sorumluluk açısından herhangi bir zarar olayından kaynaklanmayı yeterli görmediğii sonucu çıkmaktadır<sup>8</sup>. Bu konuda "kaza" kavramını "geniş" ve "dar" anlayan iki farklı görüş mevcuttur.

<sup>4</sup> *Bozkurt Bozabalı*, B., sh. 128-129; Sözer, B.: Havayolu İle Yapılan Taşımalarda Yolcunun maruz kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat Talepleri, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, Fatih Üniversitesi, İstanbul 2012,sh.

<sup>5</sup> *Ortaç, N.O.*: Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014, sh.46 vd.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt, 16.04.2014 - 16 U 170/13, NJW-RR 2014, sh. 824-825.

<sup>7</sup> US District Court (SDNY), 16 Avi. 17, 944 Lautore v. United Airlines; *Giemulla, E./Schmidt*, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 6.

<sup>8</sup> *Giemulla, E./Schmidt*, R.: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 12; *Fabian, R.*: Montrealer Übereinkommen, Kommentar 2. Aufl., Berlin/Boston 2011, Art. 17 MÜ Rdnr. 12. 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu için bkz. *Schneider, P.*: Die Haftung des Luftfrachtführers bei Flugzeugentführungen und sonstigen kriminellen Angriffen auf Luftverkehr, ZLW 1989, sh. 223.

**a) Geniş Anlamda Kaza**

Kaza kavramının geniş manada anlayan görüş, hakim görüşüdür. Aynı kavramı kullanan Varşova Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi açısından değerlendirme yapan Amerikan Temyiz Mahkemesi, *Air France v Saks* kararında, mutad olmayan, beklenmedik ve yolcudan kaynaklanmayan bir olayın veya olgunun yolcuya etki etmesi sonucu yolcunun ölümü veya yaralanması halinde Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında "kazanın" mevcut olduğunu kabul etmiştir<sup>9</sup>. Bu görüş, *Povey v. Quantas Airways Ltd.* kararında da paylaşılmıştır<sup>10</sup>. Ölüm ya da yaralanmanın sebebi, yolcunun dışındaki bir sebepten kaynaklanmalıdır<sup>11</sup>. Buna göre, hava aracının olağan, normal ve beklenen şekilde işletilmesine bağlı olarak gerçekleşen yaralanmalarda Konvansiyon anlamında kaza yoktur<sup>12</sup>. Kazadan bahsedilebilmesi için hava aracının hasara uğraması şart değildir<sup>13</sup>. Fransız Temyiz Mahkemesi de benzer görüşü savunarak, *kişinin dışında meydana gelen ondan kaynaklanmayan her olayın „un quelconque événement extérieur à sa personne” kaza olduğunu kabul etmiştir*<sup>14</sup>. Alman mahkemeleri de "kaza" kavramından, "yolcunun ölümü veya yaralanmasına yol açan yolcudan kaynaklanmayan harici bir etkiye dayanan ani, yer ve zaman yönünden belirli bir olay" şeklinde anlamaktadır<sup>15</sup>. Tanımda yer alan "anilik" unsuru, olayla ilgili olup, zararın gerçekleşmesinin "ani" olması şart değildir<sup>16</sup>. Kazanın üçüncü kişinin kastı veya kusuru sonucu ya da kusursuz olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi yoktur<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> US SC, 4.3.1985 -*Air France v Saks*- 18 Avi 18.538, 540.

<sup>10</sup> *Povey v. Quantas Airways Ltd.* – 2005 HCA 33, Rdnr. 149, 166

<sup>11</sup> US SC, 24. 2. 2004 – *Olympic Airways v Husain* – 540 US 644, Nr. 19; US CA 2nd Cir., 16. 9. 1997 – *İseng v EL Al Israel Airlines* – 122 F.3 d 99, Nr. 29.

<sup>12</sup> *Margo, R.D./Hobe, S./v. Ruckteschell*, N.: Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. III, Köln 2010, sh. 116.

<sup>13</sup> *Kilian, M.*: Die Haftung des Luftfrachtführers für schadensverursachende Passagiere, TransportR 2003, Heft 5, sh. 179.

<sup>14</sup> F Cass, Urt v 29. 11. 1989 – *Sanchez c Air France* – RFDA 1989 sh. 539, 540.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1982 sh. 1046; OLG Oldenburg, NJW-RR 1990, sh. 992; AG Köln, ZLW1981 sh. 315.

<sup>16</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

<sup>17</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

**b) Dar Anlamda Kaza Kavramı**

Doktrinde, geniş anlamda kaza kavramının ucu bucağı olmayan bir kavram olduğu, davacını kendi dışında bulunan her mutad olmayan olaya dayanarak uğradığı cismani zararlar için tazminat talep edebileceğinden bahisle yukarıda zikredilen görüşe karşı eleştiri getirilmiştir. Kaza kavramını dar anlamda anlayan görüşe göre, havayolu taşıyıcısının karşı âkidi, taşımanın genel standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini bekler. Hava yolu taşıyıcısı sözleşme ile bunu üstlenir ve garanti eder. Taşıyan, zararın önlenmesi için tedbir almamış veya alamamış olması halinde sorumluluktan kurtulamaz. Bu durumun tersine yolcu da, hava yolu ile taşımada tipik olayları (türbülans, kötü hava, uçağı gövdesine yıldırım çarpması, basınç değişimi, uçağın kabininde kuru hava, hava boşluğu, uçağın az ya da çok sert inişi) uçağın normal işletmesinden kaynaklanan olaylar olduğunu bilmekte ve hesap etmekte ve bu ihtimalleri dışlamamaktadır; dolayısıyla bu olaylara katlanmalıdır. Hakim öğretinin kabul ettiği gibi bu olayların yolcudan kaynaklanmamış olması ve sürpriz olması, umulmadık olması şart değildir<sup>18</sup>.

Bu görüş, Montreal Konvansiyonunun 17'nci maddesinde geçen kaza kavramını, 28'nci maddede geçen "uçak kazası" kavramına indirgediğinden bahisle eleştirilmektedir. Ayrıca, uçak belirli bir yüksekliğe ulaştıktan sonra emniyet kemerinin çözülmesine izin veren havayolu taşımacısının hava boşluğuna düşme nedeniyle uğranılan cismani zarardan dolayı sorumlu tutulmamasına yol açan bu görüş haklı olarak anlaşılır bulunmamaktadır<sup>19</sup>. Ayrıca bu görüş, yolcuya, havayolu ile taşıma esnasında cismani zarara yol açan olayın atipik olduğunu iddia ve somutlaştırma yükü yüklemek suretiyle getirilen tehlike sorumluluğunda yolcu aleyhine bir sapmaya yol açmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 13.

<sup>19</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 14.

<sup>20</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 14.

**c) Kaza Kavramı İle İlgili Olarak Yargı İçtihatlarından Somut Örnekler**

Montreal Konvansiyonun 17'nci maddesi uyarınca şu olaylar kaza olarak nitelendirilebilir: Teknik arıza nedeniyle kabinde hava basıncının aniden düşmesi<sup>21</sup>, uyuma koltuğundaki arıza nedeniyle siyatik ağrıların tetiklenmesi<sup>22</sup>, kötü hava şartları nedeniyle aniden meydana gelen türbülans<sup>23</sup>, sıcak içecek veya yemeğin yolcunun üzerine dökülmesi<sup>24</sup>, ikram edilen bozulmuş yemeğin yolcu tarafından yenmesi<sup>25</sup>, baş üstü dolabından ağır nesnelere düşmesi<sup>26</sup>, starttan hemen sonra tekerleğin patlaması<sup>27</sup>; uçak inişe geçerken servis aracının sabitlendiği yerden kurtulup yuvarlanarak bir yolcuyu yaralaması<sup>28</sup>.

Yolcuların, birlikte yolculuk yaptığı diğer kişiler tarafından yaralanması durumunda Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi anlamında "kaza" dan bahsedilebilip bahsedilemeyeceği sorunu tartışmalıdır. Uçak içinde yolcular arası kavgada fiziksel güç kullanılması halinde bir yolcunun yaralanması, Amerikan mahkemelerince kaza olarak değerlendirilmemiştir<sup>29</sup>. Aynı şekilde, *Cush v BWIA* uyuşmazlığında, göçmen dairesi yetkililerince, ülkeyi terketme izni olmadığından bahisle uçağı terketmesi istenen yolcunun, bu isteğe uymaması yüzünden doğrudan doğruya zor kullanılarak uçak dışına çıkarılırken yaralanması hadisesinde bir kazanın varlığı kabul edilmemiştir<sup>30</sup>. Belirtelim ki, "passenger-to-passenger interactions"lara

<sup>21</sup> US DC, Urt 29. 6. 1978 – *Morris v Boeing Co*- 15 Avi 17.241.

<sup>22</sup> AU VSC, 20. 9. 2005 – *Malaysian Airline Systems Berhad v Krum* – 2005 VSCA 232.

<sup>23</sup> US CA 2nd Cir., 12. 8. 2003 – *Magan v Lufthansa German Airlines* – 339 F.3 d 158, Nr. 24.

<sup>24</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 15.

<sup>25</sup> US CA 2nd Cir., 2. 8. 1985 – *Alleged Food Poisoning Incident March al Zamil v British Airways* – 770 F.2 d 3, 5.

<sup>26</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 15.

<sup>27</sup> US DC, 26. 12. 1985 – *Arkin v Trans International Airlines* – 19 Avi 18.311.

<sup>28</sup> OLG Köln, Urt v 25. 3. 1997 – 15 U 96/94 – VersR 1998, sh. 1120 vd.

<sup>29</sup> US District Court (SDNY), 23 Avi 18, 465- *Price v British Airways*.

<sup>30</sup> US District Court (E.D.N.Y), (2001 WL 1613978 (2001)).



yol açan durumlar çoğu durumlarda uçakla yolculuğa özgü faktörlerdir. Örneğin, *Lahey v. Singapoere Airlines* olayında, economy classta yolculuk yapan yolcu, önde oturan yolcunun koltuğunu geriye yaslaması yüzünden koltuğunu dik duruma getirmesini istemişti. Ön koltukta seyahat eden yolcunun bu isteği geri çevirmesi üzerine çıkan kavgada bu yolcu yaralanmıştı. Amerikan mahkemesi, söz konusu uyuşmazlıkta, haklı olarak<sup>31</sup>, economy classta koltuklar arasının daha dar olmasının yolcuların agresif olmasına yol açması keyfiyetinin uçakla seyahatin tipik rizikosu olduğundan bahisle konvansiyon anlamında kazanın varlığını kabul etmiştir<sup>32</sup>. Keza, *Wallace v Korean Airlines* uyuşmazlığında da yolcunun başka bir yolcu tarafından cinsel tacize uğraması, özellikle, gece yolculuğundan kabin ışıklarının karartılması nedeniyle bu eylemin gerçekleşmiş olması uçakla yolculuğun tipik rizikosunu teşkil edeceğinden bahisle kaza kavramı altında değerlendirilmiştir<sup>33</sup>.

Uçak kaçırma (Hijacking) olayları ve terör saldırıları, kaza kavramının sadece teknik ve mekanik olaylara indirgenemeyeceği; üçüncü kişilerin öngörülemez saldırı ve müdahalelerinin de kaza kavramının altında değerlendirileceği düşünülecek olursa, Montreal Konvansiyonun 17'nci maddesi kapsamında kabul edilmesi gerekir. Hava yolu taşımacısı, uçağa binişte, bununla ilgili önleyici güvenlik tedbirlerini almak zorundadır. Gerek Amerikan ve gerekse Fransız mahkemeleri, bu tür hadiseleri Konvansiyon anlamında hava yolu taşımacısının sorumluluğuna yol açan kaza kavramı altında değerlendirmiştir<sup>34</sup>. Montreal Konvansiyonu'nun 21'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendi de uçak kaçırma ve terör saldırılarının Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında kaza sayılacağına bir deli-

<sup>31</sup> *Kilian, M.*, TransportR 2003, Heft 5, sh. 181.

<sup>32</sup> US DC, 5. 10. 2000 - *Lahey v Singapore Airlines* - 115 F.2 d 464, 466.

<sup>33</sup> US CA 2nd Cir. - 6. 6. 2000 - *Wallace v Korean Airlines* - 214 F.3 d 293, 297.

<sup>34</sup> USCA3rd Cir., 4. 2. 1977 - *Evangelinos v TWA* - 1977 USAvR 526, 530; US DC, 10. 9. 1975 - *Krystal v British Overseas Airways Corp* - 403 F. Supp 1332; F Cass, 16. 2. 1982 - *Epoux Haddad c Cie Air France* - RFDA 1982, sh. 342; F TGI, 28. 4. 1978 - *Epoux Haddad c Cie Air France* - RFDA 1979, sh. 330.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lidir. Söz konusu hükme göre, ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür eden zararın 113 100 SDR'ı aşması halinde, taşıyıcı, söz konusu zararın sadece üçüncü kişinin kusuru, ihmali ya da diğer bir haksız eylemi neticesinde meydana geldiğini ispatlarsa, sadece 113.100 SDR ile sınırlı olacaktır. Görüldüğü üzere, anılan hüküm, Montreal Konvansiyonu hazırlayanlar, Amerikan Mahkemelerinde olduğu gibi geniş bir kaza kavramından hareket etmişlerdir<sup>35</sup>.

Yarg. 11. HD.nin 26/02/2015 tarih ve E.: 2014/4871 K.: 2015/2613 sayılı kararında<sup>36</sup> her ne kadar uçak kaçırmanın Konvansiyon anlamında kaza olup olmadığını tartışmamışsa da, kararda yer alan ifadelerden dolayı olarak kaza kavramı içerisinde gördüğü söylenebilir:

*“Dava, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Dava konusu olayda, merkezi Türkiye’de bulunan davalı taşıyıcının KKTC vatandaşı olan davalıları Lefkoşe’den İstanbul’a ardında tekrar Lefkoşe’ya hava yolu ile taşımayı taahhüt ettiği, uçak Lefkoşe’den havalandıktan sonra iki hava korsanı tarafından kaçırıldığı, pilotlar tarafından yakıtın yetmeyeceği söylenerek, Antalya havaalanına uçak indirildiği, pilotlar inişten sonra kabin camlarını açarak uçağı terk ettikleri, uçakta kabin memurları ve yolcuların kaldığı, yerden emniyet güçlerinin müdahale çalışmaları sırasında uçağın havasız ve oksijensiz kaldığı, bir kısım yolcuların panikle acil çıkış kapısını açarak yere atladıkları, davacıardan Mehmet Zaim Necatigil’in bu şekilde yaralandığı anlaşılmıştır. Taşıyıcı hem TTK hükümleri hemde Varşova Konvansiyonu kuralları uyarınca, yolcuları gidecekleri yere sağ ve sağlam olarak ulaştırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için taşıyıcının tedbirli bir taşıyıcıdan beklenen tüm özeni göstererek uçağın uçuşa elverişliliğini sağlaması ve bunu devamlı kontrol altında tutması, ayrıca yolcuların uçuş sırasında herhangi bir zarara maruz kalmaması için gereken tüm güvenlik önlemlerini alması gerekir. Sağ ve sağlam götür-*

<sup>35</sup> Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 16.

<sup>36</sup> Karar yayınlanmamıştır. Karar için sayın hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*me borcunun biniş ve iniş süreçleri de dahil olmak üzere yolcunun uçakta bulunduğu süre içinde mevcut bulunduğu kabul edilmektedir. Yolcunun hava limanındaki binadan uçağa binmek üzere ayrılması anında biniş süreci başlar; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiğinin kabulüne elverişli bir şekilde, yolcunun tamamen kendi serbest iradesi ile hareket edebileceği bir noktaya ulaşması ile iniş işlemleri tamamlanır. Bu süre içinde taşıyıcı sorumluluk altında olduğu gibi yolcu da aynı süreçte taşıyıcının talimatlarına uymakla yükümlüdür. Taşıyıcı mücbir sebep olarak kabul edilen olaylar hariç olmak üzere her türlü olaydan ve zarardan sorumludur. Bu itibarla mahkemece, içerisinde pilot bilirkişisinin de bulunduğu hava taşıma konusunda uzman bilirkişi heyetine dosyanın tevdi ile öncelikle pilotların olay nedeniyle uçağı terk edip, uçağın elektriklerini kesmelerinin mümkün olup olmadığı, pilotların uçağı terk etmesi mümkün ise uçağı ne şekilde bırakmaları gerektiği ve yolcuların uçağın arka kapısından atladıkları göz önüne alınarak uçağın tahliye kızıklarının hangi hallerde açılacağıın sorularak, denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacılar yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir” .*

Buna karşılık, yapılan ihbar üzerine uçağın acil iniş yapması sonucu yolcunun polis tarafından terörist zannedilerek gözaltına alınması, aranması ve sorguya çekilmesi hadisesi Konvansiyon anlamında kaza olarak değerlendirilmemiştir<sup>37</sup>.

Hava yolu ile taşımının tipik rizikosu olan durumlardan değil de, kabin personelinin koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranışlarından kaynaklanan zarar olayları da kaza kavramı içerisinde kabul edilmektedir<sup>38</sup>. Kazanın önceden öngörülebilir olduğu veya öngörülme zorunda olduğu durumlarda kabin personelinin zararın gerçekleşmesinin engellemeye yönelik ihmalkar davranışları nedeniyle taşıyan sorumlu tutulacaktır. Bundan dolayı, bir yolcu, uçağa binerken kabinde

<sup>37</sup> US CA 7th Cir., 23. 5. 1989 – Schroeder v Lufthansa – 875 F.2 d 613, Nr. 15, 18.

<sup>38</sup> Fabian, R.: Art. 17 MÜ Rdnr. 17.

başka bir yolcu tarafından yere bırakılan bagaja takılıp düşmesi halinde, Konvansiyonun 17'nci maddesinin kapsamına giren bir kaza kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Bir yolcunun kalp krizi geçirmesi halinde acil iniş yapmayan taşıyan Konvansiyon'un 17'nci maddesi kapsamında yolcunun ölümünden sorumludur<sup>40</sup>. Bunun gibi, yolcunun aşırı alkollü olması gibi tuhaf durumunu farketmesine rağmen kabin personeli söz konusu yolcuya alkol ikram etmesinden kaynaklanan cismani zararlar da anılan hüküm kapsamında bir yükümlülük ihlali olarak görülmüştür<sup>41</sup>.

Aşağıdaki durumlarda Konvansiyonun 17'nci maddesi anlamında bir kazanın varlığı kabul edilmemektedir: kabin personelinin ikram ettiği findığın yolcunun boğazına kaçması sonucu gerçekleşen ölümden anılan madde anlamında kaza olarak görülmemiştir<sup>42</sup>. Dar koltuk arasına girerken yolcunun dizinde meydana gelen yaralanma da kaza olarak görülmemiştir<sup>43</sup>. Yolcunun kendi ihtiyarıyla aşırı alkol aldıktan sonra kabinde yere düşmesi de kaza olarak nitelendirilmemiştir<sup>44</sup>. Bunun gibi idari makamların talimatı doğrultusunda uçakta sıkılan dezenfeksiyon maddesine karşı yolcunun alerjik reaksiyonu<sup>45</sup>; uçağın inişinden sonra idari makamların düzenlemeleri uyarınca sıkılan haşere yok edici ilacına karşı yolcunun vücudunun gösterdiği reaksiyon<sup>46</sup> da, hava taşımacılığının normal, beklenen alışıldık işlemlerinden kaynaklanan iç reaksiyon olarak görülerek kaza kavramı altında mütalâa edilmemiştir. Alman mahkemelerine göre, uzun süreli yolculuklarda hareketsizlik nedeniyle trombozun (damarda kan pıhtılaşması) akciğer embolisine yol

---

<sup>39</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 17.

<sup>40</sup> US CA 11th Cir., 25. 8. 1997 – *Krys v Lufthansa* – 119 F. 3 d 1515, 1522.

<sup>41</sup> US CA 1st, Urt v 6. 1. 2000 – *Gregory Langadinos v American Airlines Inc* – 199 F.3 d 68, Nr 12.

<sup>42</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 36.

<sup>43</sup> US CA 5th Cir., 6. 11. 1996 – *Potter v Delta Air Lines* – 98 F.3 d 881, Nr. 10 vd.

<sup>44</sup> US DC, 29. 6. 1993 – *Schwartz v Lufthansa German Airlines* – 24 Avi 17.841.

<sup>45</sup> US DC, 4. 6. 1990 – *Kleiner v Qantas* – 22 Avi 18.179.

<sup>46</sup> F Cass, 29. 11. 1989 – *Sanchez c Air France* – RFDA 1989 sh. 539.

açması da kaza olarak görülemez<sup>47</sup>. Bu kararlara göre, yolcuların uçuş esnasında veya uçuştan sonra tromboz tehlikesi hakkında uyarılmamış olması hava taşımasını gerçekleştiren taşıyana sorumluluk sebebi olarak atfedilemez; Konvansiyon'un 17'nci maddesi anlamında kaza olarak da nitelendirilemez.

### III. Kazanın Belirli Bir Zaman Diliminde ve Belirli Bir Yerde Meydana Gelmesi

Taşıyanın sorumluluğuna yol açan bir kazadan söz edilebilmesi için, kazanın, yolcunun hava aracında bulunduğu yahut hava aracına biniş veya iniş işlemlerini gerçekleştirdiği süre içerisinde gerçekleşmiş olması gerekir.

Konvansiyonun 17'nci maddesinin İngilizce metninde kullanılan *"operations of embarking or disembarking"*; Fransızca metninde kullanılan *"totes opérations d'embarquement ou de débarquement"* ifadelerinde anlaşılacağı üzere, zarara sebebiyet veren kazanın "yolcunun uçağa biniş veya iniş işlemlerini gerçekleştirdiği esnada meydana gelmiş olması yeterlidir"<sup>48</sup>.

Yarg. 11. HD.nin 26/02/2015 tarih ve E.2014/4871 K.2015/2613 sayılı kararına göre:

*"Yolcunun hava limanındaki binadan uçağa binmek üzere ayrılması anında biniş süreci başlar; taşıma sözleşmesinin tam ve gereği gibi ifa edildiğinin kabulüne elverişli bir şekilde, yolcunun tamamen kendi serbest iradesi ile hareket edebileceği bir noktaya ulaşması ile iniş işlemleri tamamlanır. Bu süre içinde taşıyıcı sorumluluk altında olduğu gibi yolcu da aynı süreçte taşıyıcının talimatlarına uymakla yükümlüdür"<sup>49</sup>*

<sup>47</sup> OLG Frankfurt a. M., 6. 11. 2002 - 23 U 243/01 - ZLW 2003, sh. 268, sh. 270; LG Frankfurt a. M., 29. 10. 2001 - 2-21O54/01 - VersR 2001 sh. 1575

<sup>48</sup> *Akkurt, S.S.*: Türk Sivil Havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Ankara 2014, sh.220.

<sup>49</sup> Karar yayımlanmamıştır. Karar için sayın hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hangi eylemlerin binış veya iniş işlemleri sayılacağı hususu netlik kazanmış değildir. Herşeyden önce belirtmek gerekirse, hava yolu taşıyıcısının yolcuyu hava aracı dışında başka bir taşıtla hava limanına getirmesi gibi bağlantı servis hizmetleri, onun sorumluluk zaman diliminde yer almaz<sup>50</sup>. Zira Montreal Konvansiyonu'nun 1'nci maddesinin 1'inci fıkrası ve 38'nci maddesinin 1'nci fıkrası hükmü dolayısıyla hava aracı dışındaki diğer taşıma araçlarıyla (örneğin, otobüs, tren) yapılan taşımalara Konvansiyon hükümleri uygulanmayacaktır.

*Day v TWA* olayında<sup>51</sup> Amerikan İstinaf Mahkemesi, binış ve iniş işlemlerinin başlangıcı ile ilgili olarak "üç faktörlü test" sistemini uygulamıştır. Karara konu teşkil eden olayda, Atina hava limanında New York uçağına binmek üzere valizlerin aranmasını bekleyen yolculara karşı gerçekleşen terörist saldırı sonucunda bazı yolcular ölmüş bazıları ise yaralanmıştı. Karara göre, somut olayda, (1) kazanın meydana geldiği yer (2) kaza esnasında yolcuların faaliyetleri (3) kaza esnasında hava yolu taşıyıcısının yolcular üzerindeki kontrolünün derecesi faktörleri birlikte değerlendirme yapılarak "uçığa binış işlemleri"nin başlayıp başlamadığı tespit edilmelidir. Karara göre, terör saldırısının gerçekleştiği anda, davacı yolcu, binış kartını almış, pasaport kontrolünü geçmiş ve kalkış öncesi milletlerarası uçuşu bekleyen yolculara tahsis edilen sahaya geçmiştir. Davacı yolcu, uçığa binış kapısının önünde yer almaktaydı ve uçığa binmek için hazır bekliyordu. TWA (Trans World Airlines) yolcuları için gerçekleştirilen silah arama işlemi için sırada beklemekteydi. Şu halde, kazanın meydana geldiği anda hava aracına binmek için zorunlu olan aktiviteleri hava aracına tahsis edilmiş ve yolcunun hareket sahasının kısıtlı olduğu yerde taşıyıcının talimatları doğrultusunda gerçekleştiren yolcunun binış işlemine başlamış olduğu kabul edilmelidir.

<sup>50</sup> OLG Frankfurt, a. M., 23. 10. 1996 - 9 U 16/96 - NJW-RR 1997, sh. 930 - 931; *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 20.

<sup>51</sup> US CA 2nd Cir., 22. 12. 1975 - *Day v TWA* - 528 F.2 d 31.

Bir görüŖe göre, uçağa binif anonsu yapılmif, yolcular bekleme salonuna girmif ve binif kartlarını kontrol için yer personeline teslim etmiş; uçuş personeli de binif kartının yolcuya verilecek kısmını ayırıp yolcuya teslim etmişse binif işleminin başladığından söz edilir. Bu andan itibaren yolcular, artık hava yolu taşıyıcısının muhafaza ve gözetimi altına girerler. Özellikle, binif kartının kontrolünden sonra taşıyıcının emir ve talimatına tâbi olduğu alana girerler. Bu alanlarda yolcunun hareket sahası kısıtlıdır; yolcu bu alanı sadece uçağa binmek üzere terkedebilir; herkesin rahatlıkla girip çıkabileceği bir alan değildir. Hava yolu taşıyıcıları, bu andan itibaren yolcuların zarara uğramasını önlemek için gerekli olan tedbirleri alma imkanına sahiptir<sup>52</sup>. Dolayısıyla, yolcunun uçağa binerken merdivenin çekilmesi nedeniyle yere düşmesi<sup>53</sup> veya kaygan merdivenlerden düşmesi nedeniyle uğradığı cismani zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu tutulur<sup>54</sup>. Buna karşılık yolcu binif kartını aldıktan ve pasaport kontrolünü geçtikten sonra kamuya açık bekleme salonunda bulunurken taşıyıcının muhafaza ve gözetim sorumluluğu başlamaz<sup>55</sup>. Çünkü yolcu bu alanlarda uçağa binif (boarding) anonsu yapıncaya kadar hava alanı terminali işletmecisinin çeşitli hizmet edimlerinden (örneğin restoran, gümrüksüz satış mağazası, sinema, hediyelik eşya satış yerleri) yararlanabilir. Bu tür yerlerde gerçekleşen zararlardan dolayı, hava yolu taşıyıcısı değil; hava terminali işleticisi veya söz konusu işyerlerin sahipleri sorumlu tutulur<sup>56</sup>. Aynı sonuç, VIP veya CIP-Lounge da uğranılan cismani zararlar için de geçerlidir. Çünkü yolcu bu alanları istediği zaman terkedebilir<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 61; *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 21.

<sup>53</sup> US DC, Urt v 27. 6. 1955 - Chutter v KLM - 132 FSupp 611.

<sup>54</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 21.

<sup>55</sup> US CA 2nd Cir., 27. 3. 1990 - Buonocore v TWA - 900 F.2 d 8, Nr. 14, 15; *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 21.

<sup>56</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 21; *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 58; *Akkurt, S.S.*, sh. 221-222.

<sup>57</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 21; Aksi görüş için bkz. *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 62.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Taşıyıcının sorumluluğu, yolculuk “*iniş*” işlemlerini gerçekleştirdiği zamanı da kapsamaktadır. İniş işlemlerinin bitmesiyle de, taşıyıcının sorumluluk alanı sona erecektir. Bir görüşe göre, yolcunun terminal binasına girmesi ile iniş işlemleri sona erecektir. Dolayısıyla, terminale otobüsle giderken gerçekleşen cismani zararlar veya körük yolu üzerinde gerçekleşen cismani zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu olacaktır. Buna karşılık, bu görüşe göre, terminal binası içerisinde bagaj alımı alanına giderken veya gümrük alanında gerçekleşen zararlardan taşıyıcı sorumlu değildir<sup>58</sup>. Bir Alman mahkemesi kararına göre<sup>59</sup>, uçaktan indikten sonra pisteki buzlanmadan dolayı ayağı kayarak yaralanan yolcuya karşı hava terminali işletici sorumlu olup hava yolu taşıyıcısı sorumlu değildir. Zira pistin buzlanması halinde buzlanmayı giderme yükümü hava yolu ile taşıyıcısına değil; hava terminali işletmecisine ait bir yükümlülüktür. Doktrinde bu karar haklı olarak eleştirilmiştir<sup>60</sup>. Aynı eleştiriler Montreal Konvansiyonu açısından da geçerlidir. Zira Montreal Konvansiyonu, uçağa iniş ve iniş işlemlerini geniş anlamaktadır. Yolcunun terminal binasından uçağa veya uçaktan terminal binasına götürmek hava yolu taşıyıcısının taşıma sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüdür. Dolayısıyla, bu işlemleri yer hizmetlerini sağlayan işletmenin gerçekleştirilmesi halinde söz konusu işletme, hava yolu taşıyıcısının yardımcı şahsı olarak hizmet etmektedir. Taşıyıcının taşıma işinin ifasında görev alan taşıyıcının maiyetinde bulunan ona hizmet aktiyle bağlı olarak emir ve talimatı altında çalışan kişiler dışındaki taşıyıcının bağımsız olarak hizmetinden yararlandığı kişiler de taşıyıcının yardımcı şahsı sayılır<sup>61</sup>.

*Martinez Hernandez v Air France* kararında, pasaport kontrolünden geçtikten sonra bagaj teslim alanında beklerken gerçekleşen terör saldırısından dolayı yolcunun cismani zarara

<sup>58</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 64.

<sup>59</sup> OLG Köln, 9. 1. 1997 – 7 U 106/96– TranspR 1997, sh. 234.

<sup>60</sup> Schmid, R.: Anmerkung zum Urteil des OLG Köln, vom 9.1.1997, Az.: 7 U 106/96, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1998, (Heft 4), sh.. 158

<sup>61</sup> *Akkurt, S.S.*, sh. 259.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

uğramasından taşıyıcı sorumlu tutulmamıştır.<sup>62</sup> Buna karşılık doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iniş işlemleri taşıma sözleşmesine göre tespit edilmesi gerekir. Şu halde, bagaj taşınması, yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan bir yan edim yükümlülüğüdür. Yolcunun teslim ettiği bagajı teslim alması, hava yolu ile taşımacılığın yapısı itibariyle taşıyıcının egemenlik alanından gerçekleştirilen bir faaliyettir. Bu bakımdan bagaj teslim faaliyeti iniş işlemlerinin son safhasını teşkil eder. Kayıtlı bagajın tesliminden sonra da yolcu taşıyıcının egemenlik alanı dışına çıkar<sup>63</sup>. Başka bir görüş ise, bagajın teslim alanına giderken gerçekleşen zararlardan dolayı taşıyıcıyı sorumlu tutarken<sup>64</sup>, bagaj teslim alanında beklerken gerçekleşen zararlardan dolayı sorumluluğu kabul etmemektedir<sup>65</sup>. *Schmid*'e göre ise, yolcu terminal binasına girdikten sonra taşıyıcının sorumluluğu sona erer; dolayısıyla bagajı teslim almaya giderken gerçekleşen zararlardan dolayı taşıyıcı sorumlu değildir. Bagaj teslim alanına girdikten sonra bagajı teslim aldığı süreye kadar bu alanda beklediği süre zarfından her ne kadar tekrar taşıyıcının muhafaza ve gözetimi altına girse ve iniş işlemlerine dahil sayılabilirse de bu alanda yolcu hava yolu ile taşımacılığının tipik tehlikelerine maruz kalmadığından, bagaj teslim salonundaki bekleme taşıyıcının Montreal Sözleşmesi uyarınca sorumlu olduğu zaman dilimine girmeyecektir<sup>66</sup>.

Uçuş, güvenlik, teknik veya işletmesel sebeplerden dolayı kesintiye uğrarsa, örneğin, yolcular uçağın yakıt alımı sebebiyle uçağı terketmek zorunda kalırsa (transit duraklama) transit lounge'ta, yolcunun serbestçe dışarı çıkamayacağı, anons halinde sadece uçağı doğru terkedebileceği alanda anons yapıncaya kadar durmak zorundadır. İşte uçuşun bu şekilde kesintiye uğ-

---

<sup>62</sup> US CA 1st Cir., 19. 11. 1976 - Martinez Hernandez v Air France - 545 F.2 d 279, Nr. 9. Aynı görüş: *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 22.

<sup>63</sup> *Akkurt, S.S.*, sh. 225; Bozkurt Bozabalı, B., sh. 156-157.

<sup>64</sup> US CA 2nd Cir., 17. 4. 1995 - Stagl v Delta Airlines - 24 Avi 18.475.

<sup>65</sup> US CA 1st Cir., 19. 11. 1976 - Martinez Hernandez v Air France - 545 F.2 d 279, Nr. 9. Aynı görüş: *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 22.

<sup>66</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65.

raması esnasında yolcu tamamen taşıyıcının muhafaza ve gözetimi altına girer<sup>67</sup>. Transit süresi, bu durumda taşımanın zorunlu bir parçasını teşkil eder ve Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi kapsamında taşıyıcının sorumlu olduğu zaman dilimine dahil sayılır. Buna karşılık transfer duraklamada, yolcu, nihai hava limanına getirecek uçağın bulunduğu hava limanına başka bir uçak tarafından getirilmektedir. Bağlantı uçağına binmek üzere terminale girişi yapmaktadır. Montreal Konvansiyonu'nun 1'nci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, uluslararası taşımalarda havayolu taşıyıcısının değiştirilmesi halinde dahi yeknesak bir taşıma kabul edilse bile, bağlantı uçağına binmek için geçirilen süre, hava taşıyıcısının sorumlu olduğu zaman dilimine dahil değildir. Terminale girişten bağlantı uçağına biniş işlemleri başlayıncıya kadar (boarding anonsu yapılıp biniş kartları kontrol edilinceye kadar) geçen süre gerçekleşen zararlar, ne ilk taşıyıcının ne de bağlantılı uçuşu gerçekleştirecek ikinci taşıyıcının sorumluluk alanına girmektedir. Çünkü bu zaman diliminde yolcu tamamen hareket serbestisi kazanmaktadır<sup>68</sup>.

### IV. İlliyet Bağı

Somut olayda cismani zarar, Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin 1'inci fıkrası anlamında bir kazadan ileri gelmelidir. İlliyet bağı ile ilgili olarak hangi ilkelerin geçerli olacağı sorunu Konvansiyon'da çözüme bağlanmamıştır. Bu nedenle, sorununun taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk açısından çözüme kavuşturulması gerekir<sup>69</sup>. Türk hukukunun uygulanacağı durumlarda uygun illiyet bağı teorisi esas alınmalıdır<sup>70</sup>. Doktrinde hakim olan görüşe göre, kazanın havacılığa özgü

<sup>67</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65; *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 23.

<sup>68</sup> *Giemulla, E./Schmidt, R.*: Montrealer Übereinkommen, Art. 17 MÜ Rdnr. 65; *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 23.

<sup>69</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 28a.

<sup>70</sup> İsviçre hukuku açısından bkz. *Schneider, L.*: Haftung und Haftungsbeschränkung bei Personenschäden im internationalen Lufttransport, Diss Basel 1998, sh. 126.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

risklerden kaynaklanması gerekir. Başka bir anlatımla, hava yolu taşıyıcısı havacılığa özgü tehlikelerden sorumlu olabilmesi için zararın sebebi ile hava aracının işletilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Buna karşılık, benzer bir şekilde hayatın diğer alanlarında meydana gelebilecek rizikolardan sorumlu değildir. Hava yolu taşıyıcısı genel bir riziko taşıyıcısı konumuna getirilmemelidir<sup>71</sup>. Dolayısıyla bu görüş uyarınca, hostesin dikkatsizliği sonucu yolcunun üzerine sıcak kahve dökülmesi halinde, havacılığa özgü tehlike olmadığından Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanı sorumlu kılmayacaktır<sup>72</sup>.

Yarg. 11. HD., 29/05/2014 tarih ve E. : 2014/1887 K.: 2014/10058 sayılı kararında, ilk derece mahkemesinin kararını onarken benzer düşünceden hareket ettiği her ne kadar “davalılar ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı” şeklinde yanlış ifade kullanmış olsa da söylenebilir<sup>73</sup>:

*“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm kanıtlara göre, 01/03/2002 tarihinde davalılardan Pegasus Hava Taşımacılığı A.Ş'.ne ait PGT-752 sefer sayılı uçağın 01/03/2002 tarihinde İzmir Adnan Menderes Havaalanı'na iniş yaptığı esnada yolculardan birinin bavulunu davacının başına düşürmesi nedeni ile davacının yaralandığı anlaşılmış ise de, davalılar ile meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağının bulunmadığı, Varşova Konvansiyonu ve işbu Konvansiyon hükümlerinde değişiklik öngören 4 nolu Montreal Protokolü'nün 21. maddesine göre davalıların zarardan sorumlu tutulamayacağı gibi kendilerine husumet de yöneltilemeyeceği, Konvansiyonun ayrıcalıklı bir kanun hükmünde olması nedeni ile genel-özel hüküm olarak öncelikle uygulama alanına sahip olduğu, Konvansiyon hükümleri arasında manevi tazminata dair bir düzenlemeye yer verilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.*

<sup>71</sup> *Schneider*, L., sh. 126.

<sup>72</sup> LG Düsseldorf, Urt v 31. 1. 2003 – 22S 266/03 – RRa 2003, sh. 172, 173; Aksi görüş: LG Frankfurt 16. 12. 2005 – 2-01 S 182/01 – NJW-RR 2006, sh.704.

<sup>73</sup> Karar yayınlanmamıştır. Karar için sayın hakim Döndü Deniz Bilir hanımefendiye teşekkür ederim.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.*

*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*

*SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA,....”.*

Belirtelim ki, doktrinde baş üstü dolapların durumu ve yerin dar olması nedeniyle başüstü dolaplardan bagaj gibi nesnelerin düşmesinin havacılığa özgü bir risk olduğu, dolayısıyla illiyet bağının kabul edilmesi gerektiği; bagajın düşmesine başka bir yolcunun sebebiyet vermesi halinde havayolu taşıyıcısının söz konusu yolcuya rücu hakkının bulunduğu savunulmaktadır<sup>74</sup>.

Hakim görüşün kabul edilmesi halinde, Montreal Konvansiyonun getirdiği sorumluluk normları, özellikle taşıyanın somut olayda havacılığa özgü bir riskin değil de salt organizasyona yönelik hükmedilebilen bir riziko olduğunu ispatlaması halinde etkin olmayan konuma düşmesine neden olur. Başka taşıma araçlarında rastlanılmayan sırf havacılığa özgü olaylar neredeyse hemen hemen hiç yok gibidir. Yürüme yolunda veya piste otobüse binerken buzlanma nedeniyle düşen yolcuya karşı, bu risklerin havacılığa özgü bir risk olmadığı; diğer taşıma araçlarında da benzer şekilde olayların gerçekleşebileceğinden bahisle taşımacının sorumlu tutulmaması mümkün olacaktır<sup>75</sup>. Havacılığa özgü illiyet bağı arayan görüşün savunduğu, havayolu taşıyıcısının müşterisini genel hayat rizikosundan kurtararak bu rizikoları taşıyıcıya yıkmamanın Montreal Konvansiyonu'nun sorumluluk hükümlerinin

<sup>74</sup> *Mühlbauer, T.:* Geigel, Haftpflichtprozess, 26 Aufl., München 2011, Kap. 29 Rdnr. 55.

<sup>75</sup> *Schönwerth, E.:* Noch einmal: Zur luftfahrttypischen Kausalität, Zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, TranspR 1997, 150, TranspR 1997, sh. 415.

anlamıyla bağdaşmayacağı yönündeki görüş haklıdır. Ancak, bu hedefe ulaşmak için havacılığa özgü illiyet aramak yerine Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesini normunu koruma amacı öğretisi kapsamında sınırlandırmaya çalışmak daha uygun olur<sup>76</sup>. Bu bağlamda değerlendirme yapılırken, somut olaydaki vakianın taşıyanın sorumluluğunu ortadan kaldıran havayolu ile yolculuk dışında başka bir vesile ile gerçekleşebilecek olup olmadığını sormamak gerekir<sup>77</sup>. Hükmün koruma amacından hareketle, taşıyanın sorumluluğunu, yalnızca, havacılıkla tamamen bağlantısı olmayan olayların gerçekleşmesi halinde reddetmek gerekir. İnceleme somut olayın özelliklerine bağlı olarak yapılmalıdır. Buna göre, yolcunun midesinin bulanması üzerine hostesin buz torbasını yolcunun yanağına koyması üzerine yolcunun üçüncü derecede donma nedeniyle uğradığı zarar, hostesin yanlış bir tedavi uygulamasıdır. Mide bulantısı üzerine yanağa buz torbasının konulması suretiyle tedaviyi kabul edip etmemek ve bu torbayı zamanında yanağından uzaklaştırmak tamamen yolcunun sorumluluğuna giren bir hadisedir. Dolayısıyla Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesi uyarınca taşıyanın sorumluluğuna gitmek mümkün değildir<sup>78</sup>. İdari makamların talimatları gereği uçağa haşare spreyinin sıkılması sonucu yolcunun alerjik reaksiyon göstermesi hadisesinde, yolcunun alerjik reaksiyonu olağan dışı istisnai bir durum ve bu yüzden önceden öngörülebilir değilse, taşıyanın sorumluluğu aynı şekilde reddedilmelidir<sup>79</sup>. Buna karşılık, yolcunun uçaktaki yer halısının yukarıya kıvrılması sonucu takılarak düşmesi halinde, bu olay öngörülemez değildir ve taşıyanın muhafaza ve gözetim yükümü kapsamında yolcunun zarara uğramamasını sağlamak zorunda olacağından sorumlu tutulacaktır<sup>80</sup>. Uçağa geçiş kapısının önündeki ıslak-

<sup>76</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27.

<sup>77</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27.

<sup>78</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; LG Düsseldorf, 4. 4. 1990 - 23 S 429/89 - TranspR 1992, sh. 29, sh. 30.

<sup>79</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; OLG Frankfurt a. M., 13. 2. 1997 - 16 U 99/96 - TranspR 1998 362 - 364 = RRA 1997 139; US DC, 4. 6. 1990 - Kleiner v Qantas - 22Avi 18.179.

<sup>80</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27. Hava trafiği ile bir bağlantısı olmadığını

lık nedeniyle düşme tehlikesi, tamamen genel hayat tehlikesi olup Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin koruma amacına girmez<sup>81</sup>. Keza, ayağa kalkan yolcunun yerde bulunan folyeye basarak kayması nedeniyle uğradığı zarardan da, söz konusu kaza Montreal Konvansiyonu'nun 17'nci maddesinin koruma amacına girmediğinden taşıyan sorumlu değildir<sup>82</sup>.

### C- AKDİ SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASI VE ÖN ÖDEME

Montreal Konvansiyonu'nda taşıyıcının sorumluluğu, zarar miktarı dikkate alınarak iki kademeli sorumluluk rejimi halinde düzenlenmiştir. Konvansiyon'un 21'inci maddesine göre, taşıyıcı, her bir yolcunun ölümü veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde zarar miktarı 113. 100 SDR'yi aşmayan zararlar karşısında kusurdan bağımsız olarak sorumlu kılınmıştır. Taşıyanın sorumluluğu kusurdan bağımsız bir sorumluluktur. Zararın 113.100 SDR'ye kadar olan kısmı için sadece zarar görenin kendi kusuru, taşıyıcının sorumluluğunu tamamen veya kısmen kaldıracaktır (MK m. 20). Maddede öngörülen 113.100 SDR her bir yolcuya toptan ödenecek miktarı ifade etmez; sadece sorumluluğun azami miktarını gösterir. MK m. 20/3'den açıkça anlaşılacağı üzere, talepte bulunan her somut olayda zararının miktarını ispat etmek zorundadır<sup>83</sup>.

Konvansiyon'un 21'nci maddesinin 2'nci fıkrası, cismani zarar miktarının 113.000 SDR'yi aşması halinde *kusur karinesine dayanan bir sorumluluk* öngörmektedir<sup>84</sup>. Belirtelim ki, meydana gelen zararlar ilgili kendisinin bir kusurunun bulunmadığını

---

dan sorumluluğu reddeden aksi görüş için bkz. AG Frankfurt a. M., 4. 12. 1990 -31 C 189/90-78 - TranspR 1992, sh. 30.

<sup>81</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; OLG München, 4. 4. 2000 - 18 U 4736/99 - RRa 2003 sh. 269, sh. 270.

<sup>82</sup> *Fabian, R.*: Art. 17 MÜ Rdnr. 27; KG, 4. 7. 2008 - 3 U 17/07 - RRa 2009 sh.93, sh. 94.

<sup>83</sup> Bkz. *Fabian, R.*: Art. 21 MÜ Rdnr. 5 ve 6.

<sup>84</sup> Ruhwedel, E.; Das Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. 5. 1999, TranspR 2001, sh. 194.

ispat eden taşıyan sorumluluktan tamamen kurtulmamakta; sorumluluğunu 1'nci fıkrada öngörülen azami miktarla sınırlama imkanını kazanmaktadır. Söz konusu hükme göre, ölüm ya da yaralanma şeklinde tezahür eden zararın 113.100 SDR'yi aşması halinde taşıyıcı, söz konusu zararın **a)** kendisinin veya adamlarının ihmali veya yanlış fiili neticesi meydana gelmediğini ispatlarsa veya **b)** sadece üçüncü kişinin kusuru, ihmali veya yanlış fiili ile meydana geldiğini ispatlarsa sorumluluğunun azami miktarını 1'nci fıkrada öngörülen miktarla sınırlandırma imkanına sahip olur; yoksa sorumluluğu tamamen ortadan kalkmamaktadır. Hükümde öngörülen alternatif sorumluluktan kurtulma hallerinin varlığını ispat edemezse, zararın tamamını karşılamak zorunda kalacaktır.

Montreal Konvansiyonu'nun 26'ncı maddesi getirilen emredici düzenleme uyarınca, havayolu taşıyıcısının sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran veya Konvansiyon'da öngörülen azami sorumluluk miktarını aşağıya çeken her anlaşma geçersizdir. Belirtelim ki geçersizlik taşıma sözleşmesinin tamamına ilişkin değildir; sadece Montreal Konvansiyonu'nun 16'ncı maddesine aykırı olan hükümler geçersiz sayılır. Bu durumda, geçersiz anlaşma yerine Montreal Konvansiyonu düzenlemeleri geçerli olur<sup>85</sup>.

Montreal Konvansiyonu'nun 28'nci maddesi yolcunun uçak kazası sonucu ölmesi veya bedensel bütünlüğünün ihlali halinde ön ödeme yükümlülüğünü maddi hukuk olarak düzenlememekte; sadece âkit devletlere milli hukuklarında ön ödeme yükümlülüğünü getirme yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla milli hukukta ön ödeme yükümlülüğü getirilmemişse, Konvansiyonu'nun 28'nci maddesinin bir etkisi olmayacaktır. Ön ödeme için öngörülen "uçak kazası" tabiri, Konvansiyon'un 17'nci maddesinde öngörülen "kaza" tabirinden daha dar bir kavramdır. Örneğin, baş üstü dolaptan bagaj düşmesi sonucu yolcunun yaralanması veya ölmesi 17'nci madde anlamında kaza olarak nitelendirilebilecekken, 28'nci madde anlamında

<sup>85</sup> *Fabian, R.*: Art. 26 MÜ Rdnr. 11; Ortaç, N.O., sh.104.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

uçak kazası değildir<sup>86</sup>. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 76'ncı maddesinde ön ödeme (geçici ödeme) yükümlülüğü düzenlenmiştir. Geçici ödemeler, her ne kadar haksız fiillere ilişkin hükümler arasında yer alsada yalnızca haksız fiilden doğan zararların tazmininde gündeme gelmez. TBK. m. 114/II hükmü gereğince TBK. m. 76 kıyasen hukuki işlemlere, sözleşmelere de uygulanacak ve geçici ödeme talebi mümkün olacaktır<sup>87</sup>.

### KAYNAKÇA

- Akkurt, S.S.:** Türk Sivil havacılık Mevzuatı ve Uluslararası Konvansiyonlar Kapsamında Sivil Havayolu İle Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorunlar, Ankara 2014
- Antalya, G.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi : "Geçici Ödeme", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı - 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, İzmir 2013, sh.185 vd.
- Bozkurt Bozabalı, B.:** Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013
- Fabian, R.:** Montrealer Übereinkommen, Kommentar 2. Aufl., Berlin/Boston 2011
- Giemulla, E./Schmidt, R.:** Montrealer Übereinkommen, Internationales Lufttransportrecht, Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Köln 2009

---

<sup>86</sup> *Fabian, R.:* Art. 28 MÜ Rdnr. 5; aksi görüş için bkz. *Giemulla, E./Schmidt, R.:* Montrealer Übereinkommen, Art. 28 MÜ Rdnr. 7.

<sup>87</sup> *Antalya, G.:* 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi : "Geçici Ödeme", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı - 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, İzmir 2013, sh. 192; *Kılıçoğlu, Ahmet M., "Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, sh. 176-177; sh. 181.*



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Kılıçoğlu, Ahmet M.*, "Haksız Fiilde Mütessesil Sorumluluk ve Geçiđ Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, sh.163 vd.
- Kilian, M.*: Die Haftung des Luftfrachtführers für schadensverursachende Passagiere, *TransportR* 2003, Heft 5, sh. 177 vd.
- Margo, R.D./Hobe, S./v. Ruckteschell, N.*: Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. III, Köln 2010
- Mühlbauer, T.*: Geigel Haftpflichtprozess, 26 Aufl., München 2011
- Ortaç, N.O.*: Havayolu İle Taşınan Yolcuların Ölümünden veya Bedensel Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Akdi Sorumluluk, Ankara 2014
- Ruhwedel, E.*; Das Montrealer Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 28. 5. 1999, *TranspR* 2001, sh. 189 vd.
- Schmid, R.*: Anmerkung zum Urteil des OLG Köln, vom 9.1.1997, Az.: 7 U 106/96,  
Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 1998, (Heft 4), sh.. 158.
- Schneider, L.*: Haftung und Haftungsbeschränkung bei Personenschäden im internationalen Lufttransport, Diss Basel 1998
- Schneider, P.*: Die Haftung des Luftfrachtführers bei Flugzeugentführungen und sonstigen kriminellen Angriffen auf Luftverkehr, *ZLW* 1989, sh. 220 vd.
- Schönwerth, E.*: Noch einmal: Zur luftfahrttypischen Kausalität, Zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, *TranspR* 1997, 150, *TranspR* 1997, sh. 414 vd.
- Sözer, B.*: Havayolu İle yapılan Taşımalarda Yolcunun maruz Kaldığı Zararlardan Doğan Manevi Tazminat talepleri, Hava Taşıma Hukuku Sempozyumu, Fatih Üniversitesi, İstanbul 2012,sh.91 vd.



# TRAFİK KAZASINDA ÖLEN DESTEĞİN KUSURUNUN SİGORTA ŞİRKETİNİN SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

*Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT*

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

***Hukuki Sorun;*** KTK çerçevesinde motorlu bir aracın sebep olduğu-karıştığı bir trafik kazasında araç sürücüsünün ölümünün gerçekleştiği bir durumda; ölen araç sürücüsünün (yani destek) ölümü sebebiyle desteğinden yararlanan kişilerin sigorta şirketinden tazminat talep etmesinin mümkün olup olmadığı ve sürücünün-desteğin kusurunun sigorta şirketinin bu sorumluluğuna etkisinin bulunup bulunmadığıdır

Bu hukuki sorunun çözümü açısından öncelikle sigorta şirketinin sorumluluğunun hukuki dayanağının belirlenmesi ve bu çerçevede soruna çözüm aranması gerekir.

## **1- Sigorta Şirketinin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı**

Sigorta şirketinin sorumluluğunun hukuki dayanağını Sigorta Sözleşmesi (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) oluşturmaktadır.

***Sigorta sözleşmesi,*** sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi yükümlendiği sözleşme olarak (TTK. m.1401) tanımlanmaktadır<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sigorta sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

TTK m.1409/1 uyarınca sigortacı, sözleşmede öngörülen rizikonun gerçekleşmesinden doğan zarardan veya bedelden sorumludur. Dolayısıyla  *tarafların sözleşmede kararlaştırdığı ve sözleşmenin konusu haline getirdiği bir olayın (riziko konusu olay) gerçekleştiği durumlarda sigorta şirketinin tazminat sorumluluğu doğacaktır.*

KTK m.91 uyarınca *işletenlerin*, KTK. m.85/1’de öngörülen sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere *mali sorumluluk sigortası yaptırımları zorunludur.*

Bu durumda işleten ile sigorta şirketi arasında kanuni zorunluluk gereğince bir sigorta sözleşmesi yapılmaktadır.

*Sigorta şirketi*, sigorta ettiren durumunda olan işleten ile yapmış olduğu sözleşme uyarınca, *sözleşmede açıkça kararlaştırılan veya kanundaki düzenleme sebebiyle sözleşmenin içeriği haline gelen bir rizikonun gerçekleştiği durumlarda* zarara uğrayan kişinin zararını karşılamakla yükümlüdür.

### 2- Sigorta Sözleşmesinin İçeriğinin Belirlenmesi

Sigorta şirketinin *sorumluluğun doğup doğmadığı, riziko konusu olayın sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı ile ilgilidir.* Dolayısıyla bu noktada sözleşmenin içeriğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır.

*Sözleşmenin içeriği, somut sözleşme ilişkisi bakımından geçerli olan normların tümüdür<sup>2</sup>.* Sözleşmenin içeriğini oluşturan geçerli normların

---

**Kender** Rayegan, Türkiye’de Hüsusi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi- Sigorta Sözleşmesi, 7. Bası, İstanbul 2001 s. 111 vd.

<sup>2</sup> Sözleşme içeriği konusunda bkz. Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 176-177; Jäggi Peter/ Gauch, Peter, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980, Art. 18 OR, N. 271; **Eren** Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2014, s. 297 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- *Birincisini, sözleşme özgürlüğünden hareketle* tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları ile meydana getirdikleri sözleşme hükümleri oluşturur.
- *İkincisini ise kanun hükümleri* oluşturur. Zira taraflarca öngörülen normların yanı sıra genel ve soyut nitelikteki kanuni düzenlemeler de, somut sözleşme ilişkisine uygulandığı ölçüde sözleşmenin içeriği olarak kabul edilir.
- *Ayrıca* somut sözleşmedeki uyuşmazlığa ilişkin olarak tamamlayıcı nitelikteki örf-adet hukuku ve hukuk boşluğunun bulunması durumunda *hâkimin hukuk yaratmak suretiyle yaptığı düzenlemeleri* de TMK. m.1 gereğince sözleşmenin içeriğini oluşturan geçerli diğer normlar arasında saymak mümkündür.

Bu bilgiler çerçevesinde taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinin içeriğini; taraflarca sözleşmede ve ekinde kararlaştırılan hususların yanı sıra kanun hükümleri ve TMK. m.1 hükmü çerçevesinde hâkimin hukuk yaratmak suretiyle yaptığı düzenlemelerin oluşturduğu söylenebilir.

Taraflar arasında yapılan sigorta sözleşmesi, bir “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KZMSS)” sözleşmesidir<sup>3</sup>. Söz konusu sigorta türü, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) m.91’de düzenlenmiştir.

KTK. m.91/1 uyarınca, “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur...”

<sup>3</sup> Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KZMSS) sözleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Ulaş İşıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2010, s. 808 vd.; Aşçıoğlu Çetin, Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları, Ankara 2012, s.166 vd.; Yılmaz Zekeriya, Karayolları Trafik Kanunu, Karayolu Taşıma Kanunu ve Sigortacılık Kanunu Hükümlerine Göre Trafik Kazaları Ve Taşımacılıktan Doğan Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta Ve Rücû Davaları, Ankara 2004, s. 959 vd.;

KZMSS sözleşmesi, *işletenlerin KTK. m.85/1'deki sorumluluklarının karşılanması amacıyla yapıldığına göre sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi, işletenlerin KTK. m.85/1'deki sorumluluklarının tespiti ile mümkün olacaktır.*

### 3- Karayolları Trafik Kanunu m.85 Uyarınca İşletenin Sorumluluğu

ZMSS sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesi, KTK. m.85/1'deki sorumluluğun incelenmesi ile mümkün olabilir.

KTK. m.85/1'de "*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimse- nin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, ... motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar...*" hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm uyarınca sorumluluktan bahsedebilmek için belirli *şartların* gerçekleşmesi gerekir;

- Bir *motorlu aracın* bulunması ve *işletilmesi*,
- Motorlu aracı *işleteninin bulunması*,
- Aracın işletilmesi nedeni ile bir *zarar doğması* ve
- Zarar ile fiil arasında *uygun illiyet bağının bulunması*
- *Kusur aranmamaktadır; zira kusursuz sorumluluk hali.*

*İşleten kavramı*, araçla mülkiyet ilişkisi içinde olanları da kapsayan bir *üst kavramdır*. Bu kavrama öncelikle *motorlu aracın sahibi* girer. Araç sahibinin yanı sıra *uzun süreli kiracı, ariyet alan*, mülkiyeti saklı tutma kaydı ile satın alan alıcı, *rehin alan, yolcu taşımacılığı yapan firmalar* işleten kabul edilmektedir<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> İşleten kavramı için bkz. Eren Fikret, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, Ankara, 1982-1987, s.175 vd.; Aşçıoğlu, s.43 vd.; Yılmaz, s. 47 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 679 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sorumluluktan söz edebilmek için zararın bulunması gerekir. Bu *zarar*, bir kimsenin *ölmesi* veya *yaralanması*, bir eşyanın *zarara uğraması*, *kullanılamaz hale gelmesi* veya *hasara uğraması* şeklinde olabilir.

**KTk. m.85'de kabul edilen sorumluluk, tehlike esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk halidir.** Sorumluluk, kusura dayanmadığı için işletenle araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi veya eylemlerinden sorumlu oldukları kimseler, hiçbir kusuru bulunmasalar bile ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktırlar<sup>5</sup>.

**Tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde kural olarak kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı yoktur.** Dolayısıyla özen sorumluluğuna dayanan kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi gerekli dikkat özeni gösterdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmek mümkün olmayacaktır. Bu tür bir sorumluluktan kurtulabilmek açısından **ancak illiyet bağını kesen nedenlerin ispatı suretiyle işleten sorumluluktan kurtulabilir.**

Nitekim buna ilişkin olarak KTK. m.86/1'de bir düzenleme bulunmaktadır.

Bu hüküm uyarınca; **“İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur”.** Buna göre işleten, mücbir sebebin, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru sebebi ile illiyet bağının kesildiğini ispat edebilirse sorumluluktan kurtulabilecektir.

<sup>5</sup> İşletenin sorumluluğu konusunda bkz. Yılmaz, s. 31 vd.; Yılmaz, Hamdi, Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s.107 vd.; Kılıçoğlu Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012, s.376 vd.; Aşcıoğlu, s.80 vd.; Eren, AÜHFD, s.166 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 673 vd.

*Sonuç olarak KTK. m.85 hükmü uyarınca bir motorlu aracın işletilmesi sırasında ve aracın işletilmesi nedeni ile bir kimsenin ölmesi halinde işleyen, ölen kişinin desteğinden yararlananlara karşı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı) tehlike esasına dayanan ve kurtuluş kanıtı getirebilme olanağı bulunmayan bir kusursuz sorumluluk hali uyarınca sorumludur.*

#### 4- Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Şartları ve Kapsamı

*Destekten yoksun kalma zararı, hukuka aykırı bir fiil sonucunda desteğin ölmesiyle birlikte, destekten halihazırda yararlanan veya ileride muhtemel olarak yararlanacak kişinin bu destekten mahrum kalmasıdır<sup>6</sup>. (TBK. m.53/b.3)*

Bu şekilde destekten yoksun kalan kimselerin, desteğin ölümü sebebiyle ortaya çıkan zararlarını karşılamak amacıyla TBK. m.53/b.3’de ölüm halinde uğranılan bir zarar türü olarak “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar” düzenlenmiştir.

Burada *dikkat çekilmesi gereken nokta zarar kalemidir. Destekten yoksun kalma tazminatında zarar, bizzat ölümün kendisi değildir, ölüm sebebiyle doğan olumsuz ekonomik sonuçlardır.* Dolayısıyla desteğin ölümü, sadece zararlı sonucun sebebinin oluşturmaktadır. Destek kaybından doğan zararın, niteliği itibarıyla dolaylı ve maddi bir zarar olduğu kabul edilir. Dolaylı bir zarar olmasına rağmen TBK. m.53/b.3, uğranılan zararın tazmini hususunda özel bir hükümle bir talep hakkı tanımıştır. Ayrıca buradaki *zarar, ölüm nedeniyle, ölenin değil ölenin desteğinden yoksun kalanların şahsında doğan bir zarardır.*

Destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalan veya kalanların şahsında doğrudan doğruya doğan, *asli ve bağımsız bir talep hakkı olarak kabul edilir.*

<sup>6</sup> Destekten yoksun kalma tazminatı, şartları ve sonuçları konusunda bkz. Gökyayla Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, s. 89 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 751 vd.; Kılıçoğlu, s.407 vd.



*Buradaki hak, hısnımlıkla (nafaka hakkı) veya mirasçılıkla (miras hakkı) ilgili değildir.* Dolayısıyla buradaki tazminat hakkı, desteğin mirasçı olarak geride bıraktığı kişilere değil, destekten yoksun kalanlara aittir. Bu sebeple *ne desteğin ne de mirasçıların bu hak üzerinde tasarruf edebilme imkânı yoktur.*

TBK. m.53/b.3 hükmü uyarınca destekten yoksun kalma tazminatının talep edilebilmesi için aşağıdaki şartların bulunması gerekir.

- *Hukuka aykırı bir fiil ile desteğin ölümü,*
- *Bir zararın doğması,*
- *Hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağıının bulunması,*
- *Destek ilişkisinin bulunması gerekir.*

Şartları gerçekleştiğinde tazminat talebinde bulunacak kişiye “destekten yoksun kalan” denir. Bu bağlamda destek, tazminat isteğinde bulunan *kişiye fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan (fiili-gerçek destek)* veya ona *ilerde bakması kuvvetle muhtemel olan (farazi destek)* kimsedir. Yani burada bir başkasının geçimini kısmen veya tamamen sağlama söz konusudur.

*Destekten yoksun kalma tazminatının hesabında aşağıdaki hususların göz önünde bulundurulması gerekir;*

- *Ölenin yaşı ve ölmeseydi muhtemel yaşama süresi,*
- *Ölenin muhtemel çalışma süresi,*
- *Ölenin muhtemel çalışma süresi sonuna kadar gelirinden kendisine ayracağı miktar,*
- *Destekten yoksun kalan kişinin muhtemel yaşama süresi ve destek alabileceği süre*
- *Destekten yoksun kalanların sayısı ve her birine öleden düşen destek oranı,*

- *Destekten yoksun kalan kişi sağ kalan eş ise, bunun evlenme şansı*

Sonuç olarak destekten yoksun kalma tazminatı, bir kimse- nin, desteğinden yararlandığı (fiili veya farazi) kişinin ölümü sebebiyle kendi şahsında ortaya çıkan ve TBK. m.53/b.3 hükmü uyarınca doğrudan talep hakkı veren bir tazminat türüdür.

Destekten yoksun kalma tazminatının, kusursuz sorumluluk hallerinde de talep edilebileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim KTK'da da özel olarak düzenlenmiştir.

## 5- Sigorta Şirketinin Sorumluluğu ve Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Haller

Sigorta şirketinin sorumluluğu, açıklandığı üzere, sigorta sözleşmesine (Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) dayanmaktadır. Sorumluluğun kapsamı ise, işletenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen KTK. m.85 hükmü ile destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin TBK. m.53/b.3 hükmü çerçevesinde belirlenecektir.

Burada sözleşme tarafını oluşturan *sigorta şirketi*, sözleşmede içeriğinde yer alan *rizikonun gerçekleştiği durumlarda tazminat ödemekle yükümlü olacaktır*<sup>7</sup>.

Sigorta şirketinin tazminat **sorumluluğunu** bulunup bulunmadığı, **gerçekleşen rizikonun sözleşme kapsamında olup olmadığı** ile doğrudan ilgilidir.

İşte bu noktada *TTK. m.1409/2* hükmü büyük önemi haizdir. Zira söz konusu hükme göre " ...sözleşmede öngörülen rizikolardan herhangi birinin sigorta teminatı dışında kaldığını ispat yükü sigortacıya aittir". Dolayısıyla bu maddede, ispat yüküne ilişkin genel hüküm özelliği taşıyan *TMK. m.6 hükmündeki kuralın aksine bir düzenleme* bulunmaktadır. Bu durumda davalı sigorta şirketi, rizikonun sözleşme kapsamında yer almadığını iddia ediyorsa bunu ispatlamakla yükümlü olacaktır.

<sup>7</sup> Riziko konusunda bkz. Ulaş, s.854 vd.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sigorta şirketinin sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem taşıyan bir başka hüküm ise sigorta sözleşmelerini düzenleyen Sigortacılık Kanunu (SK.) m.11/4 hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca “... *Sigorta sözleşmelerinde kapsam dahiline alınmış olan riskler haricinde, kapsam dışı bırakılmış riskler açıkça belirtilir. Belirtilmemiş olan riskler teminat kapsamında sayılır...*”.

Buna göre kanun koyucu, *riziko ile doğrudan ilgili olan hususların teminat kapsamında olduğu belirtmekle sigorta sözleşmesinin içeriğine dahil olduğu kabul etmekte ve tarafların bu hususun aksini kararlaştırabileceklerini öngörmektedir.* Şayet taraflar aksini belirlememişlerse (veya kanunda aksine düzenleme yoksa) kapsam içi kabul edilecek rizikolar karşısında sigorta şirketinin sorumluluğu doğacaktır<sup>8</sup>.

Bu aşamada *kapsam dışında kalan rizikoların ve dolayısıyla sorumluluğu ortadan kaldıracak hallerin sözleşmede veya sözleşmenin içeriği haline gelen bir düzenlemede yer alıp almadığı önem taşır.*

KZMSS kapsamı dışında kalan hallere ilişkin olarak KTK. m.92’de açık bir düzenleme bulunmaktadır.

**Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:**

**Madde 92** – *Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.*

- a) *İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,*
- b) *İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar (eşya zararı) nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,*

---

<sup>8</sup> Bkz. **Yılmaz Z.**, s.975 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,
- d) Bu Kanununun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,
- e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,
- f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

**KTk. m.92' de belirtilen hususlar, sigorta teminatı kapsamı dışında yer almakta ve bu durumlarda sigorta şirketinin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır<sup>9</sup>.**

KTk. m.92' de yer alan düzenlemeler arasında *araç sürücüsünün ölümü sebebi ile desteğinden yoksun kalanların isteyebileceği tazminatların kapsam dışı olduğuna dair bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir*. Dolayısıyla sürücünün desteğinden yoksun kalanların talep edeceği tazminatın sigorta sözleşmesinin kapsamı içinde yer aldığı söylenebilir.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 tarih ve 2011/17-142 E., 2011/411 K. sayılı ve yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.06.2012 tarih ve 2012-17/215 E., 2012/413 K. sayılı ilamlarında, *mali sorumluluk sigortası ile sigortalı araç sürücüsünün veya işletenin mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davasında, Kanunun kapsam dışılığını düzenleyen 92. maddesinde, araç şoförünün desteğinden yoksun kalanların bedensel zararlara ilişkin isteyebilecekleri tazminatların kapsam dışı olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmediği ve sürücünün desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi olduğu kabul edilerek zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir*.

<sup>9</sup> Bkz. Ulaş, s.860 vd.; Yılmaz Z., s.1036 vd.;

*Sonuç olarak, araç sürücüsünün ölümü sebebiyle desteğinden yoksun kalanların isteyebilecekleri tazminatlar, ZMSS sözleşmesinin kapsamı içinde yer almakta ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir hal de bulunmamaktadır.*

### 6-Desteğin Kusuru İlliyet Bağını Keser mi?

Sigorta şirketinin sorumluluğu, açıklandığı üzere, sigorta sözleşmesinin dayanmakta ve sorumluluğun kapsamı da işletenin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen KTK. m.85 hükmü çerçevesinde belirlenmektedir.

Açıklandığı üzere, *KTK. m.85'de kabul edilen sorumluluk, tehlike esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk hali ve kurtuluş kanıtı getirebilme imkânı yoktur. Ancak illiyet bağını kesen nedenlerin ispatı suretiyle işleten sorumluluktan kurtulabilir.*

#### İlliyet bağını kesen sebepler<sup>10</sup>

- Mücbir sebep,
- Zarar görenin ağır kusuru ve
- 3. kişinin ağır kusuru

Bu konuda, yani **işletenin sorumluluktan kurutulmasına ilişkin KTK. m.86'da** özel bir düzenleme yer almaktadır;

*İşletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, sorumluluktan kurtulması veya sorumluluğun azaltılması: (1)*

**Madde 86 - (Değişik: 17/10/1996 - 4199/29 md.)**

*İşleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru*

<sup>10</sup> İlliyet bağını kesen sebepler konusunda bkz. Eren Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 171 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 555 vd.; Kılıçoğlu, s. 299 vd.; Ulaş, s.831 vd.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*bulunmaksızın ve araçtaki bir bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın, kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.*

*Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir.*

Bu hususta dikkat çeken bir düzenleme de **KTK. m.85/son'da** yer almaktadır;

*Değişik: 17/10/1996 - 4199/28 md.) İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur.*

Bu bilgiler çerçevesinde "destek durumundaki sürücüsünün kusurunu", illiyet bağına kesen nedenler açısından değerlendirilecek olursak

- Mücbir sebep yoktur.
- Zarar görenin ağır kusuru yoktur; DYKT'da zarar gören kimdir? Destekten yoksun kalanlardır. Zira zarar, ölüm nedeniyle, ölenin değil ölenin desteğinden yoksun kalanların şahsında doğmaktadır. Burada asli ve bağımsız bir talep hakkı bulunmaktadır. Zarar gören durumundaki destekten yoksun olanların kusurundan bahsedilemeyeceğine göre illiyet bağının kesilmesinden de söz edilemez.
- 3. kişinin ağır kusuru; işletenin sorumluluğunun KTK. m.86 gereğince ortadan kalkması için, işletenin kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusurunun bulunmaması gerekiyor. Sürücü, işletenin eylemlerinden sorumlu kişi midir? EVET. Zira KTK m. 85/son gereğince işleten, aracın sürücüsünün kusurun-

dan kendi kusuru gibi sorumludur. Dolayısıyla sürücü bakımından KTK kapsamında 3. Kişinin kusurundan ve illiyet bağının kesilmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

### 6-Desteğin Kusuru Tazminattan İndirim Nedeni midir?

Sigorta şirketinin, işleten ile arasında varolan sözleşme uyarınca ortaya çıkan sorumluluğunun ve bu çerçevede ödemekle yükümlü olacağı tazminat miktarının, rizikonun doğmasına sebep olan **desteğin kusuru sebebiyle indirim tabi tutulup tutulmayacağına değerlendirilmesi gerekir**. Bu hususta doğrudan sigorta şirketine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından işletenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılmasına ilişkin hükümlere bakmak gerekir.

KTK. hükümleri uyarınca sorumlu olan işletenin ödemekle yükümlü olduğu tazminattan indirim yapılmasına ilişkin olarak KTK. m.86/2'de bir düzenleme bulunmaktadır.

Bu hüküm uyarınca; *“Sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi, kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilir”*.

Bu hüküm esas itibarıyla tazminatın belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin olarak TBK. m.51/1'de yer alan; *“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler”* ve ayrıca TBK. m.52/1'de yer alan, *“...Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir...”* hükmünün KTK. bakımından özel bir uygulamasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla zarar görenin, zararın ortaya çıkması bakımından kusurlu bir davranışının bulunduğu durumlarda bu kusurun varlığı, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak ve belirlenecek tazminattan indirim yoluna gidilecektir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Dikkate edilecek olursa söz konusu düzenlemede tazminatın indirime esas oluşturacak hususun *“zarar görenin kusuru”* olduğu görülecektir. Destekten yoksun kalma tazminatında *zarar gören veya zarara uğrayan desteğin kendisi değildir, destekten yararlanan kişidir.* Buradaki zarar, sürücünün ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte, sürücü üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılan bir zarardır. Böyle bir zararın, sürücünün kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan sürücünün zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. Sürücünün ölümü, zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmaktadır.

Ayrıca buradaki zarar, mirasçılarının salt bu sıfatla devraldıkları miraslarının uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir. Dolayısıyla destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin kendisi veya mirasçıları için değil, desteğinden yoksun kalanlar için söz konusu olup, bu tazminat, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının, desteğin ölümünden önceki düzeyde tutulması amacıyla yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminattır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.06.2012 tarih ve 2012-17/215 E., 2012/413 K. sayılı ilamında da bu husus açıkça ifade edilmektedir<sup>11</sup>;

*“...Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi doğrudan sürücünün veya onun sorumluluğunu üstlenen işletenin üzerinde doğup ondan mirasçılarına intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. .... destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan*

<sup>11</sup> İlgili karar için bkz. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (erişim tarihi; 04.05.2015).



*kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun bu hakka etkili olması da düşünülemez. ...Şu hale göre; sürücü murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamında teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır..."*

Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.06.2011 tarihli E.2011/17-142 K.2011/411 sayılı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2012 Tarihli E.2011/17-787 K.2012/92 Sayılı Kararları İle Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 05.06.2012 tarihli E.2011/11551 K.2012/7391 sayılı kararları da bulunmaktadır<sup>12</sup>.

Tüm bu açıklamalardan bağımsız olarak **TBK. m.55/1 hükmünü de burada zikretmekte fayda vardır.** Zira söz konusu düzenleme, "**Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz**" hükmünü içermektedir. Dolayısıyla destekten yoksun kalma zararlarının hesabında dikkate alınacak TBK hükümleri çerçevesinde hesaplanacak bir tazminattan hakkaniyet düşüncesiyle artırım yapılamayacağı gibi indirim de yapılamayacaktır.

Sonuç olarak açıklanan nedenlerle **desteğin -ki varsa- kusurlu bir davranışının bulunduğu durumlarda bu hususun, destekten yoksun kalan kişiye ödenecek tazminattan indirimine esas kabul edilebilmesi mümkün değildir.**

<sup>12</sup> İlgili kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi; 04.05.2015).

**Prof. Dr. KEMAL ŞENOCAK-** Teşekkür ederim Hocam. Şimdi Almanya'dan bir misafirimiz var. Almanya'da sigorta hukuku alanında uzman çok değerli bir arkadaşım, dostum Dr. Peter Reusch "*Alman Sigorta ve Taşımacılık Hukukunda Cismani Zararlar*"dan bahsedecek. Tabii bu konunun ucu bucağı yok, onun için kendisi spesifik bir konudan bahsedecek. Buyurun.

Peter Reusch'un prezantasyonu burada yok, onu yükleyeceğiz. Onu yüklerken Leyla Hanım tebliğ versin. 17. Hukuk Dairesi üyesi Leyla Elen Köksal Hanımefendi "*Bedensel Zararları Açısından 17. Hukuk Dairesinin Uygulamaları*"ndan bahsedecek. Ondan sonra Peter Reusch'u tebliğ için davet edeceğim, buyurun.

## BEDENSEL ZARARLARI AÇISINDAN 17. HUKUK DAİRESİNİN UYGULAMALARI

*Leyla Elen KÖKSAL*

*Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi*

Türkiye Barolar Birliği değerli yöneticileri-çok kıymetli meslektaşlarım, değerli akademisyenler, kıymetli dostlar ve çok değerli ve sevgili öğrenciler,

Barolar Birliği ve Friedrich-Alexander Üniversitesi ile Hacettepe Üniversitesinin tertip ettiği bu toplantıya hoşgeldiniz. Ben Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Üyesi Leyla Elen Köksal.

Hepinize saygı ve sevgilerimi sunarak konuşmama başlamak istiyorum.

Aslında sizinle karşılıklı ve somut olaylar üzerinden konuşmak isterdim. Bu toplantının konusu o kadar kapsamlı ki, konuşmaya nereden başlayıp nerede bitirebileceğimi, zamanımı dikkatli kullanıp kullanamayacağımı bilemediğim, bazı şeyleri eksik bırakabilirim düşüncesi ile sunumumu yazılı hazırlamanın daha uygun olacağını düşündüm.

Buradaki saygıdeğer hocalarımız irticalen konuşmaya her zaman hazır dırlar. Bu benim çok takdir ettiğim bir özellik. Fakat bizler, yani hakimler hepimizin bildiği klasik bir cümle vardır. “Hakimler, kararlarıyla konuşur” diye. Evet, bizler karar yazarken bin düşünür bir yazarız. Bunun dışında sürekli dinleriz. O nedenle hazırlığımı yazılı olarak yaptım. Beni hoşgöreceğinizi umuyorum.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ankara Adliyesinde uzun yıllar geçirdim, 6 yıldır Yargıtay'da görev yapıyorum.

2013 Nisan ayında Ankara Barosunun düzenlediği 3 gün süren "Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Esasları ve Usulü Kongresine" de Dairemizi temsil eden olarak katılmış ve uygulamalar konusunda bilgi vermişim.

Bu kez yine benzer konulu kongreye davet eden sevgili arkadaşım Av.Sema Güleç Uçakhan ve bu toplantıda emeği geçen tüm düzenleyicilere, yöneticilere konuşmama başlamadan teşekkürlerimi bildirmek isterim.

Yargıtay'da dosyalarla başbaşa ve çok yoğun çalıştığımız için bu kongre benim yönümden biraz nefes almak, biraz dostlarımı görmek ve hatırlarını sormak, biraz değerli akademisyen hocalarımızla beraber olarak görüş alışverişinde bulunmak, onlardan birşeyler öğrenmek, biraz sosyal hayatı paylaşmak ve biraz da Yargıtay'ın çalışma ve uygulamaları konusunda yaşayan hukuk ve yaşayan hukukçular konusunda bilgi vermek ve belki sohbet etmek anlamına geliyor.

Bildiğiniz gibi 3 günlük kongremizin konusu Cismani Zararlara İlişkin "Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini" olup bu konudaki evrensel düşüncelerin nasıl olduğudur. Bu arada bizim uygulamamızı anlatmaktır.

Tabiki ilginç bir konu, hepimizin, herkesin hayatının her safhasında karşı karşıya kalabileceği bir durum. Ancak benim temennim hiçbirimizin ve hiç kimsenin bu tür karmaşık sorunlar ve kazalarla karşılaşp bir kayıp yaşamaması olduğu gibi, acı ve üzüntü de duymamasıdır.

Ne varki tüm dünyada teknolojinin ve makineleşmenin artması, ulaşım ihtiyacının çoğalması, seyahatlerin yaygınlaşması ulaşımı hızlandırdığı gibi Karayolları ve diğer hava ve deniz yollarında da trafiğin artmasına neden olmaktadır.

Özellikle karayolunda trafik yoğunlaşınca ihlaller çoğalmakta, kazalar artmakta, can kayıpları ve bedensel zararlar meydana gelmektedir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu olumsuzlukları ve benzerlerini düzenlemek için bildiğimiz gibi süratle ülkemiz hukuk alanında sürekli yenilik içerisinde olup değişiklikler yapılmaktadır.

2013 yılında yapılan sempozyum sırasında 13.2.2013 tarihinde kabul edilip 25.2.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6111 sayılı Yasa tartışılmış ve uygulamasının ne şekilde olacağı merak edilmiştir. Artık bu konudaki tereddütler kalktı. Uygulama yerleşti. Tereddüt kalmadı. Fakat bu kez de SGK'nın yaptığı 6111 sayılı Yasanın 59.maddesine göre olan belgelenmiş tedavi giderlerinin tahsiline yönelik davalar yoğunlaşmaya başlamıştır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın değişik hükümlerinin uygulanması konusunda daireler arasında kısmen de olsa görüş farklılıkları vardır. Henüz tüm hükümlerin uygulamasında birlik sağlandı denilemez.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda ise tartışılabilir birçok husus mevcuttur. Kısmen uygulanmaya başlanmıştır.

07.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketici Yasası ise uygulama açısından çok genişletilmiş olup şu anda tartışılmasına başlanmış ve en çok da Dairemizi ilgilendiren "sigorta" hükümlerinin ne şekilde uygulamaya getirileceği düşünülmektedir. Bazı göreve ilişkin kararlar da verilmiştir.

Aslında tartışılabilir çok sayıda hukuksal problemin olduğunu kabul etmek gerekiyor. Ancak bugünkü konumuz "sigorta ve taşıma hukuku yönünden bedensel zararlar tazmini esasları" başlığını taşıyor. Bu genel bilgilerden sonra, bende bu konuyu daha minimale indirerek "bedensel zararlar yönünden Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin Uygulamaları" hakkında size bilgi vereceğim.

Minimal diyorum ama inanın konuşmaya başlarsak, hele somut olayların üzerinden gidersek yüzlerce tartışabileceğimiz hususun olduğunu ve bunun çok uzun zaman süreceğini biliyorum. Fakat ana başlıklar olarak açıklama yapacağım.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Daha önce değerli hocaların ve katılımcıların yaptıkları açıklamalara aynen katılıyorum. Hepsi de bizim için çok kıymetli bilgiler. Her zaman yararlanıyoruz.

Öncelikle Yargıtay ve iş konusu durumunda bilgi vermek isterim.

Bilindiği gibi 2797 sayılı Yargıtay Yasasında yapılan değişikliklerden sonra Yargıtay'da 23 Hukuk ve 23 Ceza dairesi bulunmaktadır.

10.4.2015 tarihinde yürürlüğe giren 6644 sayılı Kanununun 2.maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 60.maddesinde yapılan değişiklikle "dava dosyalarının Yargıtay'a gönderilmesi ve Hukuk İş Bölümü İnceleme Kurulu" başlığı altında düzenleme yapılarak, temyiz üzerine gelen dosyalarda çıkabilecek görev ve iş bölümü uyuşmazlıklarını çözmekle görevli Hukuk Genel Kurulu Başkanı olarak görevlendirilen Yargıtay Birinci Başkan vekilinin başkanlığında, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunca aynı dairenden birden fazla olmamak kaydıyla Yargıtay Üyeleri arasından 1 yıllık süre için görevlendirilen 4 asıl ve 4 yedek üyeden oluşan Hukuk İş Bölümü İnceleme Kurulu oluşturulmuş, bu kurula yeteri kadar Tetkik Hakimi ve personel düzenlemesi yapılarak dosya kendisine gönderilen ilgili Hukuk Dairesinin 1ay içinde yapacağı ön inceleme sonucunda iş bölümü bakımından kendisini görevli görmez ise gerekçesi ile birlikte dosyayı Hukuk İş Bölümü İnceleme Kuruluna göndereceği, 1 aylık süre bitiminden sonra gönderme kararı verilemeyeceği, kurul tarafından yapılan ön inceleme sonucunda verilen iş bölümüne ilişkin kararın kesin olduğu, kurulun başkanvekili ve 4 asıl üyenin katılımı ile toplanıp oy çokluğuyla karar vereceği, kurulun ayda en az 2 hafta çalışacağı, bu süre zarfında kurul üyelerinin dairelerdeki çalışmalarına katılamayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yine 19.1.2015 tarih ve 8 sayılı Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun kararı ile 17. Hukuk Dairesine Borçlar- Ticaret Hukuku ihtisas alanı altında, temel görev olarak Trafik Kazalarından Kaynaklanan Tazminat, Sigorta Hukuku uyuşmazlıklarına bakmakla görevlendirilmiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu çerçevede:

- 1- Trafik kazasından kaynaklanan (bedensel zarar ve ölüm dahil) tüm tazminat davaları,
- 2- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1472 maddesinden kaynaklanan ve kasko sigortası ile ilgili rücuen tazminat davaları,
- 3- Trafik Sigortasının kendi sigortalısına, sigortalının da kendi Trafik ve Kasko sigortasına açtığı tazminat davaları ile yolcu taşıma ilişkisi dahil sigortanın taraf olduğu her türlü cismani ve maddi zararlı trafik kazalarından doğan davalar,
- 4- Konut ve işyeri ile ilgili mal ve sorumluluk sigorta sözleşmesi ile taşıma hukukundan doğup doğmadığına bakılmaksızın can-hayat sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan davalar sonucu verilen hüküm ve kararlara ilişkin uyumsuzluklara Dairemiz tarafından bakılmaktadır.

Bunların dışında İİK ve 6183 sayılı Yasadan kaynaklanan tasarrufun iptali davaları ile TBK 19.maddesine dayalı taraf muvazaası ile ilgili iptal davaları da dairemizce incelenmektedir.

Bu arada kısaca iş sayısından da bahsedip diğer konulara geçelim.

Yargıtay'daki tüm Hukuk Dairelerinin 2013 yılından devredilen toplam dosyası 164.525, 2014 yılında gelen toplam iş sayısı 561.130, 2014 yılında çıkan toplan iş 522.809 olup, 2015 yılına devredilen toplan iş sayısı 202.828 adettir.

17. Hukuk Dairesi olarak bizimde 2013'den devrimiz 9435, 2014 yılında gelen iş 25.503, 2014 yılında çıkan iş 19.907 olup, 2015 yılına devredilen iş ise 15.031'dir.

Ayrıca 2015 yılında gelen iş sayısı da 2015/7452'dir.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün internet sitesinden almış olduğum 2013 yılı sonu itibariyle meydana gelen kazalarla ilgili sayısal verileri sunumum sonunda size açıklayacağım. Bir olaydan kaç dava doğduğunu da siz değerli hukukçuların takdirine bırakıyorum.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bedensel zararlar, Türk Borçlar Kanununun da “Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri” başlığında düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler TBK 49 (BK 41.), 50 (42), 50 (43), 52, (44), 53 (45), 54 (46), 55(-) 56 (47) maddelerde yapılmıştır.

818 sayılı Borçlar Kanununda adam ölmesi ve cismani zarar tanımları Yargıtay Uygulamaları ve içeriği ile tespit edilir iken, 6098 sayılı TBK’da yasa koyucu içerik tespitini kendisi yapmıştır.

Burada benimsenen haksız eylem sorumluluğu, Hukuk Düzeninin genel olarak koymuş olduğu davranış kurallarına aykırı davranan veya başka deyişle Genel Hukuk Kurallarının düzenlediği edimleri yerine getirmeyerek zararlı sonuç doğumuna neden olan kişi ile zarara uğrayan arasında bir borç ilişkisinin meydana gelmesidir.

Hukuk düzeni bu uyumsuzluğu gidermek ve zararı ortadan kaldırmak için tazminat giderimini öngörmüştür. Ancak haksız eylem sorumluluğunun yanında tehlike sorumluluğu, fedakarlığın denkleştirilmesi sorumluluğu, kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenmiştir. 6098 sayılı Yasada aynı sorumlulukları benimsemiştir.

Sözleşme dışı doğan sorumluluk yani akit dışı sorumluluğun çeşitlerini kısaca şöyle özetlemek mümkündür.

-Bir zarar failin kusurlu bir hareketinden doğmuşsa kusur sorumluluğundan,

-Bir olayın gözetimcisi, denetimcisi veya yasal düzenleyicisi ise ve ondan kaynaklanıyor ise kusursuz sorumluluktan,

-Sadece tehlike yaratacak araçları kullanmaktan kaynaklanıyor ise tehlike sorumluluğundan,

-Zararın tazmini sosyal açıdan dengeleri korumak, hakkaniyeti gerçekleştirmek amacıyla yapılıyor ise hakkaniyet sorumluluğundan bahsetmek gerekir.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

BK 49 maddesi kusur sorumluluğu içindeki haksız fiil kavramını “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür.” diye tanımlamıştır. Bu anlamda haksız fiilde kusur-hukuka aykırılık-zarar- ve uygun illiyet bağlantısının bulunması gerekmektedir.

Dairemizce tüm somut olaylarda belirtmiş olduğum hususlar nazara alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

Yine TBK 50 maddesinde ise zarar görenin zararını ve zarar verenin kusurunu ispatı gerekip, eğer uğranılan zarar tam olarak ispat edilemezse o takdirde hakimin olayın özelliği, alınan tedbirler ve gösterilen özen nazara alınarak hakkaniyete uygun bir tazminat miktarını belirleyeceğini öngörmüştür.

TBK 51 maddesi tazminatın kapsamının ve miktarının hakim tarafından belirleneceğini düzenlerken, 52.madde zarar görenin, zararın doğmasına veya artmasına etkili bir halinin bulunduğu tespitinde ise tazminatın indirilebileceğini veya tamamen kaldırabileceğini düzenlemiştir. Bunlar eski düzenlemelerle aynıdır.

TBK 53 maddesiyle ölüm halinde uğranılan zararlar:

- 1- Cenaze giderleri
- 2- Ölüm henüz hukuken gerçekleşmemiş ise tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
- 3- Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar olarak sayılmıştır. Uygulamada bu şekilde yapılmaktadır.

TBK 54.maddesi bedensel zararları ise;

- 1- Tedavi giderleri
- 2- Kazanç kaybı
- 3- Çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 4- Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sıralanmış olup eski 46.maddeden farklı bir düzenleme yoktur.

TBK 55.maddesi yeni bir düzenleme olup ifa amacı taşımayan ödemelerin, tazminattan indirilemeyeceği, zarar veren yahut 3.kişi tarafından ödeme kasdı dışında yapılan ödemelerin denkleştirmeye esas alınamayacağı benimsenmiştir.

2918 sayılı KTK 1983 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu yasanın 91.maddesiyle belirlenen işletenlerin sorumluluğunu üstlenen zorunlu sorumluluk sigortası (trafik) bu yasada yer aldı. 6102 sayılı TTK'nun 1483.maddesi ile sigortacıların faaliyet dallarında bulunan zorunlu sigortaları yaptırmaktan kaçınamayacakları hüküm altına alındı. Böylece, ZMMS olan sorumluluk sigortaları Türk Ticaret Kanunu'na da girmiş ve benimsenmiş oldu.

Bu sigorta türü Dairemizin iş alanı dikkate alındığında en çok uygulanan sigorta türü olup karşımıza sürekli çıkmaktadır.

Bu kanunun 85.maddesinde, işletenin sorumluluğunun karşılanması amacıyla 91.maddeye göre sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunluluğu yüklenmiş, 98.-99.maddeyle de sigortanın temerrüdü ele alınmıştır. Bu sigorta ile zarara uğrayan 3.kişilerin kaza nedeniyle uğradıkları ölüm ve bedensel zararlar ile bu olaylar nedeniyle yapmak zorunda oldukları öngörülemeyen diğer masraflar ve tüm tedavi giderlerinin karşılanması düşünülmüştür.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 14.maddesinde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile ihdas edilen Zorunlu Sorumluluk Sigortaları ile bu kanunla mülga 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde ihdas edilmiş olan belirlenen koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalarla saptanan geçerli teminata kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta Reasürans ve Emeklilik Şirketleri nezdinde Güvence Hesabı oluşturulmuştur.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu hesaptan:

- 1- Sigortalının tesbit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için
- 2- Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli teminat tutarları dahilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu zararlar için
- 3- Sigorta şirketinin mali bünye zafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatların iptal edilmesi ya da iflası halinde bedensel zararları için
- 4- Çalınmış ya gaspedilmiş aracın karıştığı kazada, işleminin sorumlu tutulmadığı hallerde kişiye gelen bedensel zararlar için
- 5- Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren motorlu taşıt bürosuna yapılacak ödemeler için başvuruda bulunacağı düzenlenmiştir.

Ancak sosyal devlet ve Anayasal yaşama hakkı ilkesinin üstünlüğü ilkesi nazara alınarak 2918 sayılı Kanunun mülga 108 maddesinde belirlendiği gibi daha sonra yerine geçen Güvence Hesabı Yönetmeliğinin 16.maddesi kapsamında zarar görenlerin Hesaba başvuruda bulunarak zarar giderimlerini buradan isteyebileceklerdir.

Bu çerçevede yapılan ödemeler için de Güvence Hesabı Yönetmeliğinin 16.maddesi gereğince hesap tarafından ayrıca zarar verenlere rücu edilebilir.

Bedensel zararlar, beden tamlığının bozulması dolayısıyla meydana gelen zararlardır. Anayasamız tarafından “herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” demek suretiyle koruma altına alınmıştır.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yukarıda açıklandığı gibi TBK'nun 54.maddesi bu ihlalleri dört kalem halinde sıralamıştır. Bunların içerisinde sayılan tedavi giderleri de kendi içerisinde yapılan tedavinin niteliğine göre değişik kalemlerden oluşabilir. Bu anlamda ön görülme-yen çeşitli masrafları saymak mümkündür. Bu çerçevede:

- 1- Hastane, sağlık yurdu, ilk yardım, kaplıca tedavileri,
- 2- Doktor, hemşire, hasta bakıcı gibi tedavi ile meşgul olanlara ve yardımcılara yapılan masraflar,
- 3- Muayene, tahlil, ilaç, ameliyat, acil müdahaleler vs....gibi hizmetlerin ücret ve masrafları,
- 4- Muayene ve tahlil yerlerine gidiş-dönüş ücretleri, ambulans, nakil, fiziki tedavi giderleri,
- 5- Röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez giderleri, bunların değiştirilmesi ve yenilenmesi için yapılan masraflar,
- 6- Her türlü ilaç ve gıda giderleri,
- 7- Yer değiştirme, nakil, konaklama, yakınların ulaşımı gibi giderleri masraflar vs....bu kapsamında sayabiliriz.

Dairemizce bu masrafların tazmin edilebilmesi için gerçekten zaruri ve lüzumlu olması şart olmayıp iyi niyetle yapılmış olması ve olayla harcamanın arasında illiyet bağının bulunması yeterli kabul edilmektedir. Zarar sorumlusunu, zarara sokmak amacıyla yapılan ve makul olmayan masraflar istenemez. Bu durumda hakime tesbit ve takdir konusunda büyük rol düşmektedir. Zarara uğrayan yönünden sıkıntılı ve zor günler olarak yaşanan bu dönemde tüm belgelerin temininin mümkün olmadığı durumlarda tahmini giderin hesaplanması ve illiyet bağının kurulması gerekli ve yeterlidir. Nitekim Yargıtay ve Dairemiz uygulamaları bu yöndedir.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 22.1.2015 tarih ve 2014/25143 E-2015/876 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 20.1.2015 tarih ve 2013/13375 E-2015/550 K

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 10.2.2015 tarih ve 2013/15416 E-2015/2380 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 19.1.2015 tarih ve 2013/13375E-2015/550 K

Ayrıca bu tedavi masraflarının mutlaka iyileştirme amacıyla yapılmış olması gerekir. Bunun içinde belgelenmiş olsun veya olmasın tıp bilirkişilerince yerindelik denetimi konusunda inceleme yaptırılıp rapor alınması ve miktarın tesbiti gerekmektedir. Bu konuda titizlikle incelemektedir.

Özellikle estetik ameliyatının şart olup yapılmaması nedeniyle belgelenmemesinden dolayı bu talebin reddi hiç düşünülmemiştir. Zira haksız fiil sonucu vücudu eski bütünlüğüne kavuşturmak için yapılması zorunlu olan estetik ameliyat giderimi masrafı, yaptırılmasa da zarar görenin gerçekleşmiş gerçek zararı olduğundan Dairemizde eskiden olduğu gibi bu talepler kabul edilmektedir.

Bedensel bütünlüğe yönelik zararlar için esas alınması gereken ve Yargıtay'ın benimsediği tablo ilke olarak PMF tablosudur. Bu tablo ve ek değerlendirme ilkeleri tartışılabilir. Ancak bu tablolardan ufacak bir sapma toplumda hak arama ve tazminatla zarar giderimi eşitliğinde çok büyük farklılıklara ve değişikliklere sebebiyet vereceğinden bu uygulamalara istikrarla devam edilmektedir. Ancak bazı somut olayın özelliğine göre gerekçesi açıklanmak suretiyle vicdanlardaki adaletin veya yaşayan hukukun gerçekleşmesi, sosyal eşitliğin sağlanması, özel temyiz olmadığı için bazı durumlarda farklı uygulamalarda var gibi görülebilir. Ancak bunlar ilkesel bazda farklılıklar olmadığı gibi hukukçular tarafından da derhal farkedilmektedir.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 12.2.2015 tarih 2013/16156 E-2015/2674 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 26.1.2015 tarih 2013/17263 E-2015/938 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 16.3.2015 tarih 2013/19299 E-2015/4281 K

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Genel olarak yapılan bu anlatımlardan sonra ilkesel anlamda Dairemiz uygulamalarını sıralamak gerekirse:

- 1- Önce; dava dilekçelerindeki talepler çok dikkatle incelenmekte, tazminatın kalemleri, miktarları, kuruslandırılması, belgelendirilmesi, talebin sorumluluğun niteliğine kadar inilmek suretiyle bakılmaktadır.
- 2- Cismani zarara yönelik taleplerde, daimi ve geçici işgörmezlikler, kazanç kayıpları, kar mahrumiyetleri, munzar zarar talepleri gibi maddi zararlar yönünden talebin tesbitinden sonra 5510 sayılı yasanın yürürlük tarihi nazara alınarak olay tarihi itibariyle tüzük ve yönetmelik hükümlerine göre hesaba esas daimi maluliyet hali veya geçici işgörmezlik ve iyileşme süreleri konusunda ATK veya Üniversitelerin Adli Tıp Kurumları bölümlerinden geçerli raporlar aldırılmak suretiyle desteklenmektedir.
- 3- Yaralanmalarda zarar miktarının belirlenmesi ve daha önemlisi zamanaşımı iddiasının denetlenmesi için tüm tedavi belgeleri ve epikriz dosyası getirilmek suretiyle “gelişen durum” tesbiti yapılması, son muayene ve ameliyat tarihleri, tedavi süreci nazara alınarak rapor alındıktan sonra zamanaşımı iddiaları değerlendirilmektedir.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 10.3.2015 tarih 2013/14574 E-2015/4060 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 19.1.2015 tarih 2013/12723 E-2015/450 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 29.1.2015 tarih 2014/24805 E-2015/1179 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 5.3.2015 tarih 2013/17730 E-2015/3969 K

Zamanaşımı iddiaları ise 5237 Sayılı TCK 1.6.2005 yürürlük tarihi nazara alınarak bu tarihten önce gerçekleşen olaylar için 765 sayılı TCK'nun daki zamanaşımı süresi, bu tarihten sonra gerçekleşen olaylar için de sonraki zamanaşımı süresi nazara

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

alınmaktadır. Bu arada şunu da ifade edeyim. Tek taraflı ve tam kusurlu kazada ceza zamanaşımı süresinin mi yoksa 2 yıllık zamanaşımı süresinin mi uygulanması konusu tartışmalı olup Dairemiz uygulaması ortada sanık yoksada kanuna aykırı bir cezai eylem söz konusu olduğundan ceza zamanaşımı uygulaması yapılmaktadır. Mayıs ayının içindeki bir Hukuk Genel Kurulu'nda bu konudaki direnme kararı gündeme alınmış olup yeniden tartışması yapılacaktır.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 23.3.2015 tarih 2014/25257E-2015/4621 K

Hukuk Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarih 2001/19-652-705 ve Hukuk Genel Kurulu'nun 16.4.2008 tarih ve 2008/4-326-325 sayılı kararları

4- Maluliyet ve destek tazminatlarında en çok karşılaştığımız ve tartışılın bir konu, tazminata esas olan gelir hesabının ne şekilde yapılacağıdır. Herhangi bir işi olmayan kişi için asgari ücret baz alınmaktadır. Ancak daimi işi olup çalışan kişi ise bordroları veya maaşa dayanak gelirleri esas alınmaktadır. Hatta bu gelir dışında ek geliri olduğu iddia ve ispat edildiğinde bunlarda somutlaştırıldığında gelire yansıtılmak suretiyle hesaplamalar yapılmaktadır. Bu araştırma oldukça zaman ve yazışma isteyen bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gerçek zarar hesabıda en önemli ilkedir.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 17.2.2015 tarih 2013/14080 E-2015/2897 K

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 24.3.2015 tarih 2013/14389 E-2015/4780 K

5- Destek tazminatlarında desteğin bir iş yapıpda geliri belli olmayan işlerle ilgili hesaplamalar (örneğin birkaç şirketi olan kişi, birkaç şirkette ortaklığı olan kişi, hayvancılık yapan veya sürüleri olan bir kişi, çiftçilik ve tarımla uğraşan kişiler, sanatla uğraşan bir kısım sanatçılar gibi) zaman zaman tartışmalara neden olmaktadır. Artık o da yerleşik bir hale geldi. Destekten yoksunluk, ölenin beden ve beyin

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gücü ile elde ettiği kazançlardan, yardımlardan, hizmetlerden, bakım ve gözetiminden, koruyup kollamasından, bilgi ve deneyimleriyle yol göstermesinden yoksun kalınması olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda da, desteğin ölümü ile mal varlığını (şirketi, ticarethaneyi, çiftliği, tarım işletmesini, mülklerini ve diğer mal varlığını) yönetip idare etmede, desteğin “fikri ve bedeni faaliyetleriyle” sağladığı “kişisel katkısından” yoksun kalınması ve destek yerine başka bir kişinin bu işleri üstlenmesi durumları değerlendirilerek bir kazanç unsuru saptanması ve buna göre tazminat hesabı yapılması benimsenmiştir. Burada zor olan (gerçek kazanç) tesbitidir. O da gerçek bir araştırmayı gerektirmekte olup ilke olarak asgari ücret ev hanımları, iş olmayanlar, çalışmaya başlamamış olan çocuklarda esas alınmakta, gelecekte yeni pasif dönemde asgari ücretin ulaştığı değer baz alınmaktadır. Ama gelecekte destek olacak kişinin sosyo ekonomik durumu, eğitimi nazara alındığında gelecekte yapacağı iş ve mesleği belirlenmiş ise artık o mesleğe göre belli odalardan tesbitler yapılarak değerler belirlenmektedir. (Örneğin, bir fakülte de okuyan desteğin kazancının tesbiti gibi)

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 17.7.2015 tarih 2013/14080 E-2015/2897 K

- 6- Yine somut olaya göre genellikle erkek çocukların kırsal kesimde 18, kız çocukların şehirlerde 22, köylerde 18 yaşına kadar, erkek çocuklar orta öğrenim görüyorlarsa 22 yaşına kadar, yükseköğrenim görüyorlarsa kız ve erkek ayrımı yapılmaksızın 25 yaşına kadar anne ve babadan destek aldıkları kabul edilmektedir.
- 7- Tartışmalı konulardan biriside tek taraflı tam kusurlu kazada kendi ZMMS'ne işleten dışında destekten yoksun kalanların açtıkları davalardır. Bu konuda Hukuk Genel Kurulundan çıkan 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 Esas-411 Karar, Hukuk Genel Kurulunun 22.02.2012 gün 2011/17-787 Esas-2012/92 Karar, Hukuk Genel Kurulunun 16.01.2013 gün ve 2012/17-1491 Esas-2013/74 Karar sayılı kararları mevcut olup, bu doğrultuda uygulama yapılmaktadır.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ancak kişisel görüşün, destekten yoksunluk, kişi üzerinde oluşan hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir haktır. Bu hak öleniden geçen bir hak değildir. Çünkü ölenin, haksız fiil işleyene karşı bu nitelikte bir dava açması düşünülemez. Böyle olunca da destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin mal varlığı arasında bir ilişki yoktur. Bu nedenle ölümün açtığı zarar, ölenin değil, desteğinden yoksun kalanın zararıdır. Zarar, ölümün kendisi değil, ölenin yakınlarının “yardımdan ve destekten yoksun kalma” biçiminde doğan zararıdır. Bu zarar öleniden miras kalmaz. Tazminat isteme hakkı, öleniden geçen bir hak değil, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bağımsız bir haktır. Bu hak miras kalmaz, terekeye katılmaz ve muris-ölenin alacaklıları tarafından da hacz edilemez. Tazminat alacağı iflas masasına kaydedilmez. Bu nedenle de TBK 53.maddesine göre, destekten yoksunluk tazminatı isteyebilmek için mirasçı olmak gerekmez. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler, ölenin mirasçısı olupta, mirası reddetmiş olsalar bile sorumlulara karşı dava açıp tazminat isteyebilirler. Ancak dairemizde bu düşüncenin dışında olupda somut olay açıklandığı gibi olan olayda zararın yansıma yolu ile doğan bir zarar niteliğinde bulunduğu, istenmemesi gerektiği düşüncesinde olan arkadaşlarımızda vardır. Muhalefetli kararlarımızda hepimiz tarafından görülmektedir.

8- Bir diğer yargılamayı hızlandırma anlamındaki uygulamamız, şu anda alt yapı çalışmaları devam etmekte olan bilirkişilik müessesesi ile ilgili. Özellikle kusur konusu bizim için çok önemli. Tabi ki tüm raporlar büyük bir titizlikle inceleniyor. Bir kısım dosyalarda kendimiz 2918 sayılı kanun hükümleriyle, yönetmelik hükümlerini uygulayarak raporları denetlemek ve mevcut kusuru kendimiz takdir ederek çelişki giderilmesi nedeniyle rapor alınmasını gerek duymadığımız uygulamalarda mevcuttur. İncelemeleri hazırlık aşamasında kolluk kuvvetinin kaza mahalli ile ilgili tüm delilleri toplamış olması, fotoğraflaması, yolun en ince özelliklerinin gösterilmiş olması, tanık beyanlarının bulunması halinde denetlenmektedir. Bu bunlar yok ise ve raporlarda da sıkıntı var ise o zaman yine kusur konusunda uzman olan

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bilirkişi veya kişilerden olay mahallini bize gösterip kusuru açıklayacak denetime elverişli ve hüküm kurmaya yeterli raporlar aldırılmaktadır. Ancak temennim, tüm olaylarda tam bir soruşturma aşaması yapılarak olaya ilişkin tüm delillerin tam toplanması halinde yargılama ve inceleme aşamasına büyük faydası olacak şekilde yapılmasıdır.

- 9- Bir başka önemli konu manevi tazminat konusu. Gerçekten çok önemli. Bazen sosyal tatmin ve adaletin manevi tazminat ile denkleştirilmesi ve giderilmesi bile düşünülebilir. Bu tazminatın miktarını belirleyebilmek benim meslek hayatımda karşılaştığım en zor konulardan biridir. Her dosyada bu konu ve dosyanın içi yeni baştan tartışılır. Benzer dosyada tazminat şu kadardı denilir. Fakat bence birbirine benzeyen hiçbir dosya olmadığı gibi, her somut olayın mutlaka ayrı bir püf noktası vardır. Bu tartışmalarda toplu çalışma, herkesin farklı düşüncesi, ölçü ve emsal oluşmasını çok zorlaştırmakta olup buna rağmen uygulama hakkaniyetli miktar üzerinden devam etmektedir. Manevi tazminatın mal varlığı eksilmesi veya kazanç kaybı yoksunluğunu giderme aracı olmaması, manevi tatminin sağlanması, bir tarafı zenginleştirmeyecek, diğer tarafı da fakirleştirmeyecek olması, somut olayın tüm özellikleri ve en önemlisi empati yapılarak bir miktar takdir edilmiş olan tazminatın yerindeliği değerlendirilmektedir. Tabi bu empati tarafı herkesi ayrı ayrı üzmemektedir.

- 10-Bir diğer husus hatır taşımaları ve müterafik kusur indirimleridir. Bunlarda hatır taşımalarının yakınlık derecesine göre, ileri sürülüş usulüne göre, müterafik kusurda zarar görenin, olsaydı engellenecek bir zarar için o tedbiri almaması nedeniyle bedeninde doğan zarar için alması gerekli tedbirler değerlendirilerek takdiren yerleşik uygulamalara göre yapılması gereken indirimler olarak değerlendirilmektedir. Sıkça uygulanmaktadır.

- 11-Bir başka ve artık istikrar kazanmış uygulamamız, davadan önce tazminata mahsuben yapılan ödemelerin değerlendirilmesidir.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rilmesi konusu. Bu konuda tereddüt yok artık. 2918 sayılı kanununun 111.maddesine göre davadan önce verilmiş ibranamenin 2 yıllık süre içerisinde dava konusu yapılabileceği nazara alınarak değerlendirme yapılıyor. Ödeme tarihindeki verilere göre ödenmesi gereken miktar ile ödenen miktar arasında fahiş bir fark yok ise ibra geçerli kabul ediliyor. Ancak tersi ise yani ödenmesi gereken miktar ile ödenen miktar arasında fahiş fark var ise verilen ibraname makbuz hükmünde kabul edilerek bu kez karara en yakın tarihteki veriler nazara alınarak yeniden yapılan hesaplamada ödenen miktara yasal faiz yürütülmek kaydıyla güncelleme yapılarak ulaştığı değer, hesaplanan tazminattan indirim yapılmak suretiyle ödenmesi gereken miktar bulunuyor. İstikrarlı şekilde uygulama bu durumdadır.

17.Hukuk Dairesi 10.4.2014 tarih 2014/6410 E-2014/5482 K

12-Bir diğer husus tedavi gideri kapsamındaki bakıcı gideridir. Özellikle yüksek dereceli maluliyetler de hassas bir konu. Bazen maddi tazminat miktarları kadar bakıcı gideri tazminatları da doğabiliyor. Geçici iş gücü kaybında sorun olmuyor. Bir kişinin %100 maluliyeti ve daimi bakıcıya ihtiyacı halini düşünün. Öncelikle bakıcı veya yardımcı kişi ihtiyacı için kesinlikle rapor aranıyor. Bu saptama yapıldıktan sonra somut olaya göre tam gün bakma ihtiyacı tazminatları verdiğimiz oluyor. Son zamanlarda verilen bu tazminatların net mi, brüt ücret üzerinden mi verilmesi konusu zaman zaman tartışılıyor. Çoğunlukla net ücret üzerinden uygulamalarımız var ancak eski tarihli kararlarda brüt ücret olduğunda görebiliyoruz.

13-Bir diğer konuşabileceğimiz konu cenaze ve defin giderleri. Aslında ikisi farklı farklı talepler. Defin giderleri genellikle ilgili belediyelerden sorularak yapılan kabir, dini vecibeler, defin işlemleri vs... gibi belirlenebiliyor. Fakat cenaze giderinde, her bölgeye, inanışa, düşünceye, yaşam tarzına, ülkelere, sosyal çevreye göre çok farklı talepler gelebiliyor. Eski bir 15.Hukuk Dairesi kararı çok kapsamlı olarak cenaze gi-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

derlerini nakil ücreti, kabir ücreti, mezar kazma, mezar taşı, ilan, dini ve inanış yerel adet gereği yapılan merasimlerdeki ücretleri hep cenaze gideri içerisinde değerlendirilmiştir. Fakat bu konuyu çok genişletmek bazen hakkaniyete uygun düşmeyebiliyor. Daha çok çevre koşulları, örf ve adet, makul ve adaletli giderimler olarak değerlendirilebilir. Burada taleplerin de ucu bucağı yoktur.

Bir örnek anlatmak isterim. Bir dosyada davacı eş, bu bir erkek, karısını kazada kaybediyor. 2 veya 3 çocuğu ile kalıyor. Davadaki talebi kısaca şu "Eşimi kazada kaybettim. Ben ve çocuklarım çok üzüldük. Onun varlığı ve bakımından mahrum kaldık. Eşimin cenazesi için 3.bin kişiye yemek verdim. 8-10 koyun kuzu ile bir kaçda büyükbaş hayvan kestim. 10 gün hocalar okudular. Masraf yaptım. Ayrıca çocuklar için evlendim. Eğer o ölmeseydi ben evlenmeyecektim. Yeniden evlendim şu kadar düğün masrafı, şu kadar yeni karıma takı almak zorunda kaldım. Ev eşyalarını da yeni eş yeniletti. Bunların hepsini ölüm nedeni ile yaptım. Tabi kabir ve cenaze için masraflar da var, bunları istiyorum" diyor. Tabiki evlenmede kazadan 6 ay ya da 1 yıl sonra gerçekleşmiş. Bu olayda biraz daha dikkatli olmak gerektiği kanaatindeyim. Samimiyet ve iyiniyet de bençe çok önemlidir. Burda makul olan ve iyiniyetle istemiş talepleri ayıklamak oldukça güçtür.

Bir başka hatırladığım olay, Avrupa'da bir ülkede kabir ve cenaze merasiminin çok pahalı olması. Kazada hayatını kaybeden bir turistin ülkelerinde defininden sonra yakınları destek tazminatı ve yapılan masrafı istenmişti. Takriben 20-25.000 Euro kadar değişik kalemlere ilişkin bir talep. Tabii ilkemiz sosyal çevre, dini inanış ve örf ve adete göre yapılan makul masrafların istenebileceği yönünde idi. Hakim arkadaşımız birçok talebi fazla diye reddetmişti. Ancak o dosya, ölenin mensubu olduğu kiliseden yapılması gereken zorunlu giderleri ve miktarı nedir diye sorulduktan sonra, yine cenaze, defin şirketinden bu masraflar ne kadar olabilir diye araştırılarak, sosyo-ekonomik durumuda nazara alınarak yapılabilecek diğer masraf kalemlerinin neler olduğu ve miktarları ile ilgilydi.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

O davada da aklımda kalan ilginç husus cenaze için alınan matem elbise bedeli talepler içinde vardı.

Başka ilginç bir olay, köyde yaşayan akli dengesi yerinde olmayan 35-40 yaşlarında bir kişi, köylünün yardımı ile hayatını sürdürüyor. Yani anne-babası olmadığı gibi, kardeşler de bulunduğu yerde yoklar. Ancak bazen kardeşler istese köylü para topluyor, bir otobüs bileti alıyor ve bu özürlü kişiyi kardeşlerinin yanına gönderiyor. Zaman zaman da hastalığı oldukça ağırlaşıyor. Böyle bir zamanda bu şahsın köylülere tarafından bakımı zorlaşınca, para toplayıp kardeşlerine gönderiyorlar ve onlara da “geliyor” diye haber veriyorlar. Bu hasta insanı kardeşlerden biri gittiği yer otogarında karşıyor, yeni bir bilet alıyor ve köyüne geri gönderiyor. Bu geri dönüş sırasında arabadan indikten hemen sonra bir kazada vefat ediyor. Şimdi o kardeşler bu desteğin ölümü nedeni ile desteğinden yoksun kaldıklarını iddia ederek maddi ve manevi tazminat istiyorlar. Bu olayda çok duygusal yönü ağır ve toplumsal. Sosyal birçok yarayı gösteren bir olaydı. Unutamıyorum. Karar manevi kısmen kabul oldu, fakat desteklik ispat edilemediğinden ret kararı onanmak sureti ile çıkmıştı.

Bir başka olayda 90 yaşlarında olan ve 70 yaşlarında kızıyla birlikte yaşayan bir amcanın kazada hayatını kaybetmesi ve açılan destek tazminatı. Uzun süre 90 yaşındaki amcanın kızına ne şekilde destek olacağı tartışılmıştı. O somut olayın özelliğine göre birlikte yaşayan yaşlı baba-kız için, babasının evinde oturması, evin beslenme gibi dış ihtiyaçlarını görmesi, ekonomik olarak kızına katkıda bulunması destek olarak kabul edildi. Kızı olan davacının neden evlenmediği, neden çalışmadığı, kader kısmet gibi hususlarda çok tartışıldı. Ancak davanın azda olsa destek tazminatı almıştı.

Çok küçük çocukların anne-babaya destekliği de ilginç bir konu. Burada öngörülebilecek hiçbir veri yok elde. Daha çok genel ilkeler ve asgari ücret üzerinden hesaplamalar yapılmakta. Ancak çocuk ortaokulda-lisede-yükseköğretimde ise olay daha somutlaştığı için ek delillerle hesaplar yapmanın mümkün olduğunu düşünüyorum.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bir başka ilginç konu gayriresmi evliler. İlke olarak ölen den destek aldığı nı ispat eden herkes destek tazminat ı isteyebilir. Bunlar eş, gayri resmi eş, yardım alan öğrenci, yardım alan komşu, çocuk-anne-baba gibi kişiler olabilir. Asıl olan, ölenin kendisine destek olduğunun isbatlanması. Tabi bu destekliğin aynı zamanda eylemli-sürekli ve düzenli olmasıdır. Bu ilişki olmazsa destek tazminat ı istenemez. Örneğin; bir öğrenciyi destek, ekonomik olarak düzenli destekliyorsa kayb ı halinde öğrenci dava açabilir. Ancak bir kez bir yardım yapmışsa açamaz. İşte bu birlikte yaşama veya gayriresmi evlilikte desüreklilik devamlılık iyiniyet ispat edilirse tazminat ödemesi yapılıyor. Fakat bazı tereddütlerde oluşmuyor değil. Örneğin, bir dosyada nikahl ı eşi ile gayriresmi birlikte yaşadığı eşi olan desteğin ölümünde, desteğinden yoksun kalanlara tazminatlar isbatlandığı için verilmiştir. Bunda sıkıntı yoktur. Fakat başka bir dosyada, bir erkeğin biri resmi, biri gayriresmi iki eşi geçirdikleri trafik kazasında her ikiside aynı anda hayatlarını kaybederler. Koca, her iki eşden ayrı ayrı destek tazminat ı istemektedir. Hatırladığım kadarıyla geri kalan 2 eş nasıl isterse, bu da ikisinden isteyebilir dendi. Fakat ben hala 4 senedir bunu düşünüyorum. İster istemesine de miktar ı nasıl hesap edilir? Çok da kendimi inandırdığım bir cevap bulamadım. Düşü n düğüme göre orada bir hassas nokta var diyorum.

Bir başka konu, destek tazminatlarında paylar konusunu tamamen açıklayan bir Yargıtay kararı yok. Ancak bizde daire olarak TMK hükümlerinde eşler arasındaki eşitlikten hareketle desteğin haksız fiil tarihindeki isbatlanmış gerçek gelirin in tesbiti ile bunun tamamı üzerinden 1/2'şer eşlere ve kalan payın eşit olacak şekilde çocuklara dağıtım ı ilkesini benimsiyoruz. Yani 1/2 eş, 1/2 destek eş ve kalan çocuk sayısını paylarla toplayarak payda yapmak sureti ile aralarında dağıtım sağlıyoruz. Tabii artık pay kalmıyor veya davacı olmayan mirasçı varsa bu miktar dağıtım a tabi tutulmadan, geçen süre içerisinde destek ihyitacı biten kişi çıktıktan sonra onun pay ı kalanlara dağıtılmak sureti ile en son eşlere 1/2-1/2 pay kalacak şekilde hesap tarzını benimseyerek uygulama yapıyoruz. Tabi anne-baba-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kardeşler veya diğer desteğe ihtiyacı olanlar için de benzer pay alma işlemi yapılıyor.

Yaşam süreleri konusunda önceden ve halen 1931-PMF yaşam (mortalite) tablosu kullanılıyor. Yaşam süreleri bizim ülke gerçeklerimize uygun olmasada ancak geçen süre içerisinde ciddi bir çalışma yapılmamış, daha objektif bir yaşam tablosu, evlilik olasılığı ve çocuk sayısı, bazı mesleklerde ortalama gelir belirlemesi, objektif okuma-yazma oranı, boşanmalar-muvazalı boşanmalar, gayri resmi evlilikler- çocuklar vs... gibi hususlarda hiçbir ciddi çalışma yapılmamıştır. Bu nedenle hemen içtihat değişikliği yapılamıyor. Çünkü bir taş yerinden oynarsa inanılmaz ve telafisi mümkün olmayan zararlar ortaya çıkıyor. Şimdilik 1931-PMF tablosu uygulanmaya devam ediliyor.

Bütün bu açıklamalardan sonra kısaca hesaplanan tazminattan nelerin uygulamada indirilmediğini sıralarsak;

- 1- Miras ve miras gelirleri,
- 2- Şirket ortaklık ve kar payları,
- 3- SGK'nin ölüm sigortasından bağladığı "aylıklar",
- 4- SGK'nin kaza sigortası dalından bağlandığı gelirler ise;
  - a- Sorumlu işveren ise sigortalıya bağlanan gelirin "ilk peşin sermaye gelirin kusura karşılık gelen tutarı" indirilir.
  - b- Eğer sorumlu 3.kişi ise sigortalıya bağlanan gelirin "ilk peşin değerinin 1/2'sinin kusura karşılık gelen değeri" indirilir.
- 5- Olay iş kazası değilse, SGK gelirlerinin indirimi olmaz.
- 6- Yaşam ve Ferdi Kaza Sigortalarından alınan ödemeler tazminattan indirilmez.

Peki neler indirilir dersek, kısaca;

- 1- Desteğin kusuru varsa indirilir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 2- Dul eşin evlenme şansı indirilir.
- 3- Küçük çocukların ölümünde anne-babaya verilecek destek tazminatında makul bir yetiştirme gideri indirilir.
- 4- SGK'nin, iş kazası olmak koşulu ile "kaza sigortası" dalından bağlanan rücuya tabi gelirleri indirilir.
- 5- 2330 Sayılı yasaya göre ödenen "nakdi tazminat" devletin rücu hakkı olduğundan tazminattan indirilir.
- 6- Dava öncesinde tazminata mahsuben yapılan yetersiz ödemeler güncellenerek indirilir.
- 7- Hatır taşımaları ve müterafik kusur indirimleri uygulamada yapılmaktadır.

Bunun dışında mirası reddeden mirasçılardan destekten yoksun kalma tazminatı işleyebilecekleri konusunda çok sayıda karar mevcuttur. Kabulünde temeldeki hukuki nedeni HGK kararı ve İsviçre uygulamaları doğrultusunda bağımsızlık unsuruna değinilerek, muris desteğinin şahsından doğan bir hak olmayıp, bağımsız bir hak olması düşüncesidir. Ayrıca destekten yoksun kalanın mutlaka mirasçı olması gerekmediğide malumdur.

Son olarak önemli bir bilgiyi paylaşmak istiyorum.

Bunu daha önce söylemiştim.

Karayolları Fen Müdürlüğünün sorumluluğundaki yol ağında meydana gelen ölümlü ve yaralamalı trafik kazalarının analizine ilişkin rapor gördüm.

Karayolları Genel Müdürlüğü sorumluluğunda 1.1.2014 tarihi itibarı ile 2.127 km otoyol, 31.341 km devlet yolu, 32.155 km il yolu mevcuttur. 9.106 km devlet yolu ile 27.623 km il yolu, Jandarma Genel Komutanlığının sorumluluğunda olup, geri kalan yol ağı Emniyet Genel Müdürlüğü sorumluluğundadır. 31.12.2014 tarihi itibarı ile bu miktarlar biraz daha artmıştır sanıyorum.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Karayolları Genel Müdürlüğü yayınladığı 2013 yılında meydana gelen kazalarla ilgili sonuçlar korkunç ve ürpertici, hatta can yakıcı, Fazla rakamsal detaylara girmeden söylüyorum.

2013 yılında (1.1.2014 tarihi itibarı ile)

- Ölümlü kaza 1.801
- Yaralamalı kaza 45.606
- Ölümlü+yaralamalı kaza toplam 47.407
- Ölü sayısı 2.320
- Yaralı sayısı 102.509'dır.

Bu olayların en az iki tarafı olduğu, yokcuların çokluğu, sigortalar, tazminat davaları açılacak kalemlerin sayıları, destekler ve destek tazminatlarının kapsamı dikkate alındığında ne kadar çok dava açılacağı insanı korkutuyor.

Karayolları Trafik Yönetmeliği yeni değişti ve yürürlüğe girdi. Bir kısım maddeleri 1.1.2016'da yürürlüğe girecek. Umuyorum çok faydalı sonuçlara ve uygulamalara neden olur, olaylar azalır. Dava sayısı azalır, canlar yanmaz, insanlar üzülmez. Bizler dosyaları az olduğu için daha kapsamlı ve daha kısa zamanda inceleriz.

Mesleğimiz, insanlarımız ve ülkemiz için her şeyin güzel olmasını diliyorum. Gençler ve çocuklar için dünyanın güzel olmasını istiyorum. Çünkü onlar her şeyin en güzeline layıktır diyerek sözlerimi bitiriyorum. Sevgi ve saygılarımı sunuyorum.



# SİGORTA VE NAKLİYAT HUKUKUNDA KİŞİSEL YARALANMALAR

*Dr. Peter REUSCH<sup>1</sup>*

*Frankfurt Goethe Üniversitesi*

## I. Giriş

Sigorta hukuku kapsamında sigorta müşterisine, sigortalı kişiye veya bir üçüncü şahsa ilişkin bir kişisel yaralanma vaka-sında ve hasarın sigorta güvencesi dahilinde bulunması duru-munda ilgili mağdurlar için bedensel iş görme potansiyelleri-nin ve sağlıklarının en kısa zaman içerisinde ve eksiksizce eski haline getirilmesinin sağlanması isteği ön planda gelmektedir. Sigorta da aynısını isterken önce hasar yönetimi ile ilgilenmek zorundadır. Bir kişinin yaralanması durumunda kural olarak hasar tazmin talep haklarında şunlar bulunmaktadır: Tıbbi te-davi maliyetlerinin, tedavi sonrası kür ve rehabilitasyon dü-zenlemeleri ve bunlarla ilişkili maliyetler, bakım giderleri, iş yaşamına tekrar dahil edilme masrafları, gelir ve kazanç kaybı veya öder çalışma kapasitesi kaybı, artan ihtiyaçların maliyet-leri, maddi ve mülkiyet kayıpları ile manevi hasar tazminatı. Ancak sigorta bu maliyetleri karşılamadan önce kişisel yara-lanma vakasının gerçekten sigorta kapsamında olup olmadığını incelemek zorundadır. Bu yasal düzenlemelere ve özellikle de doğal olarak kararlaştırılmış sözleşme şartlarına bağlı kal-

---

<sup>1</sup> Dr. Peter Reusch, Frankfurt am Main / Goethe Üniversitesinde Sigor-ta Hukuku dalında öğretim görevlisi ve Frankfurt am Main / Helvetia Sigorta'nın Başmüşaviridir.

maktadır. Sigorta ve nakliyat hukukunun hangi alanlarında kişisel yaralanmaların sigorta kapsamında olduğuna dair genel bir bakış aşağıda yer almaktadır.

### II. Sorumluluk Sigortası örneğinde kişisel yaralanmanın tanımı

Sorumluluk sigortası uygulamada büyük önem taşımakta olduğundan önce bundan ve buna ilişkin hüküm ve şartlardan ve bölümlerden başlamak gereklidir.

AHB (genel mali sorumluluk sigortası sözleşme hüküm ve şartları) 2015'in 1.1 maddesine istinaden sigorta kapsamında bulunan riskler için sigorta müşterisinin sigorta güvencesi süresi içerisinde meydana gelen ve **kişisel yaralanma**, maddi hasarlar veya bunlardan kaynaklanan mali kayıplara yol açan hasara (sigorta olayı) ilişkin olarak özel hukukla ilintili yasal mali sorumluluk sigortasınca bir üçüncü şahıstan tazmin talep hakkı doğmaktadır. Ancak bu oldukça kısa ve öz cümlede kişisel yaralanmanın ne demek olduğuna dair bir tanım bulunmamaktadır. Önceki ve en son AHB 2002'de hüküm ve şartlarda bu görüş ne de olsa bir ölçüde kesinleştirilmiştir. Orada kişisel yaralanmaya ilişkin olarak "insanların ölümü, yaralanması veya sağlıklarının hasar görmesi ile sonuçlanan (kişisel yaralanmalar)" şeklinde tanımı ifade edilmiştir. Ancak bu nihai bir tanım olmamış, kişisel yaralanmanın genellikle nasıl oluştuğu konusunda genel bir açıklama anlamında yer almıştır. Daha yeni sigorta sözleşmesi hüküm ve şartlarında bu konuda bir yenilik amaçlanmamış, değişikliklerden vazgeçilmiştir.

Esasa ilişkin olarak burada sistematik sınıflandırmada herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak kişisel yaralanma, ölümün yanı sıra, bir insanın bir harici müdahale ile bedensel sağlığının yaralanmış sayılması konusu tartışmasızdır. AHB 2002'de sözü geçen sağlık hasarı dahili yaşamsal süreçleri, yani ruhsal hasarları da kapsamaktadır.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> BGHZ 93, 351, 356 ff. = NJW 1985, 1390; BGH NJW 1991, 2347, 2348; BGH NJW 1993, 1523.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Henüz doğmamış ve hatta oluşturulmamış bir çocuğun ileride bu nedenle sağlıksız olarak dünyaya gelmesi unsurunun da bir kişisel yaralanma vakası olarak görülmesine karar verilmiştir.<sup>3</sup> Ancak annedeki ruhsal hasar nedeniyle çocuğunun hasar görmesi durumunda da bir kişisel yaralanma konusu olmalıdır.<sup>4</sup> Asıl bir sağlık hasarının sadece bedensel - fiziksel - değil, aynı zamanda da ruhsal zedelenme olabileceği problematiği özellikle sorumluluk sigortası alanında pratik uygulamada büyük sorunlardan birini oluşturmaktadır, çünkü bu durumun sınırlarının belirlenmesi çok zordur.<sup>5</sup> Son olarak AUB (genel kaza sigortası sözleşme hüküm ve şartları) 2015'e istinaden kaza sigortası sözleşme hüküm ve şartları sigorta güvencesi kapsamında her zamanki gibi sınırlandırmalar bulundururken, kazanın sebebiyet vermiş olmasına rağmen<sup>6</sup> bilinç bozuklukları<sup>7</sup> veya ruhsal tepkimeler sonucu patolojik bozukluklar nedeniyle sigortalı kişinin kazalarının sigorta kapsamında bulunmaması, pratikte yine de böyle vakaların ne zaman meydana geldiği ve ne zaman gelmediğine dair zor sınırları belirleme sorusunu gündeme getirmektedir.

Sorumluluk sigortası kapsamındaki uygulamalarda kaza sonrası nöroz diye adlandırılan travmatik nöroz durumları çok özel sorunlar yaratmaktadır. Bu durumlarda, çok ağır kazalara seyirci kalarak tanık olma sonucu ortaya çıkan ruhsal hasarlar söz konusudur.<sup>8</sup> Bireysel acılara katlanma ve bunları hissetme unsurunun çok ciddi olmasına rağmen burada konu herkes için geçerli olan genel bir yaşam riskidir. Bu bakımdan genel yaşam riski olarak bu unsur sigorta kapsamına alınmamaktadır. Sadece bazı münferit aşırı vakalarda bu yine de bir

<sup>3</sup> BGHZ 8, 243, 248; BGHZ 93, 351, 356.

<sup>4</sup> BGHZ 56, 163, 164 = NJW 1971, 1883; BGHZ 93, 351, 354; Prölss/Martin/Lücke 29. Aufl., 2015, § 1 AHB Rn. 31.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu BGHZ 56, 163.

<sup>6</sup> 5.2.6 AUB 2015.

<sup>7</sup> 5.1.1 AUB 2015.

<sup>8</sup> BGH NJW 1986, 777 ff.; Langheid/Wandt/Littbarski Münchener Kommentar zum VVG 1. Aufl. 2011 § 100 Rn. 131.

kişisel yaralanma olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup> ki, burada ilgili ve sadece az ölçüde mağdur kişinin 45 yaşında ağır ruhsal hasar görmesi sonucu iş göremez hale gelmesi söz konusudur.

Buna karşın genel özlük haklarının ihlali AHB (genel sorumluluk sigortası sözleşme hükümleri ve şartları) anlamında kişisel yaralanma kavramına girmediği geniş çapta kabul edilmektedir. Federal Medeni Kanununun 823. maddesi 1. fıkrasında düzenlenen haksız fiil hukukuna istinaden genel özlük haklarının ihlalinin burada başka bir hak olarak tanınmış olması tartışılmazdır. Ancak bu hak ihlalinin sigorta hukuku için kişisel yaralanma değil sadece saf mali kayıp kapsamına alınmış olması söz konusudur.<sup>10</sup> Bunun dışında bir zamandır güncel sözleşme şartlarında<sup>11</sup> da özlük hakları ve isim hakları ihlali sorumluluk talep haklarının dışında bırakılmaktadır. Kişisel yaralanma olarak sorumluluk talep haklarının dışında bırakılan başka bir unsur da sigorta müşterisinin bir hastalığı bulaştırması sonucu meydana gelen vakalardır.<sup>12</sup>

### III. Sigorta bölümlerinde ve sözleşme hüküm ve şartlarında kişisel yaralanmaya genel bakış

Kişisel yaralanmanın sigorta güvencesi kapsamında olduğu sigorta koşullarına ilişkin representatif bir genel bakış aşağıda yer almaktadır. Hüküm ve şartların çok sayıda olmasından dolayı bu konuya tümüyle hepsinden önce sorumluluk sigortası alanında yer verilememiştir.

#### 1. Ürün sorumluluk sigortası

Ürün sorumluluk modeline (ProdHB) göre ürün sorumluluk riskleri sigorta güvencesi sigortalının kişisel, mali ve bunlara ilişkin diğer hasarlarını güvence altına alan yasal sorumluluğu kapsamaktadır ki, bu hasarların sigortalının ürettiği veya

<sup>9</sup> BGH VersR 1986, 240, 241 mit Anm. Dunz 448.

<sup>10</sup> Langheid/Wandt/Littbarski a.a.O Rn. 133.

<sup>11</sup> 7.16 AHB 2015.

<sup>12</sup> 7.18 AHB 2015.

teslim ettiği ürünler, yaptığı çalışmalar veya sair hizmetler nedeniyle meydana gelmiş olması gerekmektedir. Kişisel yaralanmalar da böylelikle genel sorumluluk sigortası anlamında aynı şekilde, yani sigorta kapsamında olarak anlaşılmalıdır, ProdHB (ürün sorumluluk sigortası) madde 1.1.

### 2. İşletme sorumluluk sigortası

Özel sorumluluk sigortası özel kişinin günlük yaşamdaki tehlikelere ilişkin sorumluluğunu kapsarken, işletme sorumluluk sigortasında bir işletme veya mesleki faaliyetlerden kaynaklanan tehlikeler söz konusudur. Sigorta güvencesinin kapsamı ilgili sigorta sözleşmesinin hüküm ve şartlarına bağlıdır. Genel olarak AHB (genel mali sorumluluk sigorta sözleşmesi hüküm ve şartları) 1.1 maddesine istinaden işletme sorumluluk sigortasının kişisel ve maddi hasarları karşıladığı söylenebilmektedir. Sorumluluğa yol açan bir ticari işletme ile dahili nedensel ilintili bir davranış sonucu meydana gelen kişisel yaralanmalar sigorta güvencesi kapsamında bulunmaktadır. Bu, hasara sebebiyet veren davranışın işletme çıkarları lehine olması durumu için geçerlidir.<sup>13</sup>

Buna karşın mesleki sorumluluk sigortası genellikle serbest çalışan avukatlar, vergi danışmanları mali müşavirler, mimarlar, hekimler v.s. temel konseptiyonları itibarıyla mali kayıp sorumluluk sigortası ile güvence altına alınmaktadır. Elbette ki kişisel yaralanmalar da aynı şekilde kural olarak sigorta güvencesi kapsamındadır, çünkü bu sigorta güvencesi, AHB 1.1 maddesinde açıkça öngörüldüğü gibi genel mali sorumluluk sigortası sözleşme hükümleri ve şartları temelinde sağlanmıştır. Aynı şekilde, mimarların, inşaat mühendislerinin ve danışman mühendislerin mesleki sorumluluk sigortalarının özel hüküm ve şartları ile risk tanımları için de geçerlidir.<sup>14</sup> Burada 1.5 maddesinde kişisel yaralanmaları ve sair hasarları kapsadığı belirtilmektedir.

<sup>13</sup> Hierzu BGH VersR 1988, 1283, 1284; BGH VersR 1987, 1181; BGH VersR 1981, 271; BGH VersR 1976, 921.

<sup>14</sup> Burada versiyon Nisan 2011.

### **3. D & O (Yöneticiler ve memurlar mali sorumluluk) Sigortası**

Almanya'da D & O sigortasında özel bir problem bulunmaktadır ki, sigorta kuruluşlarının çoğunun (GDV - Alman sigortalar birliği) örnek sözleşme hüküm ve şartlarına dayalı kitle segmenti olarak faaliyet gösterirken, burada bunun aksine bu sektör pazarında farklı sunucuların çok sayıda özel sözleşme hüküm ve şartları gözlemlenmektedir. GDV tarafından denetim kurulu, yönetim kurulları ve genel müdürlere yönelik geliştirilmiş mali kayıp sorumluluk sigortası genel sözleşme hükümleri ve şartlarına (AVB-AVG) artık kesintisiz dayalı faaliyetler söz konusu olmaktadır. Her ne kadar bir organ üyesinin özellikle FMK 823. maddesi 1. fıkrası gereği yasal sorumluluğu göz önünde bulundurulsa da, böyle bir haksız fiil sorumluluğu bilindiği üzere mülkiyet hakkı ihlalinin yanı sıra sağlık hasarı ve bedensel yaralanmaları da kapsamaktadır, öyle ki teorik olarak bir organ üyesinin örneğin fiziksel yaralama sonucu meydana gelen haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir vaka senaryosu düşünülebilmektedir. Düşünelim ki, bir genel kurul toplantısı çerçevesinde bir yönetim kurulu üyesi hissedarlar temsilcisinin kritik sorularına öylesine öfkeleniyor ki, karşısındakini tokatlayarak açık yaralanmasına neden olup, böylelikle FMK 823. maddesi 1. fıkrasında belirtilen durum ortaya çıkmış oluyor. Elbette ki, tüm sorumluluk sigortası sözleşme hükümleri ve şartları ve D & O sigortası kural olarak kasıtlı hareketleri sigorta kapsamı dışında bırakmakta olup, böylece bu vaka teoriden ileri gitmemektedir. Kişisel yaralanmalar D & O sigortasında prensip olarak herhalükarda güvence kapsamında bulunmamaktadır. Bu bakımdan da kişisel yaralanmaya ilişkin bir vaka bilinmemektedir.

### **4. Motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortası**

Motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortasında bütün bunlar tamamen farklıdır. Motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortası yönetmeliği 2. maddesi, 1. fıkrası ve AKB (genel motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortası sözleşme hüküm ve şartları) 2015



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

A.1.1 maddesine istinaden motorlu taşıt kullanımı nedeniyle kişilerin yaralanması veya ölmesi durumunda ve bu nedenle sigorta müşterisinin kendisine veya sigortacıya karşı Federal Medeni Kanununun veya Karayolları Trafik Kanununun veya özel hukukun belirlemelerine istinaden tazminat talep hakkını kullanmak isteme durumunda sigorta müşterisi tazminat talep hakkından muaf tutulmaktadır. Ayrıca taşıtın kullanımına ilişkin olarak sürülmesinin yanı sıra taşıta binme ve inme, mal yükleme ve mal indirmenin de dahil olduğu şartlarda açıklanmaktadır.

Buna karşın saf bir mali sorumluluk sigortası olan kasko sigortada yalnızca taşıttaki hasarlar sigorta güvencesi kapsamında bulunup, şahıs sigortaları değildir.<sup>15</sup>

### 5. Motorlu taşıt kaza sigortası

Motorlu taşıt kaza sigortasında yolcuların yaralanması veya ölmesi durumunda mevzuat yine farklıdır. Burada sigortalı şahsın taşıtla veya bağlı römorkla doğrudan ilintili kazalarında sigorta güvencesi sağlanmaktadır. Bu, taşıta binme ve inme, yükleme ve yük indirme ile bağlantılı olarak gelişen kişisel yaralanmalar için de geçerlidir. Burada ön koşul ani şekilde dışarıdan bedenine etki eden kaza vakasının gelişmiş olmasıdır. İlgili şahsın istemeden bir sağlık hasarına uğraması ile kişisel yaralanmalar için sigorta güvencesi sağlanmaktadır - A.4.1 AKB 2015.

### 6. Sürücü koruma sigortası

Mağdur yolcuların motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortası üzerinden tazminat talep hakkı bulunurken, kendi kişisel yaralanması kendisinin sebebiyet verdiği kaza sonucu veya bu kazada müşterek kusurunun bulunması durumunda sürücü yetersiz ölçüde güvence altındadır. Bununla ilintili olarak yeni

---

<sup>15</sup> A.2.1.1 AKB 2015 - Kısmi ve tam kasko için A.2.2 AKB 2015'e istinaden geçerlidir.

tesis edilmiş olan sürücü koruma sigortası bu sigorta güvencesi kapsama açığını örtmek için düşünülmüştür. Burada söz konusu olan, sürücünün yaralanması veya ölümü durumunda devreye giren motorlu taşıt kaza sigortası olup, gerçekten oluşan kişisel yaralanmalara yöneliktir. Söz konusu sigorta güvencesi sürücünün sigorta kapsamında bulunan taşıtı kullanırken meydana gelen bir kaza sonucu yaralanması veya ölmesi ile ilgili kişisel yaralanmaları kapsamaktadır. Bu, taşıta binme ve inme, yükleme ve yük indirme ile bağlantılı olarak gelişen kazalar için de geçerlidir. Sadece sigorta müşterisi değil, taşıtın yetkili sürücüsü de sigorta güvencesi kapsamında bulunmaktadır. Burada yetkili sürücü, bilerek ve iradesi ile kullanma yetkisine sahip olarak taşıtı süren kişidir.<sup>16</sup>

### 7. Hukuksal koruma sigortası

Hukuksal koruma sigortasında kişisel yaralanmalar belli bir şekilde dolaylı olarak sigorta güvencesi kapsamında bulunmaktadır. Trafik ve / veya taşıt hukuksal koruma çerçevesinde bir fiziksel yaralanma nedeniyle sigorta müşterisine karşı tazminat talep haklarının doğması durumunda kişisel yaralanmalar mevcut bir hukuksal koruma sigortası güvence kapsamına girmektedir. Bu trafik veya cezai hukuksal güvencesi çerçevesinde hukuksal koruma sigortasına “savunma maliyetleri sigortası” sağlandığı klasik durumdur. Hukuksal koruma sigortacısı sigorta müşterisine kendisine karşı tazminat talep hakları yöneltilmesi durumunda savunma desteği sağlamaktadır. Ancak bunun tersi de sigorta kapsamına alınabilmektedir. Mağduriyet hukuksal koruma sigortası<sup>17</sup> kapsamında müdahil davacı olarak bir Alman Ceza Hukuku Mahkemesinde sigortalıya hukuksal koruma sigortacısının tayin edeceği bir avukat sayesinde destek sağlanmaktadır. Bunun ön koşulu, sigortalının kendisinin veya birlikte sigortalı bir şahsın bir şiddet suçu mağduru olarak yaralanmış olmasıdır. Bunun yanı sıra Sosyal Kanununa ve Mağdurlar Tazminat Kanununa istinaden talep

<sup>16</sup> A.5.1.2 AKB 2015.

<sup>17</sup> 2.2.1.2 ARB 2012.

haklarının mahkeme dışı yaptırımını da sigorta güvencesi kapsamına girmektedir.<sup>18</sup>

Trafik hukuku koruma sigortasında da hukuki koruma yalnızca savunma kapsamında değil, ayrıca talep haklarına ilişkin yaptırımlar için de geçerlidir. Sigorta müşterisinin veya birlikte sigortalı bir şahsın bir trafik kazasında yaralanması veya ölümü durumunda sigortalının kendisinin veya birlikte sigortalı şahısların, belki de yakınlarının kazaya ilişkin tazmin talep haklarını kazada karşı tarafa karşı geçerli kılmaktadır.<sup>19</sup> Ancak burada sadece kişisel yaralanma unsurunun dolaylı olarak sigorta kapsamında bulunduğu vurgulanmalıdır. Sigortacı talep haklarının yaptırımında destek sağlamaktadır. Kişisel yaralanma, yani tıbbi, tedavi ve sair giderlerin karşılanması hukuksal koruma sigortasının meselesi değildir.

### 8. Seyahat sigortaları

Seyahat iptal sigortası özel sözleşme hüküm ve şartları 2008'e göre seyahat sigortası genel sözleşme hüküm ve şartları ile ilintili olarak 2.1 maddesine göre sigorta güvencesi sigortalı şahsın kendisinin veya risk altındaki kişinin özellikle ölüm, ağır bir kaza yaralanması, beklenmeyen ağır bir hastalık, aşı alerjisi, protezlerin kırılması veya implante eklemlerin lükse olması veya örneğin bir kalp pilinin beklenmeyen arızası ile ilişkili olarak seyahatin plana uygun icrası beklenememesi durumunda geçerlidir.<sup>20</sup> Aynıısı seyahatin kesilmesi sigortası özel sigorta sözleşme hüküm ve şartları 2008 için de geçerlidir. Burada sigortacı aynı koşullar altında seyahatin ölüm, ağır kaza yaralanması veya beklenmeyen ağır bir hastalık nedeniyle plan dışı olarak kesilmesi durumunda tazminat öder.

Seyahat sağlık sigortası için de çok benzer koşullar geçerlidir. Burada da sigorta güvencesi sigortalı kişinin sigorta gü-

---

<sup>18</sup> 2.2.1.2 ARB 2012.

<sup>19</sup> 2.1.2 ARB 2012.

<sup>20</sup> Seyahat sigortası sözleşme şartlarının genel bölümü ile bağlantılı olarak 2008 (AT-Reise 2008).

vencesi süresi içerisinde ölüm, ağır kaza nedeniyle yaralanma veya beklenmeyen ağır bir hastalıktan dolayı seyahatin plana uygun icrası beklenmemesi durumunda geçerlidir.<sup>21</sup>

### 9. Özel sağlık sigortası

Mali sorumluluk sigortası gibi özel sağlık sigortasının ürün ve tarife düzenlemesi çok çeşitlidir. Bu bakımdan bu noktada sadece çok kaba bir genel bakış sunmak mümkündür.

Burada bu çeşitlilik, sağlık giderleri sigortası, günlük hastalık parası sigortası, günlük hastane yatış parası sigortası, seyahat sağlık sigortası ve kalıntı borç koruma sigortası olarak ayrılmaktadır. Sonuncusu günlük hastalık parası sigortasının özel bir şeklidir. Burada kararlaştırılmış günlük meblağ hastalık süresinde vadesi gelen vadeli ödeme miktarlarını amorti edebilmek için düşünülmüştür. Farklı sigorta türleri karma grup sigorta olarak ta alınabilmektedir.

Son olarak ilaveten özel bakım sigortaları bulunmaktadır ki, burada sağlık bakım sigortası, özel bakım sigortası ile özel sağlık bakım ikmal sigortasından söz edilebilir.

Sigorta güvencesi kapsamındaki tehlike sigortacının sözleşmeye özgü mükellefiyeti olarak tıbbi masraflar sigortası Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 192. madde, 1-3 fıkralarında, günlük hastane yatış parası sigortası 192. madde, 4. fıkrasında, günlük hastalık parası sigortası 192. madde, 5. fıkrasında ve sağlık bakım sigortası 192. madde, 6. fıkrasında düzenlenmektedir. Bunlara göre sigortacı hastalık veya kaza sonucu tıbbi açıdan gerekli tedavilerin giderlerini kararlaştırılmış kapsamda karşılamakla yükümlüdür. Burada tahakkuk etmiş kişisel yaralanmalara yönelik gider tazmini söz konusu olmaktadır. Yasal sağlık sigortasında (GKV) sigorta kapsamında bulunan değer sigortalının tıbbi bakımı olurken, özel sağlık sigortasında sigorta kapsamında bulunan değer hastalık giderlerinin mali

---

<sup>21</sup> § 2 AVB-RK/Elvia.

olarak karşılanmasıdır. Bu bağlamda bir tıbbi giderler sigortasından da söz edilebilmektedir. Tıbbi giderler sigortasında hamilelik ve doğum, hastalık ve kaza ile eşdeğerli tutulmaktadır. Ancak hastalık ve kaza kanunlarda, genel sigorta sözleşmesi hüküm ve şartlarında olduğu kadar az tanımlanmaktadır. Yaygın görüşe istinaden hastalık objektif bir tıbbi değerlendirmeye göre fiziksel veya ruhsal fonksiyonların pek önemsiz olmayan bozukluğuna yol açan mevcut anormal fiziksel veya ruhsal durum olarak tanımlanmaktadır.<sup>22</sup>

Burada ileri ayrıntılara girmek mümkün değildir. Kaza kavramına gelince, sağlık bozukluğu nedeninin dış kaynaklı bir olay olması sağlık sigortası alanında yeterli bulunmaktadır. Kanun kapsamında tıbbi tedavilerden kesinlikle bir kazanın neticesi olarak söz edilmesi düzenlemesiyle fiziksel bozuklukların sadece bir rahatsızlanma sonucu ortaya çıkması durumunda değil, aynı zamanda da kaza sonucu, yani dış kaynaklı bir olaydan dolayı meydana gelmesi durumunda sigorta güvencesi kapsamında olması gerektiği vurgulanmaktadır. Böylelikle sağlık sigortası açısından kaza kavramı özel kaza sigortasında olduğundan daha geniş kapsamlıdır.<sup>23</sup>

### 10.Yaşam sigortası

Yaşam sigortasının özel bir düzenlemesi olarak Almanya'da mesleki emeklilik şekli bulunmaktadır. Bunun türleri olarak ta doğrudan taahhüt, doğrudan sigorta, emekli sandığı, emeklilik fonları veya ihtiyat fonu mevcuttur. Emeklilik ve ölümün yanı sıra bir mesleki emeklilik taahhüdü de maluliyet sigortası tahakkuk vakasını kapsayabilmektedir (BetrAVG - Mesleki Emeklilik Kanunu). Taahhüdün maluliyeti de kapsamaması durumunda mesleki emeklilik çerçevesinde sigortalının gelir kaybına uğraması söz konusudur. Gelir kaybı çalışanın sağlığı bakımından çalışma kapasitesinin kaybı sonucunda öngörü-

<sup>22</sup> BGH VersR 2005, 1673; VersR 2004, 588; OLG Hamm VersR 1997, 1342; OLG Saarbrücken VersR 1999, 479.

<sup>23</sup> Prölss/Martin/Voit § 192 Rn. 43.

lebilir gelecekte kısmen veya tamamen mesleki faaliyet bulunamayacağından işletme taahhüdü bunu en azından kısmen dengelemek zorundadır.<sup>24</sup>

### **11.Mesleki maluliyet sigortası ve mesleki maluliyet ek sigortası**

Yaşam sigortasının yine biçimlerinden olan serbest meslek maluliyeti veya sadece bir yaşam sigortası ile bağlantılı olarak sunulan meslek maluliyeti ek sigortası bulunmakta olup, burada gerçekleşmiş bir kişisel yaralanma vakası sigorta güvencesi kapsamında altında bulunmaktadır. Memur veya işçi olarak bağımlı çalışan bir sigortalı, sağlık nedenleriyle işyerinde hizmet veya iş sözleşmesinde belirlenen son performanslarını kararlaştırılmış ölçüde sağlayamadığı durumda mesleki malul kabul edilmektedir. AVB BU 2014'ün (iş sözleşmesi hüküm ve şartları) 2. maddesinde maluliyet, sigortalının tıbbi olarak saptanan hastalık, fiziki yaralanma veya yaşlılığa bağlı durumdan fazla güç kaybı sonucu son icra ettiği mesleğini sağlık kısıtlamaları olmadan ilgili sigortacı tarafından belirlenecek bir yüzdelik oranda öngörülebilir şekilde kalıcı olarak yapamayacağı durum olarak tanımlanmaktadır. Sigortalı kişinin şimdiye kadar olan yaşam konumuna tekabül eden başka bir faaliyet icra edememesi durumunda da aynısı geçerlidir.<sup>25</sup>

### **12.Kaza sigortası**

Kaza sigortasında çok büyük pratik önem, kişisel yaralanmaya ilişkin burada ancak aralıksız ele alınabilen kapsamlı ihtimal muhasebesidir. VVG (Sigorta Sözleşme Kanunu) 178. madde, 2. fıkrasında kazanın yasal tanımlanması, sigortalı kişinin ani şekilde dışarıdan bedenine etki eden olayda istemeden sağlık hasarına uğraması durumu olarak belirtilmektedir. AUB (genel kaza sigortası sözleşme hüküm ve şartları) 2014 yılından

<sup>24</sup> BAG NZA 2001, 326; BAG NZA 1999, 317.

<sup>25</sup> Aynı tanım Maluliyet Ek Sigortası sözleşmesi genel şartlarının 2. maddesinde de yer almaktadır ABV BUZ 2013.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

güncel geçerli versiyonunda 1.3 maddesinde kanun metnini sadece tırnak içerisinde “kaza olayı” ibaresiyle tamamlayarak tekrarlamaktadır.

Durum kriteri “dış kaynaklı etki “ uygulamalarda hep sorunlara yol açmaktadır. Burada eksik olan, sağlık hasarının çoğu zaman sigortalı kişinin sakarca bir hareketinden veya diğer bir öz davranışından kaynaklanmış olmasıdır. Sigortalı kişinin dış kaynaklı etkilerin bulunmadığı kendi hareketleri büyük sorunlara ve sigorta müşterileri ile sayısız tartışmalara yol açmaktadır.<sup>26</sup> Sigorta müşterileri ile yapılan bu münakaşaların konusu genellikle evde veya yolda, örneğin sokakta ayak burkulması veya düşme vakaları olmaktadır.

Aynı şekilde kalp krizi, felç veya spontane kırılma veya imp-lante bir kalp kapakçığının kırılması da hariç tutulmaktadır.<sup>27</sup>

Kaza kavramı AUB (genel kaza sigortası sözleşme hüküm ve şartları) 1.4 maddesinde daha geniş tanımlanmaktadır. Buna göre, sigortalı kişinin arttırılmış efor sonucu ekstremitelerde veya omurgada bir eklem yerinden oynaması veya ekstremitelerde bulunan kaslarda, tendonlarda, ligamentlerde veya kapsüllerde aşırı gerilme veya yırtılma meydana gelmesi de kaza olarak kabul edilmektedir. Kaza sigortası için belirleyici tazminat ön koşulu sigortalı kişinin zarara uğradığı bir maluliyetin mevcut olmasıdır.<sup>28</sup> Fiziksel veya zihinsel performans kapasitesi kalıcı olarak olumsuz etki altında bulunması maluliyet olarak kabul edilmektedir. Olumsuz etkinin kalıcı olması ise bu durumun görünüşe göre üç yıldan fazla süreceği ve herhangi bir değişikliğin beklenmediği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte kaza sigortası kendine özgü bir kavramı tanımlamaktadır, yani maluliyetin kişisel yaralanma açısından görüldüğü kanaatindedir. Pratik uygulamada maluliyetin sa-

<sup>26</sup> Burada kapsamlı hüküm ayrıntılarıyla karşılaştırınız: Langheid/Wandt/Dörner § 178 Rn. 66; Prölss/Martin/Knappmann § 178 Rn. 7.

<sup>27</sup> OLG Hamm VersR 2008, 349; OLG Düsseldorf r+s 1999, 296; LG Freiburg r+s 2003, 254, 255; OLG Düsseldorf VersR 1999, 880; OLG Hamm VersR 1998, 708, 709.

<sup>28</sup> 2.1.1.1 AUB 2014.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dece belirtilen kriterlere ve böylelikle kaza sigortasının standartlarına göre tespit edilmesi sorun yaratmaktadır. Bu bağlamda maluliyetin kaza sigortası şartlarına göre belirlenmesi otomatik olarak mesleki maluliyet sigortası açısından da kabul edilememektedir. Mesleki maluliyet kavramı yasal emeklilik sigortası açısından çalışma maluliyeti anlamına da gelmemektedir.<sup>29</sup> Bu durumu sigorta müşterilerince veya mağdurlarca açıklıkla anlaşılabilmesi mutlaka beklenemeye bilmektedir. Ancak bu farklılıkların bazı avukatlar tarafından da kavranamaması şaşırtıcıdır. Bazen alt düzey yetkili mahkemelere de ilişkilerin açıklanması gerekmektedir. Medyada, özellikle de televizyonda sözde ödeme yapmayan sigortalara ilişkin bazı olumsuz haberler bunun nedenini oluşturmaktadır.

Sigorta kapsamından ihracın pratikte özel önemi AUB 2014'ün çekirdek unsurlarından biri ile ilgili olup, bu 5. maddede belirtilen risklerin sigorta kapsamından ihracı ile ilgili düzenlemedir. Burada konu aktüeryal olarak sekonder risk sınırlamaları olup, bu kusurluluğa bağlı bulunmamaktadır. Sigorta kapsamından hariç tutulma ile ilgili belirleyici hususlara dair bilgiler de gerekmemektedir. Sigortacı bu noktada sigorta güvencesini kısıtlamaktadır. Sigortalı kişinin kazalarında sigorta kapsamından hariç tutulanlar ruhsal bozukluklar veya bilinç bozuklukları, felç ve epileptik nöbetlerdir. Tazminat reddinde büyük rol oynayan unsurlar ise alkol kullanımına bağlı bilinç bozuklukları ve bilinç bozuklukları nedeniyle gelişen trafik kazalarıdır. Bilinci olumsuz etkileyen muhtemel nedenler olarak kesinlikle ilaç alımı, alkol tüketimi veya uyuşturucu / uyarıcı veya sair maddelerin kullanımı belirtilmektedir. Bilinç bozukluğu veya nöbet bir kaza vakası sonucu gelişmişse elbette durum değişmekte olup sigorta güvencesi bulunmaktadır.<sup>30</sup>

AUB 2014, 5.2.6 maddesine istinaden sigorta güvencesinden hariç bırakma konusu pratikte özel önem kazandırmaktadır. Psikolojik reaksiyonların neden olduğu patolojik bozukluklar

<sup>29</sup> § 43 Çalışma kapasitesi kaybı nedeniyle emeklilik SGB VI.

<sup>30</sup> 5.1.1 AUB 2014.



bir kaza sonucu meydana gelmiş olmalarına rağmen sigorta güvence kapsamından hariç tutulmaktadır. Bunlar özellikle travma sonrası stres bozukluğu veya anksiyetiedir.<sup>31</sup> Esasen kaza genelde şok, dehşet, korku veya benzeri durumlara yol açmaktadır. Sigortalı bazen sübjektif fiziksel ağrı hissetse de bu tıbbi incelemelerde her zaman doğrulanmamaktadır. Travma sonrası stres bozukluklarında olduğu gibi somatoform bozukluklar<sup>32</sup> da sigorta güvence kapsamına alınmamaktadır. Fiziksel açıklanabilir semptomlara ilişkin yapılan çok sayıda tıbbi muayenenin olumsuz sonuç vermesine rağmen sigortalı tekrar tekrar fiziksel semptomlar nedeniyle tıbbi incelemede ısrar etmektedir. Ayrıca günlük yaşamda belirgin olarak ortaya çıkan uyum bozuklukları<sup>33</sup>, reaktif depresyonlar, korku, öz eksikliği, belirsizliği ve yetersizliği ile kısıtlı yaşam becerileri sigorta güvence kapsamından hariç tutulmaktadır.<sup>34</sup> Depresyonlarla ilgili daha ayrıntılı derecelendirilmiş bir tablo gerekmektedir.<sup>35</sup>

Bir kaza sonucu organ hasarları oluşması ve buna bağlı olarak psikolojik bozuklukların, muhtemelen depresyonların gelişmesi, ciddi kalıcı fiziksel engeller, örn. parapleji veya deformasyon oluşumu durumlarında bunları sigorta kapsamı dışında bırakmak geçerli değildir. Tazminat için belirleyici olan bir unsur da ortaya çıkan sağlık hasarlarının organ kaynaklı olup olmadığıdır. Tıbbi açıdan morbid durumun kesinlikle psikolojik bir reaksiyonun sonucu olduğunun tespit edilmesi durumunda<sup>36</sup> bu sigorta güvencesi kapsamında değildir. Burada sigorta kapsamında bulunmayan kaza sonucu saf psikolojik reaksiyon söz konusudur<sup>37</sup>. Buna karşın organ hasarlarının psikolojik sağlık bozukluklarına yol açması durumunda sigortacının sigorta güvencesi sağlaması gerekmektedir.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Vgl. hierzu ICD-10 F 43.1 .

<sup>32</sup> ICD-10 F 45.0.

<sup>33</sup> ICD-10 F 43.2.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1318, 1323.

<sup>35</sup> ICD-10 F 32.

<sup>36</sup> OLG Köln VersR 2007, 976; OLG Rostock VersR 2006, 105.

<sup>37</sup> OLG Brandenburg VersR 2006, 1251.

<sup>38</sup> BGH VersR 2004, 1446.

### 13.Nakliyat sigortası

Konu sigorta ve nakliyat hukukunda şahıs sigortaları olduğundan nihai olarak bir de nakliyat hukuku ve nakliyat sigortası düşünülebilir. Sigorta kapsamında bulunan hak açısından incelendiğinde nakliyat sigortası sevk edilen emtada oluşan hasarı karşılamak üzere tasarlanmış bir sigortadır. Nakliyat sigortasının karakteristik özelliği olağanüstü çok çeşitli olmasıdır, çünkü mali tazmininin yanı sıra, örneğin açık deniz gemileri, nehir gemileri, kara araçları, hava araçları gibi sevkiyat araçlarının mal teslimatı hakkı kasko sigortaları çerçevesinde karşılanmaktadır. Bunun yanı sıra nakliyata ilişkin sorumluluk riskleri de sigorta kapsamına alınmaktadır. Aynı şekilde nakliyat yollarına göre de ayrılmaktadır. Bu bağlamda deniz, iç navigasyon ve hava nakliyatı sigortaları bulunmaktadır. Ayrıca bunlara kombine multimodal nakliyatlar eklenmektedir.

Burada kişisel yaralanmalar sigorta güvencesi kapsamında bulunmamaktadır veya nakliyat sigortası kişisel yaralanmaların sigorta güvencesi kapsamına alınması bir istisna teşkil etmektedir.

Nakliyat hukukuna gelince, taşımacının kişisel yaralanmalara ilişkin sorumluluğunu öngören yasal yönetmelikler bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak raylı taşıtları ele alalım.

Toplu taşımacılıkta raylı taşıtlar için, esas itibarıyla Almanya'da, yani Alman Demiryolları için, nakliyat hukukunun yani ulusal kargo, sevkiyat ve depolama hukukunun düzenlemeleri HGB (Ticaret Kanunu) 407 ilâ 475. maddelerinde belirtilmiştir. Alman Demiryolları genel depolama koşullarında esas alınan genel ticari şartları kullanmaktadır. Burada kişisel yaralanma durumunda Alman Demiryollarının tahmin edilebilir tüm tipik hasarlarda trafik açısından önemli yükümlülüklerin ihlali durumunda 1,0 milyon Euro'ya kadar sorumlu tutulduğu öngörülmüştür. Ağır ihmal durumunda ise sorumluluğu sınırsızdır.<sup>39</sup> Taşımacı yolcunun demiryolu ile seyahati

<sup>39</sup> Koller, Nakliyat Hukuku , 8. Baskı 2013, S. 1004 Rn. 3.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

esnasında bir kaza sonucu veya biniş ve iniş sırasında ölmesi, yaralanması veya başka herhangi bir şekilde fiziksel veya psikolojik hasar görmesi durumlarında meydana gelen hasardan sorumludur.

İç navigasyon hukuku armatörün sorumluluğunu gemide bulunan veya gemi işletmesi, kurtarma ve enkaz tahliyesi ile doğrudan ilintili kişisel yaralanma ve maddi hasar açısından öngörmektedir, § 4 Abs. 4 BinSchG (Federal Kirliliği Koruma Yasası) 4. madde 4. fıkra. CIV (Demiryolları yolcu ve yük taşıma hakkında 07.02.1970 tarihli uluslararası anlaşma)<sup>40</sup> 26. maddesi gereği kişisel yaralanmalar kesinlikle sigorta güvencesi kapsamındadır.

### 14. Denizcilik hukukuna ilişkin sorumluluk sigortası

Denizcilik hukukuna ilişkin mali sorumluluk sigortasında da P&I-Sigortası (Koruma & Tazminat Sigortası) çerçevesinde kişisel yaralanmalar karşılanmaktadır. P&I-Sigortası kişisel yaralanmalarda sigortalı anlamında gemi mürettebatı ve yolcuların kişisel yaralanmaları veya kılavuzlar, rıhtım işçileri, palamarcılar gibi hükme göre gemiyle ilgili şahısların kişisel yaralanmaları olarak ayırmaktadır. Burada sigorta güvencesi kapsamında bulunan şahısların ölümü veya fiziksel yaralanmalarının yasal mali sorumluluğudur.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemins de fer - Demiryolları yolcu ve yük taşıma hakkında 07.02.1970 tarihli uluslararası anlaşma (Federal Yasalar Gazetesi 1974 II S. 493)

<sup>41</sup> Ayrıntılar için: Hartenstein/Reuschle/Schwampe Nakliyat ve Sevkiyat Hukuku 2009 § 17 Rn. 45 ff.; Thume/de la Motte/Schwampe Nakliyat sigortası hukuku 2004 Rn. 177 ff.



# PERSONENSCHÄDEN IM VERSICHERUNGS- UND TRANSPORTRECHT

*Dr. Peter REUSCH<sup>1</sup>*

## **I. Einführung**

Kommt es im Bereich des Versicherungsrechts zu einem Personenschaden beim Versicherungsnehmer, der versicherten Person oder bei einem Dritten und ist der Schaden versichert, so steht für die betroffenen Geschädigten der Wunsch nach einer schnellstmöglichen vollständigen Wiederherstellung ihrer körperlichen Leistungsfähigkeit und Gesundheit an erster Stelle. Der Versicherer wünscht das auch, muss sich aber zunächst um die Schadenregulierung kümmern. Wenn eine Person verletzt wird, gehören regelmäßig zu den Schadenersatzansprüchen: Heilbehandlungskosten, Kur- und Rehabilitationsmaßnahmen und damit verbundene Kosten, Betreuungskosten, Kosten für eine berufliche Wiedereingliederung, Verdienstaufschlag, entgangener Gewinn oder Erwerbsminderung, Kosten für vermehrte Bedürfnisse, Sach- und Vermögensschäden sowie Schmerzensgeld. Bevor der Versicherer diese Kosten jedoch erstatten kann, muss er prüfen, ob es sich überhaupt um einen versicherten Personenschaden handelt. Das richtet sich nach den gesetzlichen Regeln und insbesondere natürlich nach den vereinbarten Versicherungsbedin-

---

<sup>1</sup> Dr. Peter Reusch ist Lehrbeauftragter für Versicherungsrecht an der Goethe Universität Frankfurt am Main und Chefsyndikus der Helvetia Versicherungen, Frankfurt am Main.

gungen. Im Folgenden soll ein Überblick gegeben werden, in welchen Bereichen Personenschäden im Versicherungs- und Transportrecht versichert sind.

### II. Definition des Personenschadens am Beispiel der Haftpflichtversicherung

Besonders wichtig in der Praxis ist die Haftpflichtversicherung. Deshalb soll mit ihr und den damit verbundenen Bedingungswerken und Sparten begonnen werden. Versicherungsschutz besteht nach Ziffer 1.1 AHB 2015 im Rahmen des versicherten Risikos für den Fall, dass der Versicherungsnehmer während eines der Wirksamkeit der Versicherung eingetretenen Schadenereignisses (Versicherungsfall), das einen **Personen-**, Sach- oder sich daraus ergebenden Vermögensschaden zur Folge hatte, aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts von einem Dritten auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird. Der Satz, der recht lapidar anmutet, enthält aber keine Beschreibung, was ein Personenschaden ist. In älteren Bedingungen und zuletzt in den AHB 2002 wurde immerhin dieser Aspekt etwas präzisiert. Dort gibt es im Hinblick auf den Personenschaden die Formulierung, "das den Tod, die Verletzung oder Gesundheitsbeschädigung von Menschen (Personenschaden) ... zur Folge hatte". Das war aber nicht als abschließende Definition, sondern als allgemeine Erläuterung gemeint, wie sich in der Regel ein Personenschaden darstellt. In den neueren Bedingungswerken hat man darauf verzichtet, ohne damit Änderungen zu beabsichtigen.

In der Sache selbst haben sich hiermit in der systematischen Einordnung keine Veränderungen ergeben. Unstreitig ist, dass ein Personenschaden neben dem Tod jedenfalls dann vorliegt, wenn ein Mensch durch einen äußerlichen Eingriff in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt ist. Die Gesundheitsschädigung, die die AHB 2002 noch erwähnten, erfasst auch die Störung der inneren Lebensvorgänge, also psychische Schädigungen.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BGHZ 93, 351, 356 ff. = NJW 1985, 1390; BGH NJW 1991, 2347, 2348; BGH

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Entschieden wurde, dass zu einem Personenschaden auch die Schädigung des ungeborenen oder sogar noch nicht erzeugten Kindes zählt, wenn es deswegen später krank zur Welt kommt.<sup>3</sup> Aber auch bei einer psychischen Schädigung der Mutter, wenn sie zu einem Schaden des Kindes führt, soll ein Personenschaden vorliegen.<sup>4</sup> Gerade die Problematik, dass eine Gesundheitsbeschädigung eben nicht nur in einer körperlichen - physischen -, sondern auch in einer psychischen Beeinträchtigung bestehen kann, ist eines der großen Probleme der Praxis, insbesondere im Bereich der Haftpflichtversicherung, weil dies eine schwierige Abgrenzung darstellt.<sup>5</sup> Obwohl etwa die Unfallversicherungsbedingungen, zuletzt die AUB 2015, insoweit schon immer Einschränkungen des Versicherungsschutzes enthalten, indem Unfälle der versicherten Person durch Bewusstseinsstörungen<sup>6</sup> oder krankhafte Störungen infolge psychischer Reaktionen, auch wenn diese durch den Unfall verursacht werden<sup>7</sup>, nicht versichert sind, stellt sich gleichwohl in der Praxis wiederum die schwierige Abgrenzungsfrage, wann solche Fälle vorliegen und wann nicht.

In der Haftpflichtversicherung machen in der Praxis die sog. Unfallneurosen besondere Probleme. Dabei handelt es sich um psychische Beeinträchtigungen aufgrund des Miterlebens von sehr schweren Unfällen als Zuschauer.<sup>8</sup> Auch wenn das individuelle Leiden und Empfinden mitunter gravierend ist, handelt es sich hierbei jedoch um ein allgemeines Lebensrisiko, das jeden treffen kann. Als allgemeines Lebensrisiko ist es daher nicht versichert. Nur in einzelnen Extremfällen ist ein

---

NJW 1993, 1523.

<sup>3</sup> BGHZ 8, 243, 248; BGHZ 93, 351, 356.

<sup>4</sup> BGHZ 56, 163, 164 = NJW 1971, 1883; BGHZ 93, 351, 354; Prölss/Martin/Lücke 29. Aufl., 2015, § 1 AHB Rn. 31.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu BGHZ 56, 163.

<sup>6</sup> 5.1.1 AUB 2015.

<sup>7</sup> 5.2.6 AUB 2015.

<sup>8</sup> BGH NJW 1986, 777 ff.; Langheid/Wandt/Littbarski Münchener Kommentar zum VVG 1. Aufl. 2011 § 100 Rn. 131.

Personenschaden gleichwohl bejaht worden<sup>9</sup>, so als der Betroffene und nur leicht Geschädigte im Alter von 45 Jahren wegen seiner schweren psychischen Beeinträchtigungen berufs unfähig wurde.

Weitgehend anerkannt ist heute aber hingegen, dass die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht unter den Begriff des Personenschadens im Sinne der AHB fällt. Im deliktsrecht unter § 823 Abs. 1 BGB ist durchaus unstrittig, dass die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht dort miterfasst ist. Für das Versicherungsrecht ist jedoch ebenso anerkannt, dass es sich insoweit bei der Verletzung dieses Rechts nicht um einen Personenschaden, sondern ausschließlich um einen reinen Vermögensschaden handelt.<sup>10</sup> Hinzu kommt, dass seit einiger Zeit auch in den aktuellen Bedingungen<sup>11</sup> Haftpflichtansprüche wegen Schäden aus Persönlichkeits- und Namensrechtsverletzungen ausdrücklich ausgeschlossen sind. Ebenso ausgeschlossen sind Haftpflichtansprüche wegen Personenschäden, die aus der Übertragung einer Krankheit des Versicherungsnehmers resultieren.<sup>12</sup>

### III. Überblick über Personenschäden in Versicherungssparten und Bedingungswerken

Im Folgenden soll nun ein repräsentativer Überblick über die Versicherungsbedingungen gegeben werden, bei denen Personenschäden versichert sind. Vollständig kann er wegen der Vielzahl der Bedingungen vor allem im Bereich der Haftpflichtversicherung nicht sein.

#### 1. Produkthaftpflichtversicherung

Der Versicherungsschutz für Produkthaftpflichtrisiken nach dem Produkthaftpflichtmodell (ProdHB) umfasst die ge-

---

<sup>9</sup> BGH VersR 1986, 240, 241 mit Anm. Dunz 448.

<sup>10</sup> Langheid/Wandt/Littbarski a.a.O Rn. 133.

<sup>11</sup> 7.16 AHB 2015.

<sup>12</sup> 7.18 AHB 2015.



setzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers für Personen-, Sach- und daraus entstandene weitere Schäden, soweit diese durch vom Versicherungsnehmer hergestellte oder gelieferte Erzeugnisse, erbrachte Arbeiten oder sonstige Leistungen verursacht werden. Personenschäden sind damit in gleicher Weise zu verstehen wie in der allgemeinen Haftpflichtversicherung, also versichert, § 1.1 ProdHB.

### 2. Betriebshaftpflichtversicherung

Während die Privathaftpflichtversicherung die Haftung, deren man sich als Privatperson aus den Gefahren des täglichen Lebens gegenüber sieht, erfasst, geht es bei der Betriebshaftpflichtversicherung um die Gefahren, die aus einer betrieblichen oder beruflichen Beschäftigung herrühren. Der Umfang des Versicherungsschutzes hängt von den jeweiligen Versicherungsbedingungen ab. Generell lässt sich jedenfalls sagen, dass die Betriebshaftpflichtversicherung auch nach Ziffer 1.1 der AHB Personen- und Sachschäden abdeckt. Personenschäden als Folge eines haftungsauslösenden Verhaltens, das in einem inneren ursächlichen Zusammenhang mit einem geschäftlichen Betrieb steht, sind versichert. Das ist dann der Fall, wenn das schadenstiftende Handeln bestimmt war, den Interessen des Betriebes zu dienen.<sup>13</sup>

Demgegenüber sind die Berufshaftpflichtversicherungen der in der Regel freiberuflich tätigen Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Architekten, Ärzte etc. zwar von ihrer Grundkonzeption her als Vermögensschadenhaftpflichtversicherung ausgestaltet. Allerdings sind gleichwohl Personenschäden regelmäßig mitversichert, weil der Versicherungsschutz auch auf Grundlage der AHB gewährt wird, in denen Personenschäden, wie in Ziffer 1.1 der AHB vorgesehen, ausdrücklich eingeschlossen werden. So ist es etwa in den Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Berufs-

---

<sup>13</sup> Hierzu BGH VersR 1988, 1283, 1284; BGH VersR 1987, 1181; BGH VersR 1981, 271; BGH VersR 1976, 921.

haftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und beratenden Ingenieuren.<sup>14</sup> Dort sieht 1.5 vor, dass der Versicherungsschutz ausdrücklich Personen- und sonstige Schäden umfasst.

### 3. D & O Versicherung

Bei der D & O Versicherung besteht in Deutschland das besondere Problem, dass etwa im Gegensatz zu den Massensparten, wo sich die meisten Versicherungsunternehmen an den Musterbedingungen des Verbandes (GDV) orientieren, hier im Markt eine Vielzahl von Spezialbedingungen verschiedener Anbieter zu beobachten sind. Eine Orientierung an den vom GDV entwickelten Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschadenhaftpflicht von Aufsichtsrat, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG) findet nur noch sehr cursorisch statt. Zwar kommt eine Haftung eines Organmitglieds aufgrund Gesetzes und damit insbesondere auch nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht. Eine solche deliktische Haftung umfasst bekanntlich neben Eigentums- auch Gesundheits- und Körperverletzungen, sodass man sich theoretisch durchaus Fallgestaltungen vorstellen kann, in denen es zu einer deliktischen Haftung eines Organmitglieds etwa wegen einer Körperverletzung kommen könnte. Man stelle sich vor, im Rahmen einer Hauptversammlung ärgert sich das Vorstandsmitglied über kritische Fragen des Aktionärsvertreters dermaßen, dass er ihn ohrfeigt und es infolgedessen etwa zu einer Platzwunde kommt, womit der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt wäre. Allerdings schließen alle Haftpflichtversicherungsbedingungen und damit auch die D & O Versicherung regelmäßig vorsätzliches Handeln aus, sodass dieser Fall eher von theoretischer Natur erscheint. Grundsätzlich sind damit Personenschäden in der D & O Versicherung jedenfalls nicht versichert. Daher ist auch kein Fall bekannt geworden, wo es um einen Personenschaden gegangen wäre.

---

<sup>14</sup> In der Fassung April 2011.

### 4. Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung

Gänzlich anders ist es natürlich in der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung. Nach § 2 Abs. 1 Kfz-Pflichtversicherungsverordnung und A.1.1 AKB 2015 wird der Versicherungsnehmer von Schadenersatzansprüchen freigestellt, wenn durch den Gebrauch des Fahrzeugs Personen verletzt oder getötet werden und deswegen gegen den Versicherungsnehmer selbst oder gegen den Versicherer Schadenersatzansprüche aufgrund von Haftpflichtbestimmungen des BGB oder des Straßenverkehrsgesetzes oder aufgrund anderer gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen des Privatrechts geltend gemacht werden. Verdeutlicht wird in den Bedingungen noch, dass zum Gebrauch des Fahrzeugs neben dem Fahren auch das Ein- oder Aussteigen sowie das Be- und Entladen gehören.

Demgegenüber sind in der Kaskoversicherung, die eine reine Sachversicherung ist, nur Schäden am Fahrzeug versichert, nicht hingegen Personenversicherungen.<sup>15</sup>

### 5. Kfz-Unfallversicherung

Anders ist es wiederum im Bereich der Kfz-Unfallversicherung, wenn Insassen verletzt oder getötet werden. Hier wird Versicherungsschutz bei Unfällen der versicherten Person, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Gebrauch des Fahrzeugs oder damit verbundenen Anhängers stehen, geboten. Das gilt auch für Personenschäden, die im Zusammenhang mit dem Ein- und Aussteigen, Be- und Entladen entstehen. Voraussetzung ist, dass es zu einem plötzlich von außen auf den Körper wirkenden Unfallereignis gekommen ist. Erleidet die betreffende Person unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung, so wird insoweit Versicherungsschutz für Personenschäden geboten - A.4.1 AKB 2015.

---

<sup>15</sup> A.2.1.1 AKB 2015 - Das gilt für Teil- und Vollkasko A.2.2 AKB 2015 entsprechend.

### 6. Fahrerschutzversicherung

Während geschädigte Mitfahrer Anspruch auf Entschädigung durch die Kfz-Haftpflichtversicherung haben, ist der Fahrer nicht ausreichend geschützt, wenn der selbst erlittene Personenschaden durch einen Unfall selbst verursacht oder mitverschuldet wurde. Relativ neu ist daher die sog. Fahrerschutzversicherung, die diese Deckungslücke schließen soll. Dabei handelt es sich um eine Kfz-Unfallversicherung, die eintritt, wenn der Fahrer verletzt oder getötet wird. Sie richtet sich nach dem tatsächlich entstandenen Personenschaden. Versichert sind damit Personenschäden des Fahrers, die dadurch entstehen, dass er durch einen Unfall beim Lenken des versicherten Fahrzeugs verletzt oder getötet wird. Das gilt auch für Unfälle, die durch Ein- oder Aussteigen oder beim Be- und Entladen entstehen. Versichert ist nicht nur der Versicherungsnehmer, sondern auch der berechtigte Fahrer des Fahrzeugs. Das ist die Person, die mit Wissen und Willen des Verfügungsberechtigten das Fahrzeug lenkt.<sup>16</sup>

### 7. Rechtsschutzversicherung

Auch in der Rechtsschutzversicherung sind Personenschäden in gewisser Weise mittelbar mitversichert. Personenschäden können Gegenstand einer bestehenden Rechtsschutzversicherung werden, wenn im Verkehrs- und / oder im Fahrzeugrechtsschutz Ansprüche wegen einer Körperverletzung gegen den Versicherungsnehmer erhoben werden. Das ist der klassische Fall der Rechtsschutzversicherung, wo im Verkehrs- oder Strafrechtsschutz der Rechtsschutzversicherung "Abwehrdeckung" gewährt wird. Der Rechtsschutzversicherer gewährt dem Versicherungsnehmer Beistand bei der Abwehr von gegen ihn erhobenen Ansprüchen. Aber auch der umgekehrte Fall ist versicherbar. Beim sogenannten Opfer-Rechtsschutz<sup>17</sup> kann der Versicherungsnehmer als Nebenklä-

---

<sup>16</sup> A.5.1.2 AKB 2015.

<sup>17</sup> 2.2.1.2 ARB 2012.

ger vor einem deutschen Strafgericht Beistand durch einen vom Rechtsschutzversicherer gestellten Rechtsanwalt erhalten. Voraussetzung ist, dass der Versicherungsnehmer oder eine mitversicherte Person selbst als Opfer einer Gewaltstraftat verletzt wurde. Daneben besteht Versicherungsschutz für die außergerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen nach dem Sozialgesetzbuch und dem Opferentschädigungsgesetz.<sup>18</sup>

Auch beim Verkehrsrechtsschutz besteht Rechtsschutz nicht nur als Abwehrdeckung, sondern ebenso bei der Durchsetzung von Ansprüchen. Werden der Versicherungsnehmer oder eine mitversicherte Person bei einem Verkehrsunfall verletzt oder getötet, dann können der Versicherungsnehmer selbst oder die mitversicherten Personen, etwa die nächsten Angehörigen, Unfallansprüche gegen den Unfallgegner geltend machen.<sup>19</sup> Zu betonen ist allerdings, dass hier natürlich nur der Personenschaden mittelbar versichert ist. Der Versicherer hilft bei der Durchsetzung der Ansprüche. Der Personenschaden selbst, also die Zahlung von Heil-, Behandlungs- und sonstigen Kosten ist nicht Gegenstand der Rechtsschutzversicherung.

### 8. Reiseversicherungen

Nach den Besonderen Bedingungen für die Reiserücktrittskostenversicherung 2008 (VB Reiserücktritt 2008) in Verbindung mit den Allgemeinen Bedingungen für die Reiseversicherung besteht nach 2.1 Versicherungsschutz dann, wenn die planmäßige Durchführung der Reise nicht zumutbar ist, weil die versicherte Person selbst oder eine Risikoperson insbesondere durch Tod, eine schwere Unfallverletzung, eine unerwartete schwere Erkrankung, durch Impfunverträglichkeit, durch Bruch von Prothesen oder Lockerung von implantierten Gelenken oder z.B. durch unerwarteten Ausfall eines Herzschrittmachers betroffen wird.<sup>20</sup> Entsprechendes gilt auch nach

---

<sup>18</sup> 2.2.1.2 ARB 2012.

<sup>19</sup> 2.1.2 ARB 2012.

<sup>20</sup> In Verbindung mit dem Allgemeinen Teil der Versicherungsbedingun-

den Besonderen Versicherungsbedingungen für die Reiseabbruchversicherung 2008 (VB-Reiseabbruch). Hier leistet der Versicherer Entschädigung unter den gleichen Voraussetzungen bei einer nicht planmäßigen Beendigung der Reise wegen Tod, schwerer Unfallverletzung oder unerwarteter schwerer Erkrankung.

Ganz ähnlich sind die Voraussetzungen in der Reisekrankenversicherung. Auch hier besteht Versicherungsschutz, wenn die planmäßige Durchführung der Reise nicht zumutbar ist, weil die versicherte Person während der Dauer des Versicherungsschutzes durch Tod, schwere Unfallverletzung oder eine unerwartete schwere Erkrankung betroffen ist.<sup>21</sup>

### 9. Private Krankenversicherung

Ebenso wie die Haftpflichtversicherung sind die Produkt- und Tarifgestaltungen der privaten Krankenversicherung sehr vielfältig. Von daher kann an dieser Stelle nur ein sehr grober Überblick gegeben werden.

Unterschieden werden die Krankheitskostenversicherung, die Krankentagegeldversicherung, die Krankenhaustagegeldversicherung, die Reisekrankenversicherung und die Restschuldversicherung. Letztere ist eine besondere Form der Krankentagegeldversicherung. Das vereinbarte Tagegeld dient hier dazu, Abzahlungsraten, die während der Krankheit anfallen, tilgen zu können. Die verschiedenen Versicherungsarten können auch als Gruppenversicherungen abgeschlossen werden.

Schließlich kommen noch die privaten Pflegeversicherungen hinzu. Hier können erwähnt werden die Pflegekrankenversicherung, die private Pflegeversicherung sowie die private ergänzende Pflegekrankenversicherung.

---

gen für die Reiseversicherung 2008 (AT-Reise 2008).

<sup>21</sup> § 2 AVB-RK/Elvia.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Die versicherte Gefahr wird als vertragstypische Leistung des Versicherers für die Krankheitskostenversicherung in § 192 Abs. 1-3 VVG, die Krankenhaustagegeldversicherung in § 192 Abs. 4 VVG, die Krankentagegeldversicherung in § 192 Abs. 5 VVG und die Pflegekrankenversicherung in § 192 Abs. 6 VVG geregelt. Der Versicherer ist danach verpflichtet, im vereinbarten Umfang die Aufwendungen für medizinisch notwendige Heilbehandlungen wegen Krankheit oder Unfall zu ersetzen. Damit handelt es sich insoweit um einen Kostenersatz für eingetretene Personenschäden. Während in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) das versicherte Interesse die medizinische Versorgung des Versicherten ist, ist in der privaten Krankenversicherung das versicherte Interesse die finanzielle Absicherung der Krankheitskosten. Man kann daher auch von einer Krankheitskostenversicherung sprechen. Der Krankheit und dem Unfall werden in der Krankheitskostenversicherung gleichgestellt die Schwangerschaft und die Entbindung. Allerdings sind Krankheit und Unfall im Gesetz ebenso wenig definiert wie in den AVB. Nach herrschender Meinung ist Krankheit ein objektiv nach ärztlichem Urteil bestehender anormaler körperlicher oder geistiger Zustand, der eine nicht ganz unerhebliche Störung körperlicher oder geistiger Funktionen mit sich bringt.<sup>22</sup>

Auf weitere Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Was den Unfall angeht, so reicht im Bereich der Krankenversicherung aus, wenn die Ursache der Gesundheitsstörung ein äußeres Ereignis ist. Mit der Regelung, dass Heilbehandlungen als Folge eines Unfalls im Gesetz ausdrücklich erwähnt werden, will der Gesetzgeber verdeutlichen, dass körperliche Störungen nicht nur dann Versicherungsschutz haben sollen, wenn sie als Folge einer Erkrankung aufgetreten sind, sondern eben auch, wenn sie als Folge eines Unfalls, also eines von außen kommenden Ereignisses, entstehen. Damit ist der Unfallbegriff in der Krankenversicherung weiter als in der privaten Unfallversicherung.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> BGH VersR 2005, 1673; VersR 2004, 588; OLG Hamm VersR 1997, 1342; OLG Saarbrücken VersR 1999, 479.

<sup>23</sup> Prölss/Martin/Voit § 192 Rn. 43.

### **10. Lebensversicherung**

Als spezifische Ausgestaltung der Lebensversicherung gibt es in Deutschland die betriebliche Altersvorsorge. Als Formen kennt man die Direktzusage, die Direktversicherung, die Pensionskasse, den Pensionsfonds oder die Unterstützungskasse. Neben der Rente und dem Tod kann sich eine Zusage für eine betriebliche Altersversorgung aber auch auf den Versicherungsfall Invalidität erstrecken (BetrAVG). Umfasst die Zusage auch die Invalidität, so bedeutet das im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung, dass der Versicherte einen Einkommensausfall erleidet. Der Einkommensausfall ist Folge dessen, dass der Arbeitnehmer wegen einer gesundheitlich bedingten Minderung seiner Erwerbsfähigkeit auf nicht absehbare Zeit nicht mehr teilweise oder vollständig zu einer beruflichen Tätigkeit in der Lage ist und die betriebliche Zusage dieses zumindest zum Teil ausgleichen soll.<sup>24</sup>

### **11. Berufsunfähigkeits- und Berufsunfähigkeitszusatzversicherung**

Ebenfalls Formen der Lebensversicherung sind die selbstständige Berufsunfähigkeits- oder die nur im Zusammenhang mit einer Lebensversicherung angebotene Berufsunfähigkeitszusatzversicherung. Versichert ist auch hier ein eingetretener Personenschaden. Ein Versicherungsnehmer, also ein abhängig Beschäftigter als Angestellter oder Arbeiter, ist berufsunfähig, wenn er die von ihm an seinem Arbeitsplatz zuletzt erbrachten Leistungen aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in dem im Dienst- oder Arbeitsvertrag vereinbarten Maß erbringen kann. § 2 der AVB BU 2014 definieren eine Berufsunfähigkeit dahingehend, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Körperverletzung oder mehr als altersentsprechenden Kräfteverfalls, die ärztlich nachgewiesen sind, voraussichtlich auf Dauer ihren zuletzt ausgeübten Beruf, so wie er ohne gesundheitliche Beeinträchtigung ausgestaltet

---

<sup>24</sup> BAG NZA 2001, 326; BAG NZA 1999, 317.



war, nicht mehr zu einem vom jeweiligen Versicherer festzulegenden Prozentsatz ausüben kann. Das Gleiche gilt, wenn die versicherte Person auch keine andere Tätigkeit ausüben kann, die ihrer bisherigen Lebensstellung entspricht.<sup>25</sup>

### 12. Unfallversicherung

Besonders große praktische Bedeutung kommt der Unfallversicherung zu, wo es im Hinblick auf Personenschäden eine umfangreiche Kasuistik gibt, auf die hier nur sehr cursorisch eingegangen werden kann. § 178 Abs. 2 VVG enthält eine gesetzliche Definition des Unfalls. Dieser liegt dann vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von außen auf ihren Körper wirkendes Ereignis unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet. Die AUB auch in ihrer aktuell gültigen Fassung aus dem Jahr 2014 geben den Gesetzestext nur ergänzt um den Klammerzusatz "Unfallereignis" unter 1.3 wieder.

Immer wieder Schwierigkeiten in der Praxis entstehen aus dem Tatbestandsmerkmal "Einwirkung von außen". Daran fehlt es nämlich, wenn eine Gesundheitsbeschädigung bei der versicherten Person durch eine meist ungeschickte Eigenbewegung oder ein sonstiges Eigenverhalten entsteht. Diese sogenannten Eigenbewegungen der versicherten Person, bei denen es an einer von außen kommenden Körpereinwirkung fehlt, bereiten große Probleme und führen zu zahlreichen Streitigkeiten mit den Versicherungsnehmern.<sup>26</sup> Regelmäßig Gegenstand von Auseinandersetzungen mit Versicherungsnehmern ist das Umknicken oder Hinfallen in der Wohnung oder beispielsweise auf der Straße.

Ebenso ausgeschlossen sind Herzinfarkt, Schlaganfall oder Spontanbruch oder etwa, wenn eine implantierte Herzklappe bricht.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Die identische Definition findet sich in § 2 der Allgemeinen Bedingungen für die Berufsunfähigkeitszusatzversicherung ABV BUZ 2013.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu Einzelheiten über die umfängliche Judikatur bei Langheid/Wandt/Dörner § 178 Rn. 66; Prölss/Martin/Knappmann § 178 Rn. 7.

<sup>27</sup> OLG Hamm VersR 2008, 349; OLG Düsseldorf r+s 1999, 296; LG Freiburg

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Eine Erweiterung des Unfallbegriffs erfolgt durch Ziffer 1.4 der AUB. Danach gilt als Unfall auch, wenn die versicherte Person durch eine erhöhte Kraftanstrengung an Gliedmaßen oder Wirbelsäule ein Gelenk verrenkt wird oder Muskeln, Sehnen, Bänder oder Kapseln an Gliedmaßen gezerzt oder zerrissen werden. Entscheidende Leistungsvoraussetzung für die Unfallversicherung ist, dass Invalidität vorliegt, die die versicherte Person erlitten haben muss.<sup>28</sup> Eine Invalidität liegt unfallbedingt dann vor, wenn die körperliche oder geistige Leistungsfähigkeit dauerhaft beeinträchtigt ist. Dauerhaft ist eine Beeinträchtigung, wenn sie voraussichtlich länger als drei Jahre bestehen wird und eine Änderung dieses Zustandes nicht zu erwarten ist. Damit definiert die Unfallversicherung einen eigenständigen Begriff, nämlich denjenigen der Invalidität im Sinne eines Personenschadens. In der Praxis bereitet es immer wieder Schwierigkeiten, dass die Feststellung der Invalidität sich allein nach diesen Bedingungen und damit den Maßstäben der Unfallversicherung bestimmt. Das bedeutet, dass dann wenn eine Invalidität nach den Bedingungen der Unfallversicherung vorliegt, nicht auch automatisch eine Berufsunfähigkeit im Sinne der Berufsunfähigkeitsversicherung gegeben ist. Der Begriff der Invalidität deckt sich auch nicht mit dem der Erwerbsunfähigkeit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung.<sup>29</sup> Dass dies den Versicherungsnehmern oder der Geschädigten nicht klar ist, kann man nicht unbedingt erwarten. Dass diese Unterschiede aber auch manchen Anwälten nicht bewusst sind, erstaunt dann aber schon. Mitunter müssen auch Gerichten der unteren Instanzen diese Zusammenhänge verdeutlicht werden. Auch manch negativer Bericht in der Presse, insbesondere im Fernsehen, über angeblich grundlos nicht zahlende Versicherer, hat hier seine Ursache.

---

r+s 2003, 254, 255; OLG Düsseldorf VersR 1999, 880; OLG Hamm VersR 1998, 708, 709.

<sup>28</sup> 2.1.1.1 AUB 2014.

<sup>29</sup> § 43 Rente wegen Erwerbsminderung SGB VI.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Besondere praktische Bedeutung kommt einem der Kernstücke der AUB 2014 zu, der Regelung der Risikoausschlüsse in der Ziffer 5. Es handelt sich insoweit, versicherungstechnisch gesprochen, um sekundäre Risikobegrenzungen. Es kommt also auf kein Verschulden an. Auch Kenntnis der für den Ausschluss maßgeblichen Umstände ist nicht erforderlich. Der Versicherer begrenzt insoweit den Versicherungsschutz. Ausgeschlossen sind Geistes- oder Bewusstseinsstörungen, Schlag- und Krampfanfälle, wenn es insoweit zu Unfällen der versicherten Person gekommen ist. Große praktische Bedeutung haben auch die Leistungsausschlüsse für alkoholbedingte Bewusstseinsstörungen ebenso wie die für Unfälle im Straßenverkehr durch Bewusstseinsstörungen. Als mögliche Ursachen werden ausdrücklich genannt die Einnahme von Medikamenten, Alkoholkonsum oder der Konsum von Drogen oder sonstigen Mitteln, die das Bewusstsein beeinträchtigen. Anders ist es allerdings dann, wenn die Bewusstseinsstörung oder der Anfall durch ein Unfallereignis verursacht wurde. Dann besteht Versicherungsschutz.<sup>30</sup>

Besondere praktische Bedeutung kommt auch dem Ausschluss nach Ziffer 5.2.6 AUB 2014 zu. Nicht versichert sind krankhafte Störungen infolge psychischer Reaktionen, auch wenn diese durch einen Unfall verursacht wurden. Hier sind insbesondere posttraumatische Belastungsstörungen oder Angstzustände zu erwähnen.<sup>31</sup> Gerade der Unfall führt regelmäßig zu Schock, Schreck, Angst oder ähnlichem. Subjektiv empfindet der Versicherungsnehmer mitunter auch körperliche Schmerzen, die allerdings bei einer ärztlichen Untersuchung nicht immer verifiziert werden können. Ebenso wie bei den posttraumatischen Belastungsstörungen sind auch sog. somatoforme Störungen<sup>32</sup> nicht versichert. Der Versicherungsnehmer behauptet wiederholt körperliche Symptome in

---

<sup>30</sup> 5.1.1 AUB 2014.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu ICD-10 F 43.1 .

<sup>32</sup> ICD-10 F 45.0.

Verbindung mit hartnäckiger Forderung nach medizinischer Untersuchung, obwohl mehrfach bereits negative Untersuchungen über körperlich begründbare Symptome vorliegen. Auch Anpassungsstörungen<sup>33</sup>, sogenannte reaktive Depressionen, die sich in Angst, dem Gefühl der eigenen Unzulänglichkeit, Unsicherheit und Unfähigkeit und einer eingeschränkten Lebenstüchtigkeit im Alltag zeigen, sind nicht versichert.<sup>34</sup> Ein differenzierteres Bild ist bei Depressionen angebracht.<sup>35</sup>

Kommt es als Folge eines Unfalls zu organischen Schädigungen und treten dann als weitere Folge psychische Beeinträchtigungen, etwa Depressionen, im Hinblick auf schwerwiegende dauerhafte körperliche Behinderungen, z. B. Querschnittslähmung oder Entstellungen infolge des Unfallereignisses auf, so greift der Ausschluss insoweit nicht. Entscheidend ist also für die Deckung, ob die aufgetretenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen eine organische Ursache haben. Kann durch eine ärztliche Feststellung sicher ausgeschlossen werden, dass der krankhafte Zustand Folge einer psychischen Reaktion ist<sup>36</sup>, besteht kein Versicherungsschutz. Es handelt sich dann eben um eine rein psychische Reaktion auf den Unfall<sup>37</sup>, die nicht versichert ist. Umgekehrt gilt hingegen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass organische Schäden für psychische Gesundheitsstörungen kausal waren, muss der Versicherer Versicherungsschutz gewähren.<sup>38</sup>

### 13. Transportversicherung

Da das gestellte Thema Personenversicherungen im Versicherungs- und Transportrecht war, müssen zum Abschluss noch das Transportrecht und die Transportversicherung betrachtet werden. Die Transportversicherung, betrachtet man

---

<sup>33</sup> ICD-10 F 43.2.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1318, 1323.

<sup>35</sup> ICD-10 F 32.

<sup>36</sup> OLG Köln VersR 2007, 976; OLG Rostock VersR 2006, 105.

<sup>37</sup> OLG Brandenburg VersR 2006, 1251.

<sup>38</sup> BGH VersR 2004, 1446.

sie unter dem Blickwinkel des versicherten Interesses, ist eine auf den Sachschadenersatz gerichtete Versicherung, die den Schaden an einem beförderten Gut ersetzen soll. Die Transportversicherung zeichnet sich durch eine außerordentlich große Vielfalt aus, denn neben dem Sachersatz wird auch das Interesse am Erhalt der Sache, etwa im Rahmen von Kaskoversicherungen des Transportmittels, also Seeschiffe, Flussschiffe, Landfahrzeuge, Luftfahrzeuge, gedeckt. Daneben werden transportbezogene Haftpflichtrisiken versichert. Gleichfalls lässt sich nach dem Transportweg unterscheiden. Insofern gibt es See-, Binnen- und Lufttransportversicherungen. Hinzukommen noch kombinierte multimodale Transporte.

Hier sind Personenschäden nicht versichert bzw. die Versicherung von Personenschäden im Rahmen der Transportversicherung bildet die Ausnahme.

Was nun aber das Transportrecht angeht, so gibt es hier gesetzliche Vorschriften, die die Haftung des Beförderers für Personenschäden vorsehen. Hierzu sei beispielhaft auf die Eisenbahn hingewiesen.

Für die Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs, im Wesentlichen in Deutschland also die Deutsche Bahn, sind die Regelungen des Transportrechts, also was das nationale Fracht-, Speditions- und Lagerrecht angeht, im HGB in §§ 407-475 geregelt. Die Deutsche Bahn verwendet allgemeine Geschäftsbedingungen, die in den ALB zugrunde gelegt sind. Dort ist vorgesehen, dass bei Personenschäden die Deutsche Bahn bis zu einem Betrag von € 1,0 Mio. bei der Verletzung verkehrswesentlicher Pflichten für alle vorhersehbaren typischen Schäden haftet. Bei grober Fahrlässigkeit haftet sie unbegrenzt.<sup>39</sup> Der Beförderer haftet für den Schaden, der dadurch entsteht, wenn der Reisende durch einen Unfall, während er mit der Bahn fährt, oder beim Ein- und Aussteigen getötet, verletzt oder irgendwie sonst in seiner körperlichen oder geistigen Gesundheit beeinträchtigt wird.

---

<sup>39</sup> Koller, Transportrecht, 8. Aufl. 2013, S. 1004 Rn. 3.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Das Binnenschiffrechts sieht die Haftung des Schiffseigners für Personen- und Sachschäden vor, die an Bord oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Betrieb des Schiffes, mit der Bergung der Wrackbeseitigung eingetreten sind, § 4 Abs. 4 BinSchG. Nach der CIV<sup>40</sup> sind in Art. 26 Personenschäden ausdrücklich versichert.

### 14. Seerechtliche Haftpflichtversicherung

Auch in der seerechtlichen Haftpflichtversicherung wird im Rahmen der P&I-Versicherung (Protection & Indemnity Versicherung) Deckung für Personenschäden gewährt. Die P&I-Versicherung unterscheidet zwischen Personenschäden an Schiffsbesatzung und Passagieren oder Personen, die wie etwa Lotsen, Stauer, Festmacher mit dem Schiff bestimmungsgemäß in Verbindung treten. Versichert ist hier die gesetzliche Haftpflicht für Tod oder Körperverletzung von Personen.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Convention internationale concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemins de fer - Internationales Übereinkommen vom 07.02.1970 über den Eisenbahn-Personen- u.-Gepäckverkehr (Bundesgesetzblatt 1974 II S. 493)

<sup>41</sup> Einzelheiten bei Hartenstein/Reuschle/Schwampe Transport- und Speditionsrecht 2009 § 17 Rn. 45 ff.; Thume/de la Motte/Schwampe Transportversicherungsrecht 2004 Rn. 177 ff.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

**4. Oturum**

**Soru - Cevap Bölümü**





**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Evet, teşekkür ediyoruz. Şimdi normalinde süremizi 15 dakika aştık, yani bu yüzden sadece üç tane soru alacağım. Buyurun Haluk Hocam.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Emekli Öğretim Üyesi)-** Efendim önce Sayın Kemal Şenocak arkadaşşıma bir soru sormak istiyorum. Eğer yanlış görmediysem ya da yanlış duymadıysam, 17. maddeyle ilgili, o konvansiyonun 17. maddesiyle ilgili şöyle bir şey... Yani yanlış da duymuş olabilirim, o zaman özür dilerim. Zararı telafi etme amaçlı cezalandırıcı tazminat diye bir şey var mıydı orada acaba yok muydu?

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Cezalandırıcı tazminat zararı telafi edici değil.

**Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Emekli Öğretim Üyesi)-** Tamam mesele yok, o zaman yanlış anlamışım. Teşekkür ederim.

Şimdi Leyla Hanıma bir sorum... Sorum değil de, daha doğrusu Borçlar Kanununda da böyle bir hata var, onu düzeltmeye çalışayım. Mesela iş sözleşmesiyle ilgili ibra dediğimiz 420. madde var. Aslında ibra bu değil ve zannediyorum sizin tarafınızdan da sözü edilen ibra, ifa edildiğine dair bir belgeyi kastediyorsunuz.

Hâlbuki ifa, bizim Borçlar Kanununda başka türlü tanımlanıyor. Yani ibra etmem için benim alacağımdan vazgeçmem lazım. Hâlbuki bizim 420. maddemizde sözü edilen ibra ve

şimdi sizin anlattığınız ibra dediğimiz şey, alacak ödendi tahsil ettim aldım anlamına veya verildi anlamında. O yüzden hani ibra sözleşmesinin tanımıyla pek bağdaşmıyor. Aynı hata tekrar söylüyorum, Borçlar Kanununun 420. maddesinde de var. Herhalde bu düzeltmemi hoşgörüle karşılayacaksınız diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

**Leyla ELEN KÖKSAL (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi)-** Hocam çok teşekkür ederim. Tabii aynı sizin söylediğiniz gibi. Biliyorsunuz sigortalar kısmi ödemeler yaptıklarında, alınan belgenin üstünde ibra yazıyor. Yani baştan öyle başlamış durumda. Biz dosyanın içine ibra adıyla giren -başlığı öyle çünkü- belgenin, dediğiniz anlamda gerçek ibra mı? Yoksa ödeme belgesi olup, makbuz niteliğinde mi olduğunu tartışmak için o incelemeyi yapıyoruz. Aynı fikirdeyiz, uygulamamız o. Sadece başlık ibra olduğu için öyle söyledim.

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Arkadan başlayalım, hanımefendi. Lütfen adınızı soyadınızı, kurumunuzu da söylerseniz...

**Nilüfer YILMAZ (Allianz Sigorta)-** Benim sorum Ferhat Beye. Bu sürücü vefatlarda, işte tam vefatlarda bizim çok sık karşılaştığımız bir durum artık, ödeniyor zaten, ama sürücü şeyse eğer, kendi alkol... Alkolü saymayayım, ehliyetsiz araç kullanıyorsa, herhangi bir rücu sebebi varsa. Bu durumda bizim mirasçılara tekrar rücu etmemiz gerekiyor. Yani alacaklı borçlu birleşmesi gibi bir durum oluşuyor. O durumlarda ne yapmamız gerekiyor? Sizden fikir almak istiyorum.

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT (Hacettepe Üniversite Hukuk Fakültesi)-** Teşekkür ederim. Destekten yoksun kalma tazminatıyla sigorta şirketinin tazminatı ödemesi halinde rücu etmesi, birbirinden farklı. Biraz önce anlatırken de, destekten yoksun kalma zararının miras hakkından tamamen farklı olduğunu, oradan elde edilecek tazminatın da tamamen farklı

olduğunu söyledim. Mirasın reddi durumları veya desteğin mirasçılar dışında başka kişiler olması durumunda, alacaklı ve borçlunun birleşmesi söz konusu olmayacak. Dolayısıyla birbirinden farklı kurumlar olduğu için, tazminatın ödenmesi gerekir kanaatimce. Rücu ilişkisi olacaksa, sonradan rücu etme gündeme gelebilir. Ama örtüştüğü durumlarda, tabii ki alacaklı borçlu sıfatının birleşmesi de değerlendirilebilir.

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK-** Buyurun.

**Av. Güler TELOĞLU (İstanbul Barosu)-** Benim de sorum Sayın Canbolat'a. Destekten yoksun kalma durumunda, zarar görenin kusurunun zaten olmayacağını söyledik, ama şöyle bir durum benim kafamı karıştırıyor. Aile ve evli, A sigortalı şahıs, A ile B seyahate çıkıyor, B destekten yoksun kalma vasfını kazanacak olan karısı ve karısının aracı kullandığı sırada, karısının kusuruyla kaza yapılıyor ve A ölüyor. Bu durumda destekten yoksun kalacak B, kendi kusuru olduğu halde tazminat istediğinde sigorta şirketinden, o bizim hep karşılaştığımız aslında desteğin kusurunun şimdi de zarar görenin kusuruyla çeliştiği durumlarda bahsettiğiniz indirimimi mi uygulayacak? Yoksa hayır, zaten sen kendi kusurunla bu kazaya sebep oldun, o yüzden sana destekten yoksun kalma tazminatı vermiyoruz mu diyecekler? Merak ediyorum.

**Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT (Hacettepe Üniversite Hukuk Fakültesi)-** Teşekkür ederim. Burada açıklarken, sürücünün kusurunun Karayolları Trafik Kanununa göre tazminat ödenmesine engel olup olmayacağı, yani kapsam dışında kalıp kalmadığı veya indirim sebebi olup olmayacağını Karayolları Trafik Kanunundaki hükümler çerçevesinde belirliyoruz. Sigorta şirketinin sorumluluğu, hem Karayolları Trafik Kanunundan, hem Sigortacılık Kanunundan, hem de Türk Ticaret Kanununa ilişkin hükümler çerçevesinde belirlendiği için, burada kusurunu dikkate alınmadığı görüyoruz Karayolları Trafik Kanunu açısından.

Yargıtay'ın uygulaması da bu şekilde; sürücünün kusurunu dikkate almıyor, almaksızın tazminatın ödeneceğine hükmediyor Yargıtay da.

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Evet, son soru. Kartal senden alacağım, daha almayacağım. Buyurun.

**KARTAL BEY-** Başkanım sorumu hakime hanıma yöneltmek istiyorum. Şimdi daha önceden zorunlu trafik sigortasından kaynaklanan rücuen tazminat davalarını biz sigorta şirketi avukatları olarak ticaret mahkemesinde açıyorduk. Fakat yeni 6502 sayılı Tüketici Kanunu gereğince, ticaret hâkimlerimiz diyor ki, hayır yasanın amir hükmü gereği artık tüketici mahkemeleri bakacak. Bu sefer tüketici mahkemesinde açıyoruz, tüketici hâkimlerimiz de diyor ki bir kısmı, hayır bu TTK 4 gereği mutlak ticari davadır, çünkü zorunlu trafik sigortası Ticaret Kanunundan kaynaklanır. Onlar da görevsizlik kararı veriyor ve olumsuzluk uyuşmazlığından dolayı neredeyse bir yıldır davalarımızın dosya kapağı açılmıyor.

Şimdi zorunlu trafik sigortası bence kanaatimce tartışmasız bir ticari dava anlamında. Bu anlamda tüketici hâkimlerinin zaten aşırı olan yükünü iki kat üç kat artırmamız ne derece mantıklı? Bu husustaki yorumunuz nedir? Hani lafzi yorumdan ziyade yorumunuzu rica ediyorum.

**Leyla ELEN KÖKSAL (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi)-** Teşekkür ederim. Az evvel onu ben böyle bir cümle şeklinde söylemiştim. Hakikaten çok şey, kapsam itibarıyla oradaki sigortanın hangi tür sigortaları içine alacağı; çünkü sigorta bir nevi bir hizmet verme anlamında tanımlanabildiğinde, hangileri girecek konusu tartışılıyor. Fakat ZMS yönünden, yani zorunlu mali mesuliyet yönünden dairesimizde de bir farklılık yok, yavaş yavaş da yerleşmeye başladı diye düşünüyorum ben. Yine az evvel söylediğim gibi, zorunlu mali mesuliyet sigortasında, sorumluluk sigortasında, sigortayla sigortalı, yani poliçenin tarafları arasındaki ilişkiden doğan davalar tüketici mahkemesinin görevinde diyoruz. Ama üçüncü kişinin, yani zarar gören, konumuz olan destekten yoksun kalma tazminatı veya cismani zararlara yönelik açılan davada üçüncü kişi... Zarar gören kazada herhangi bir kişi, bunun sorumluluk

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sigortasına karşı açmış olduğu dava, asla tüketici mahkemesi demiyoruz. Birçok bozma kararımız var. Diyoruz ki, Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra 1483. maddeyle zorunlu sorumluluk sigortaları Ticaret Kanununa girmiştir. Artık ticari dava niteliğine gelmiştir. Onun için de, sorumluluk sigortasına burada bakılır. Bu bir ticari davadır diyoruz.

Üçüncü kişinin sigortaya karşı açtığı davada ticaret mahkemesi görevli, ama sorumluluk sigortası ödedi, geriye içe rücu edecek. Diyor ki, sürücüye veyahut da biliyorsunuz akdi ilişki olmadığı için direkte sürücüye açamayacak, akidi olan poliçe borçlusuna işletene karşı açacak. Buna karşı açtığı rücu davasında, rücu sebeplerinin gerçekleşmesi halinde, o zaman diyoruz ki bu bir sigortalıyla sigortanın arasındaki sigorta ilişkisinden kaynaklanıyor. Tüketici Kanununun kapsamındaki sigorta ilişkisini de buna dahil edebiliriz. İçe rücu davası tüketici mahkemesinin, ama üçüncü kişilerin sorumluluk sigortasına karşı açtığı dava Ticaret Kanununda yer aldığı için ticaret mahkemesinin görevi.

Bunun dışında farklı bir kararımız yok. Ama mahkemeler tabii bu yerleşene kadar bir tereddüt yaşıyorlar. Geliyor, haklısınız, o kararlar geliyor. Bu bir süreç, düzelecek geçecek diye düşünüyorum.

**Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Teşekkür ediyorum. Arada sorarsınız artık. Erkan Bey öbür oturumun başkanı, iki de bir işaret ediyor bana arkadan. Şimdi onun için oturumu bitiriyorum. Sözü hanımefendiye bırakıyorum. Buyurun.



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Beşinci Oturum*

*“Tıbbi Műdahale Nedeniyle Bedensel Zararların  
Tazmini Esasları”*

**Oturum Başkanı Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Değerli konuklar, değerli meslektaşlarım, öğrenci arkadaşlarımızı da gördüm, sevgili öğrenci arkadaşlarım; herkesi saygıyla selamlıyorum.

Bu oturumumuzun konusu, biraz önce de ifade edildiği gibi, tıbbi müdahale nedeniyle bedensel zararların tazmini esasları olacak. Şimdi elinizdeki programın sıralamasında bir değişiklik yapma ihtiyacı hasıl oldu muhtelif sebeplerle. Dolayısıyla ben vakit kaybetmeden hemen ilk sözü Sayın Av. Dr. Ali Yarayan'a bırakacağım. "Alman hekimin sorumluluğu hukukunda cismani zararlar" konusundaki tebliğini sunmak üzere.

Buyurun Ali Bey.



# ALMAN HEKİMİN SORUMLULUĞU HUKUKUNDA CİSMANİ ZARARLAR

*Av. Dr. Ali YARAYAN*

*Avukat ve Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg  
Türk Hukuku Araştırma Merkezi Müdürü*

## **I. Soruna Genel Bakış**

Hekimin sorumluluğu davalarında sorunlu durumlar şu hususlardan kaynaklanmaktadır:

1. Ne hasta, ne de hakim gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü belirleyen uzman hekim standardı hakkında mesleki bilgiye sahiptir.
2. Hasta, muayane vakasını farklı bağımlılıklarıyla sadece sınırlı bir şekilde kavrayabilmek durumundadır.
3. Hastanın, kendi kaderini bizzat belirleme hakkına uyulup uyulmadığının incelenmesi, ispatı çok zor olan iç aleme ilişkin durum ve motivasyonla uğraşmayı gerektirmektedir.
4. İnsan organizmasının öngörülemezliği (yani kısmen karışık, birden çok nedene dayanan, hakim olunulamayan ve açıklanamayan biyolojik ve psikolojik süreçler nedeniyle) herşeyden önce sağlıkla ilgili sonuçlara neden olan hataların illiyet bağının ispatını zorlaştırmaktadır.
5. Muayane ve tedavi ile ilgili belgelerin bir davada delil olarak değerlendirilebilmesi, hekimin usulüne ve gerçeğe uygun kayıtlar yapmış olmasına bağlıdır.

Bu özelliklerden açık bir şekilde, hekimin sorumluluk davalarında davanın içeriği üzerinde doğrudan bilgi sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Böylece hukuk davalarında taraflarca getirilme ilkesine uygun olarak yapılan delil kurallarının olağan uygulamasında, usul hukuku bakımından avantajlı durumda olan hekimdir. Aynı husus, Türk Medeni Kanunu'nun 6. ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddelerinin uygulanması bakımından da geçerlidir. Bundan dolayı, hukuk usulünde ispat yüküne ilişkin kuralların katı bir şekilde uygulanması durumunda, hasta taraf zorda kalacaktır. Çünkü hasta, bilgi edinme ve belgeleri inceleme hakkı gibi maddi hukuktaki bütün imkanları kullansa veya özel bilirkişi mütalaaları alsa dahi, bu tür dezavantajları hiçbir zaman gerçek bir şekilde dengeleyemeyecektir. Bu sebepten dolayı Hasta Haklarının İyileştirilmesine ilişkin 20 Şubat 2013 tarihli Kanun (kısaca: Hasta Hakları Kanunu), çıkarılmıştır. 26 Şubat 2013'te yürürlüğe giren söz konusu kanun ile Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinde delil ileri sürme ve ispat yükü hakkındaki kurallar düzenlenmiştir.<sup>1</sup> Netice itibarıyla kanun koyucu yeni getirilen bu hükümlerle (Alman Medeni Kanunu m. 630a - 630h) hekim sorumluluğu hakkında şimdiye kadar verilmiş olan içtihatı kanun hükmü haline getirmiştir.<sup>2</sup>

### II. Alman Hekimin Sorumluluğu Hukukunda Sorumluluk Sebepleri

Alman hekimin sorumluluğu hukukunda iki açıdan sorumlu tutulma söz konusu olmaktadır. Birincisi: Tedavi taahhü-

<sup>1</sup> Alman Resmi Gazetesi I, 2013277. Bunun yanında kanunun koyucu Erkek Çocukun Sünnetinde Şahsi Veyaletin Kapsamı Hakkındaki 20.12.2012 tarihli Kanun'la Alman Medeni Kanunu'nun 1631d maddesinde (Alman Resmi Gazetesi I 2012, 2749), rıza ehliyeti bulunmayan çocuğun sünnetinin esas olarak caiz olduğunu düzenledi, meğerki çocuğun sağlığı tehlikeye düşsün. Bu kanun önerisine Köln Asliye Mahkemesi'nin, (sadece) dinî amaçlı sünnetlerin esas olarak cezalandırılabilir yaralama suçunu oluşturduğuna dair karar vermesi, sebep olmuştur. Konunun bütünü için bakınız aynı zamanda Spickhoff, Die Entwicklung des Artzrechts 2012/2013 (Die Entwicklung des Artzrechts 2012/2013 (2012/2013'de Sağlık Hukukunda Gelişmeler), NJW 2013, 1714 (1714).

<sup>2</sup> Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag - Neuer Vertragstypus im BGB (Tedavi Sözleşmesi - Alman Medeni Kanunu'nda Yeni Sözleşme Tipi), NJW 2013, 817 (817); Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1714).

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dünde bulunan kişi öncelikle, özel bir hizmet sözleşmesi olan tedavi sözleşmesinden<sup>3</sup> doğan yükümlülüklerinin kusurlu bir şekilde ihlalinden dolayı sorumlu tutulmaktadır, zira tedavi sözleşmesi hukuku özel bir sorumluluk normu içermemektedir, bundan dolayı, tazminat talebinin dayanağını, daha ziyade Alman Medeni Kanunu'nun 630a maddesi ile bağlantılı olarak genel hüküm olan 280'nci maddesi teşkil etmektedir.<sup>4</sup> İkinci olarak, mutlak şekilde korunan hukuki değer olan yaşam, beden, sağlık ve/veya özgürlüğün hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ihlal edilmesi durumunda, Alman Medeni Kanunu'nun 823. maddesinin 1. fıkrası uyarınca haksız fiil sorumluluğu gündeme gelir. Haksız fiil sorumluluğu sözleşmeden doğan sorumluluğun yanında daha ziyade, tedavi taahhüdünde bulunan kişi ile gerçekten tedaviyi gerçekleştirenin aynı kişiler olmaması durumunda uygulama alanı bulur. Böyle bir durumda, birinci kişinin sözleşmeden ve ikinci kişinin haksız fiilden dolayı sorumluluğu söz konusu olur.

Sözleşme ve haksız fiilden kaynaklanan ve birbiriyle yarışma halinde olan<sup>5</sup> hukuki dayanaklar, Hasta Hakları Kanunu'nun 26 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra da aynen geçerlidirler.<sup>6</sup> Kanun koyucu her ne kadar kanun gerekçesinde haksız fiilden doğan sorumluluğun "önemini kaybetmeye devam edeceğini" ve "sadece sözleşmeden doğan bir sorumluluk sebebinin bulunmaması halinde kendine özgü bir öneminin"<sup>7</sup> olacağını dile getirmişse de, haksız fiil sorumluluğu hekimin sorumluluğu açısından asıl sorumluluk kaynağı olmaya eskiden olduğu gibi devam edecektir; Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin<sup>8</sup> haksız fiiller bakımından da yetkili olan 6.

<sup>3</sup> Bkz. Schärfl, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess (Hekimin Sorumluluğu Davalarında İspat Dağılımı), NJW 2014, 3601 (3601); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817).

<sup>4</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817).

<sup>5</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601.

<sup>6</sup> Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 28.

<sup>7</sup> Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 17 vd.; Katzenmeier, NJW 2013, 817 (823).

<sup>8</sup> Alman Federal Mahkemesi, Alman Yargıtayı'dır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hukuk Dairesi'ni, tedavi sözleşmesinin hükümlerine rağmen, tıbbi hataları haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilmekten alı koyamayacaktır.<sup>9</sup>

Kanunun metnine göre, hekimin sözleşmesel sorumluluğu bakımından Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde<sup>10</sup> düzenlenen kusur karinesi şu şekilde geçerli olacaktır:

*Borçlunun borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, alacaklı bu sebeple gerçekleşen zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bu hüküm, borçlunun yükümlülüğün ihlalinde kusurlu olmaması halinde geçerli değildir.*

Bundan dolayı tazminat talebinde bulunanın, sözleşmesel sorumluluklarda, sadece karşı tarafın objektif yükümlülük ihlali ile bundan kaynaklanan sorumluluğu gerektirecek şekilde illiyet bağı içerisinde ortaya çıkan zararı ispat etmesi gerektiği intibai uyanmaktadır.<sup>11</sup> Ancak kanun koyucu 20 Şubat 2013 tarihli kanunun değişikliğinden önce hakim olan görüşü değiştirmek istememiştir. Bu husus, kanuna ilişkin hazırlık çalışmalarında ortaya konulan gerekçesinde, „bu şimdikiye kadar zaten netice itibariyle böyleydi“ ibaresinden anlaşılmaktadır.<sup>12</sup> Bundan dolayı – yasama faaliyetinin tarihsel yorumundan yola çıkıldığında – Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan kusur karinesinin hekimin sözleşmesel sorumluluğunun söz konusu olduğu olaylara uygulanmaması gerekir.

<sup>9</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (823).

<sup>10</sup> Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin uygulanabilirliği, kanun gerekçesinde belirtilenin aksine (Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 28 (“Bu şimdikiye kadar zaten netice itibariyle bu şekildeydi”) kanun değişikliğinden önce hakim görüş tarafından reddediliyordu, bunun için bakınız Katzenmeier, VersR 2002, 1066; NJW 2013, 817 (821). Bu görüş şu gerekçeye dayandırılmaktaydı: Tedavinin başarılı bir şekilde gerçekleşmemiş olması, insan organizmasının kompleks olması karşısında herhangi bir tedavi işlemi bakımından bir çıkarımda bulunmaya el vermemektedir; detaylı gerekçeler ile Schärfl, NJW 2014, 3601.

<sup>11</sup> Rosenberg tarafından geliştirilen norm teorisine atıfla Schärfl, NJW 2014, 3601.

<sup>12</sup> Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 28.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sözleşmeye dayalı zararın giderilmesi talebi için neticede şu koşulların kümülatif olarak varlığı gerekir:

- Tazminat talebinin muhatabının sorumlu olduğu, objektif bir yükümlülük ihlali (talepte bulunanın ispat yükü Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesine göredir) ve
- Yükümlülük ihlalinin sorumluluğu doğuracak şekilde nedensel olarak talepte bulunanın zararına yol açmış olması gerekir (bu durumda zararın tespiti Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesinin ispat gerekliliklerine tabiidir).<sup>13</sup>

Sözleşmesel yükümlülük ihlallerinde kendi kaderi hakkında olacakları belirlemeye ilişkin aydınlatma hataları (Alman Medeni Kanunu m. 630d) ve gerçek tedavi hataları arasında bir ayırım yapılmaktadır. Aydınlatmaya ilişkin bir hatanın varlığı halinde, tedavi işlemi için gerekli olan rıza verilmemiş sayılır; bunun sonucunda hekim tarafından icra edilen bedensel müdahaleler, – tıp mesleğinin kurallarına göre de gerçekleşse – kural olarak hukuka aykırı müdahale olarak kabul edilir.<sup>14</sup> Buna karşılık, gerçek anlamda tedavi hataları bakımından; tazminat talebinde bulunanın, hem tıbbi standartlara uyulmadığını hem de bundan dolayı sorumluluğu doğuracak şekilde nedensel ve hukuka aykırı bir şekilde hukuken korunan değerlerinin ihlal edildiğinin ispat etmesi gerekir.<sup>15</sup>

Haksız fiilden dolayı tazminat sorumluluğu ise – zaman darlığından dolayı sadece genel bir şekilde ifade edilecek olursa –, şu koşulların varlığını gerektirir:

- Karşı tarafın ihlali doğurucu bir hareketine dayanan ve sorumluluğu tesis edecek şekilde illiyet bağıyla bağlı hukuken korunan mutlak bir değer ihlal edilmiş olması ve

<sup>13</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2014, 688.

<sup>14</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>15</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3603), Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi MedR 2012, 466 (467)'e atıfla; Spickoff, NJW 2013, 1714 (1719).

- Hukuken korunan değerin hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ihlalinin gerçekleşmiş olması gibi talepte bulunanın sorumluluk ihlalinin nedensel bir şekilde doğan zarara yol açmış olması gerekir (ispat yükünü kural olarak talepte bulunanın taşımasıyla beraber, zarar ve sorumluluğu doğurucu nedensellik bağı için Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 287. maddesi geçerlidir).

### III. Hekimin Sorumluluğu Davalarında İspat Esasları

Aşağıda, "Hekimin tedavi yahut aydınlatmaya ilişkin hatalarının usulen nasıl ispat edilebileceği?" sorusuna cevap aranmaya çalışılacaktır.

#### 1. Tedavi Hatalarının İspatı

##### a) Kanuni Karine

Kanun koyucu, Hasta Hakları Kanunu'yla Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinde delil ileri sürme ve ispat yükü meselesini kanunen düzenlemiştir. Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinin metni şu şekildedir:

- (1) *Tedavi eden için tamamen hakim olabileceği genel bir tedavi rizikosunun gerçekleşmesi ve bunun hastanın hayat, beden ve sağlığını ihlale yol açmış olması durumunda, tedavi edenin hatası karineten mevcuttur.*
- (2) *Tedavi eden, 630d maddesi uyarınca rıza aldığını ve 630e maddesinin gereklerine göre aydınlattığını ispat etmek zorundadır. Aydınlatmanın 630e maddesinin gerekliliklerinin yerine getirilmemesi durumunda; tedavi eden, hasta usulüne uygun bir aydınlatma durumunda dahi işlemin yapılmasına rıza göstereceği iddiasına dayanabilir.*
- (3) *Tedavi eden, tıbben gerekli ve esaslı tedbirleri ve neticesini 630f maddesinin 1. ve 2. fıkralarına aykırı olarak hastanın dosyasına kaydetmemesi veya hasta dosyasını 630f maddesinin 3. fıkraya*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*aykırı olarak muhafaza etmemesi halinde, bu tedbirleri almadığı karineten kabul edilir.*

- (4) *Tedavi edenin kendisince gerçekleştirilen tedavi için yetkin olmamış olması halinde, eksik yetkinliğin hayat, beden veya sağlıkta gerçekleşen ihlal için nedensel olduğu karineten kabul edilir.*
- (5) *Ağır bir tedavi hatasının varlığı ve bu hatanın esas itibarıyla hayat, beden veya sağlığını somut hadisede fiilen gerçekleşmiş olan şekilde ihlale yol açmaya elverişli olması halinde, tedavi hatasının bu ihlal için nedensel olduğu karineten kabul edilir. Aynı husus, tedavi edenin tıbben gerekli bir teşhisi zamanında gerçekleştirip güvence altına almayı ihmal etmesi halinde de kabul edilir, velle ki bu teşhisin yeteri derecede olasılıkla bir sonuç getireceği ve bunun başka işlemlerin yapılması için sebep oluşturacağı ve bu işlemlerin ihmal edilmesinin ağır bir hata oluşturacağı kabul edilebilsin.*

Kanun koyucu Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesiyle, içtihat hukukunda geliştirilen ispat yükünün dağılımına ilişkin hekimin sorumluluğu hukuku prensiplerini, sistematik olarak bir madde hükmü kapsamında bir araya getirmeyi ve bunu bütün tıbbi tedavi sözleşmelerine yaymayı amaçlamıştır.<sup>16</sup> Buna göre, hastanın hukuken korunan değerlerinin ihlali nedensel olarak<sup>17</sup> tedavi eden tarafından tamamen hükmedilebilen bir rizikoya dayanması durumunda, tedavi yükümlülüğünün ihlalinin varlığı kanun tarafından (Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 292) karineten kabul edilmektedir. Böylece hasta, somut tedavi hatasından ziyade, sadece tedavi eden tarafından *tamamen hükmedilebilen*, başka bir ifadeyle farkedilmesi halinde kesin bir şekilde önlenilecek ve bundan dolayı yalnızca tedavi edenin hüküm ve organizasyonu ala-

<sup>16</sup> Jauernig/Mansel, Kommentar zum BGB (Alman Medeni Kanunu Şerhi), § 630h Kenar no. 7 BGB, Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 27'ye atıfla.

<sup>17</sup> Nedenselliğin hasta tarafından ispat edilmesi gerekir, Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 28, aynı şekilde Schärfl, NJW 2014, 3601 (3602).

ında görülebilecek bir rizikonun gerçekleştiğini ortaya koyması ve ispat etmesi gerekir.<sup>18</sup> Tamamen hükmedilebilen riziko alanlarının şunlar olduğu kabul edilmektedir:

- Tedavi süreçlerinin organizasyonu ve koordinasyonu (personel kullanımı da dahil, kanunun gerekçesine göre şimdiye kadar tartışmalı olan hijyen standartlarının ihlal edilmesi halleri de artık dahildir<sup>19</sup>)
- Teknik aletlere ilişkin alan (aletlerin güvenliği ve kullanım güvenliği)
- Hasta üzerinde icra edilmesi gereken tıbbi ağırlığı olmayan 'hizmetlerin ifası' ('hizmetlerin ifa güvenliği': hasta-bakıcılık ve hemşireler tarafından gerçekleştirilen bakım, beden bakımı, hareket destekleri, hastanın sadece sınırlı olarak tek başına yapabileceği aktivitelerin izlenmesi, teknik uygulamaların ve işlemlerin izlenmesi)

Böylece hasta, hem tedavi hatasının unsurlarını ortaya koymalı ve ispat etmeli, hem de hatalı ve böylece kusurlu, yani en azından doktorun kusuruna dayanan tedavisini ispat etmelidir. Çünkü hekimin sorumluluğu kusur sorumluluğu olup tehlike sorumluluğu değildir.<sup>20</sup>

### **b) Sorumluluktan Kurtuluş Beyyinesi**

Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinin 1. fıkrası kanuni bir karine düzenlemektedir. Bununla tedavi eden, mahkemeye bu hükümde öngörülen karinenin gerçekleştiğine ilişkin

---

<sup>18</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3602); Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Glanzmann, Gesamtes Medizinrecht (Bütün Tıp Hukuku), 2012, Alman Hukuku Muhakemeleri Kanunu (ZPO) m. 287 kenar no. 31 vd.; Steffen/Pauge, Arzthaftungsrecht (Hekimin Sorumluluğu Hukuku), 12. Baskı 2013, kenar no. 603 vd.; Alman Federal Mahkemesi (BGH) MedR 2004, 541; MedR 2004, 107.

<sup>19</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3602), Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 28'e atıfla, örneğin Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2007, 1682 (1683)'den ayrık olarak.

<sup>20</sup> Katzenmeier, Arzthaftung 2002 (Hekimin Sorumluluğu 2002), s. 150 vd. ve s. 174 vd.; aynı şekilde bkz. Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin (Kammergericht) 15.12.2005 tarih ve 20 U 244/02 esas no.'lu kararı.



ikna faaliyeti kapsamında, karinenin çürütülmesi bağlamında, *tamamen hükmedilebilen rizikonun* somut olayda önlenemeyecek olduğuna yönelik delil getirebilir.<sup>21</sup> Böylece, hastane işletmesi veya doktor muayenehanesinin kontrol alanlarında gerçekleşen ve hakkıyla bir organizasyon ve koordinasyonla objektif olarak tamamen kontrol altına alınabilecek rizikoların gerçekleşmesi durumunda, doktor veya hastane işletenin kurtuluş beyyinesini ileri sürmesi gerekir. Alman Medeni Kanunu'nun 280. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde olduğu gibi burada da kusursuzluk durumunu ortaya koyma ve ispat etme yükü tedavi eden tarafa yüklenmektedir.<sup>22</sup>

### c) Görünüş İspatı

Buna karşın görünüş ispatının varlığına ilişkin koşulların bulunması, yani tedavi sonrası hastanın sağlığında gerçekleşen bozulma ve illiyet bağı süreci arasında bir tipikliğin varlığı halinde, ispat yükü yer değiştirmez. Başka bir ifadeyle, hekim karşı delil sürmek zorunda değildir. Bundan ziyade, sadece görünüş ispatını çürütmeye sınırlı olmak üzere, ya iddia edilen tipikliğe esas olarak karşı çıkar ve iddia edilen tecrübe kuralının (artık) bir geçerliliğinin olmadığını ispat eder veya tipikliği kabul eder, ancak başkaca atipik olan bir nedensellik sürecini iddia eder.

Görünüş ispatı tıbbi alanda çok nadir görülür, örneğin temiz olmayan kan ürünleri sonucu gerçekleşen AIDS enfeksiyonu bakımından uygulanır. Kullanılan bir kan ürününün HIV virüsünü taşıdığı kesin ise ve tedavi eden tarafın sorumluluk alanının dışında virüsün bulaşması yoluyla kapılan hastalık bakımından herhangi bir nedenin tespit edilememesi durumunda, artık tipik bir olaylar zincirinin var olduğu kabul edilir.<sup>23</sup> Kan naklinden sonra HIV virüsünün bulaşması halinde bu kabulün haklılığı için, hastanın HIV virüsü tehlikesi altında olan

<sup>21</sup> Schärtl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>22</sup> Alman Federal Mahkemesi (Yargıtayı) (BGH) NJW 2007, 1682.

<sup>23</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGHZ) 114, 290; VersR 1982, 972.

risk gurubuna mensup olmaması ve sürdürdüğü hayat siliyle de yüksek bir enfeksiyon tehlikesine maruz kalmamış olması, ancak HIV virüslü bulaşıcı kanı veya bulaşıcı kan ürünlerini almış olması şarttır<sup>24</sup>.

### **d) Tamamen Hükmedilebilen Rizikolarda Nedensellik Bağı**

Kural olarak tamamen hükmedilebilen riziko alanlarında, ispat kolaylığı kapsamında nedensellik bağı karineten kabul edilmemektedir. Bunun istisnasını meslekte yeni birisinin yaptığı ameliyat teşkil etmektedir (Alman Medeni Kanunu m. 630h). Buna göre, tedaviyi gerçekleştirenin yaptığı işlem için yetkin olmaması durumunda, eksik yetkinliğin hayat, beden veya sağlığın zarara uğraması bakımından nedensel olduğu karineten kabul edilir. Çünkü hekim, hastaya uzman hekim standardında bir tedavi borçludur.<sup>25</sup> Mesleğe yeni başlamış birisi, hasta için kendisinin üstlenmek zorunda olmadığı, bir rizikonun artması anlamına gelir. Riziko artması tedavi edenin alanından gelmektedir. Tedavi edenin rizikoyu önlemek için herşeyi yapması ve buna rağmen uzman hekim standartlarını garanti altına alması gerekir. Buna ilişkin yeterli tedbirlerin alınmasını, kanun koyucu – şimdiye kadarki yargı içtihatlarında tespit edildiği üzere – objektif olarak tamamen hükmedilebilen organizasyon alanında görmektedir. Bundan dolayı, genç bir cerrah ve onu yetiştirenler için geçerli olan şudur: Mesleğe yeni başlayanın somut müdahaleye ilişkin teorik bilgisinin standardı daima kontrol edilmeli ve bu bilginin müdahaleye müsaade etmesi durumunda uygulama tecrübesinden yola çıkarak, uzman bir hekim tarafından yönlendirmenin, denetlemenin ve müdahale için hazır olmanın ne kadar sıkı tutulması hakkında karar verilmesi gerekir.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2005, 2614.

<sup>25</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2000, 2737.

<sup>26</sup> Bunun için bkz. Alman Federal Mahkemesi (BGH) 1992, 1560; NJW 1984,655; NJW 1993, 219.

Şimdiye kadar içtihat hukukunda somutlaştırılan buna ilişkin ilkeler, artık Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinin 4. fıkrasında şu şekilde açıklığa kavuşturulmuştur: Hasta, tedavi görevinin uzmanlığının başında bulunan kişilere devredilmiş olmasını ispat ederse; müsbit hukuken korunan değer ihlalinin, tedavi edenin yetkinlik seviyesinin sorumluluğu doğuracak şekilde düşük olmasından kaynaklandığı, kanuni karine olarak kabul edilir.<sup>27</sup> Bu durumda kurtuluş beyyinesi, ancak bütün tedavi işlemlerinin meslek kurallarına uygun bir şekilde gerçekleştirildiğinin<sup>28</sup> veya sağlığın uğradığı zararların mesleğe yeni başlayanın hatasız bir şekilde çalışmış olması halinde de gerçekleşeceğini ispat edilmesiyle<sup>29</sup> başarıya ulaşabilir.

### e) Ağır Tedavi Hataları

Hekimin sorumluluğu davalarındaki en önemli ispat kolaylıklarını aslında ağır tedavi hataları teşkil etmektedir. Tedavi edenin ağır bir tedavi hatası ispat edildiğinde, sorumluluğu tesis eden nedenselliğin varlığı karineten kabul edilir (Alman Medeni Kanunu m. 630h f. 5 cümle 1).<sup>30</sup> Bunun koşulu ise, objektif olarak bakıldığında 'hiçbir şekilde anlaşılır olmayan ve hiçbir şekilde savunulamayan',<sup>31</sup> 'esaslı tıbbi tedavi standartlarını'<sup>32</sup> ihlal eden bir teşhis ve tedavi hatasının - en azından kural olarak<sup>33</sup> - hasta tarafından ispat edilen hukuken koru-

<sup>27</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>28</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>29</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1993, 2989.

<sup>30</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3603), Alman Federal Mahkemesi'nin (BGH) NJW 2008, 1304 ve NJW 2004, 2011'deki kararlarına atıfla.

<sup>31</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2014, 688 (690); Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2004, 2011.

<sup>32</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1986, 1540 (1540); benzer şekilde Alman Parlamentosu Baskısı (BT-Drs.) 17/10488, s. 30 ("kesin ve yıllardan beri mevcut olan tıp bilgi ve tecrübesine" aykırılık).

<sup>33</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2012, 2653 (2654); aynı şekilde Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2004, 427 (428).

nan değerlerin ihlaline ('esaslı zarar'<sup>34</sup>) yol açabilmesi gerekir.<sup>35</sup> Böylece, gerçekten meydana gelmiş zarar türüne yol açmaya elverişli olan bir tedavi hatası, kural olarak tedavi hatası ile gerçekleşen sağlık ihlali arasındaki nedensel bağ bakımından ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olmaktadır. Bunun için ağır tedavi hatasının, gerçekleşen zarara yol açmaya elverişli olması yeterlidir; hatanın zararı akla yatkın kılması veya muhtemel kılmasına gerek yoktur.<sup>36</sup> İspat yükünün dağılımı için, hatanın zarara yol açmaya genel olarak elverişli olması yeterlidir.

Alman Medeni Kanunu 630h maddesi 5. fıkrasındaki kanuni düzenlemeye rağmen, hakim olayı değerlendirdiğinde basit bir tedavi hatasının mı yoksa ağır bir hatanın mı mevcut olup olmadığını tespit etmek zorundadır. Bu soru önceden olduğu gibi şimdi de hâlâ zorluluğunu korumakta ve ex ante kesin bir şekilde hemen hemen hiç tahmin edilememekte<sup>37</sup> ve ispat hukukuna yabancı olan kusurun derecesine göre bir ayrıştırmaya yol açmaktadır.<sup>38</sup>

Bunun dışında ispat yükünün yer değiştirmesi şu durumlarda söz konusu değildir:

- Hatayı ağır hata haline getiren riziko gerçekleşmemişse<sup>39</sup> veya
- eğer hasta kendi davranışıyla tedavinin başarısı için gerekli olan bir bileşeni akamete uğratmışsa (sözümona

<sup>34</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2014, 688 (690); Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2008, 1381 (1382).

<sup>35</sup> Bunun için bakınız Schärthl, NJW 2014, 3601 (3604); Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2008, 1304 (1304); Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2004, 2011.

<sup>36</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2004, 2011.

<sup>37</sup> Schärthl, NJW 2014, 3601 (3604) Dopheide, Oliver'e atıfla: Der grobe Behandlungsfehler - eine Beweislastverteilung nach Kollektiven? (Ağır tedavi hatası - kollektiflere göre ispat yükü dağılımı), VersR 2007, 1050 (1051 vd.). Yazar 'bir çok durumda bir loto oyunundan' ve 'aşırı derece keskin' olmayan sınırlardan bahsetmektedir.

<sup>38</sup> Schärthl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>39</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2005, 427; VersR 1981, 954; Stuttgart Yüksek Eyalet Mahkemesi VersR 1991, 821.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hasta hatası) ve bu aynen hekimin ağır hatasında olduğu gibi tedavi sürecinin akışının aydınlatılamamasına katkıda bulunmuşsa.<sup>40</sup>

Şüphesiz, bu istisnai durumların varlığını tedavi eden tarafın ispat etmesi gerekir.<sup>41</sup>

Özet olarak nedenselliğin ispatı kendisini şu şekilde göstermektedir:

- Hekimin hatasını ağır olarak değerlendirmek hakimın takdirinde olan bir husustur. Hastanın bunun için eskiden beri var olan tedavi kurallarının açıkça ve esaslı bir şekilde ihlal edildiğini veya kesin olan tıbbi bilgilere uyulmadığını gösteren olguları veya hatayı subjektif olarak artık anlaşılır olmaktan çıkararak diğer koşulları ispatlaması gerekir.
- Ağır bir tedavi hatasının varlığı halinde, akabindeki nedensellik bağına ilişkin delil ikamesi, hatanın neticeyi doğurmak için elverişli olup olmadığının ispatı ile sınırlı kalabilir.<sup>42</sup>
- Bu bağlamda, hatanın, nedensellik bağına varlığı tamamen ihtimal dışı olmaması durumunda, neticeleri doğurmaya elverişli olduğu kabul edilebilir. Bunun için yüzde onluk ihtimaller dahi yeterli kabul edilmiştir.<sup>43</sup>
- Buna uygun olarak, tedavi eden taraf bakımından karşı ispat, her türlü sorumluluğu doğurucu nedensellik bağına tamamen ihtimal dışı kaldığını ispat etmeye yönelik olacaktır.

---

<sup>40</sup> Bkz. Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi (Kammergericht) VersR 1991, 928; Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi VersR 1998, 459.

<sup>41</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1988, 2949.

<sup>42</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) VersR 2008, 490; VersR 2005, 228; NJW 2004, 2011; Karlsruhe Yüksek Eyalet Mahkemesi VersR 2000, 229.

<sup>43</sup> Brandenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi VersR 2004, 1050.

**f) Dökümantasyon ve Bulguların Muhafazasına İlişkin Sorumluluğun İhlali**

Dökümantasyon eksiklikleri de ispat hukukunu ilgilendiren neticeleri beraberinde getirebilir. Tam olmayan bir dökümantasyon, davada hekimin lehine sonuç doğurup, hasta için ispat zorlukları doğuramaz.

Bu nedenle dökümantasyon eksikliği her ne kadar kendi başına bir hak talebinin kaynağını oluşturamazsa da, davanın yürütülmesinde hekim ve hasta ilişkisi bakımında adil bir rol dağılımının yaratılması ve bu eksiklikten doğan hekimin tedavi hatasını ispata ilişkin zorluğunun dengelenmesi için hastaya bir delil kolaylığı sağlanmasına yol açabilir.<sup>44</sup> Buna uygun olarak, kanuni ispat yükü dağılımına ilişkin ana kuraldan sapan Alman Medeni Kanunu'nun 630h maddesinin 3. fıkrası, aynı Kanun'un 630f maddesinin 3. fıkrası uyarınca dökümantasyon yükümlüğüne<sup>45</sup> tabi 'tıbben gerekli esaslı bir işlemin ve neticesinin' kaydedilmemiş yahut buna ilişkin kaydın devam eden muhafaza tarihine rağmen (Alman Medeni Kanunu m. 630f f. 3) imha edilmiş olmasının ispatını yeterli görmektedir.<sup>46</sup>

Bunun için önce ihlal edilen bir dökümantasyon yükümlülüğünün varlığı gerekmektedir. Bu yükümlülük, kanuni olarak Alman Medeni Kanunu'nun 630f maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) *Tedavi eden, kağıt formunda veya elektronik döküman şeklinde tedaviyle zamansal olarak doğrudan bağlantılı olacak biçimde dökümantasyon amaçlı bir hasta dosyası tutma yükümlülüğü altındadır. Hasta dosyasında düzeltmeler ve değişiklikler sadece asıl içeriğin yanında bunların ne zaman yapıldığının da anlaşılır bir şekilde kalması durumunda caizdir. Bu husus elektronik hasta dosyaları için de ispat edilmelidir.*

<sup>44</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGHZ) 72, 132, 136 vd.; Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1995, 1611.

<sup>45</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820 vd.).

<sup>46</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- (2) *Tedavi eden, hastanın dosyasına mesleki açıdan mevcut ve gelecekteki tedavi için esaslı olan özellikle hastalığın hikayesi, teşhisler, incelemeler, incelemelerin neticeleri, bulgular, tedaviler ve etkileri, müdahaleler ve etkiler, rıza ve aydınlatmalar olmak üzere her türlü işlem ve neticelerini kaydetmekle yükümlüdür. Hekimin mektupları hasta dosyasına konulur.*
- (3) *Başka hükümler nedeniyle farklı bir muhafaza süresi mevcut olmadığı müddetçe, tedavi eden hastanın dosyasını tedavinin sonlanmasından sonra on yıl süreyle muhafaza etmek zorundadır.*

Buna göre dökümantasyon mecburiyeti, teşhis ve tedavi için tıbbi standartlara göre esaslı ve kaydı ve muhafazası devam eden tedavi için tıbben zorunlu olan hususları kapsamaktadır.<sup>47</sup> Buna karşılık rutin muameleler kayıt yükümlülüğüne tabi değildir. Bir muamelenin rutin olup olmadığı üzerinde şüphe ve ihtilaf ortaya çıkarsa, mahkeme bu husus hakkında tıbbi bir bilirkişinin yardımını almadan karar veremez. Çünkü bu husus tıbbi standartları ilgilendirmektedir.<sup>48</sup>

Alman Medeni Kanunu m. 630h f. 5 cümle 2'de bulguların tespiti (tanı ve teşhis) ve güvence altına alınmasına ilişkin eksiklikler bakımından şu düzenlemeye yer vermektedir: Her ne kadar sadece bulguların tespiti ve güvence altına alınmasına ilişkin basit bir hata sözkonusu olsa da, bulgu makul bir olasılıkla başka bir işlemin yapılmasına sebep teşkil edecek şekilde bir netice doğuracak idiyse ve bu işlemin ihmali ağır hata olarak görülmesi halinde, sorumluluğu doğuran nedensellik bakımından ağır bir hatanın var olduğu kabul edilir. Böylece tedavi eden, sadece basit bir yükümlülük ihlali ile itham edilse bile, - zamanında başlanmış bir tedavinin başarı şansından bağımsız olarak - hastalığın zamanında teşhisinin konulmamış olmasının rizikosunu tamamen taşımaktadır.<sup>49</sup> Ancak bu hu-

<sup>47</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGHZ) 123, 6, 9; NJW 1989, 2330, 2331; NJW 1999, 3408, 3409; Brandenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 05.04.2005 tarih ve 1 U 34/04 esas no.'lu kararı.

<sup>48</sup> Brandenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 05.04.2005 tarih ve 1 U 34/04 esas no.'lu kararı.

<sup>49</sup> Schärtl, NJW 2014, 3601 (3604).

sus aslında hekimin sorumluluğu hukukunun bütününde geçerli olan esasa, yani hekimin başarı (sonuç) sorumluluğunun olmaması prensibine aykırıdır.<sup>50</sup> Keza, sadece basit bir tanı ve teşhis hatasına dayanan bu ispat hukuku rizikosunun yerinin değiştirilmesi – aynı şekilde tedavi hatası olan<sup>51</sup> – aşırı teşhis<sup>52</sup> tehlikesini beraberinde getirmektedir ve bundan dolayı reddi gerekir.<sup>53</sup>

## 2. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlalinin İspatı

Şimdiye kadarki içtihat hukukuna göre hastanın, aydınlatmanın hatalı olduğunu iddia etmesi ve somut iddiasının altını doldurması gerekirdi; aydınlatmanın usule uygun bir şekilde yapıldığını ortaya koymak ve bunun ispatı ise hekime düşmekteydi.<sup>54</sup> Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ispat hususu artık Alman Medeni Kanunu'nun m. 630h f. 2'sı tarafından kanunen şu şekilde düzenlenmektedir: Tedavi eden usulüne uygun bir şekilde gerçekleşen aydınlatmadan sonra (Alman Medeni Kanun m. 630e<sup>55</sup>) hastanın tedavi işlemine geçerli bir şekilde rıza verdiğini (Alman Medeni Kanunu m. 630d) ispatlamak zorundadır. Böylece sözleşmeden veya haksız fiilden doğan hekimin sorumluluğunun ispat hukuku bakımından eşitliği sağlanmaktadır. Çünkü geçerli bir şekilde verilen rızanın, hukuka uygunluk sebebi olarak aynı zamanda Alman Medeni Kanunu'nun m. 823 f. 1'e göre tedavi eden taraftan ispatlanması gerekir.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>51</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>52</sup> Hausch, Axel: Nur ein Diagnoseirrtum? Oder doch eine unterlassene Befunderhebung? – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.6.2011 – VI ZR 87/10 (Sadece basit bir teşhis hatası mı? Yoksa ihmal edilebilir bulgu tespiti mi? – aynı zamanda Alman Federal Mahkemesi'nin 7.6.2011 tarih ve VI ZR 87/10 esas no.'lu kararının incelenmesi), MedR 2012, 231 (236); Ramm, Martin: Der ärztliche Befunderhebungsfehler (Hekimin bulgu tespitindeki hatası), GesR 2011, 513 (517).

<sup>53</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>54</sup> Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 04.02.1998 tarih ve 5 U 144/97 esas no.'lu kararı.

<sup>55</sup> Bunun için aynı zamanda bkz. Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1718).

<sup>56</sup> Schärftl, NJW 2014, 3601 (3605); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820 vd.); Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2005, 1718 (1719).



### a) Kural

Hekimin ispat yükü somut olarak şu hususları kapsamaktadır:

- Aydınlatmanın zamanı, yer ve sözlülüğü
- 'Tekniğin son haline göre' rizikoların doğru bir şekilde sunulması
- Hastanın tüm koşulları bilerek verdiği kararı
- Aydınlatmanın iddia edildiği gibi gerekli olmadığına ilişkin koşullar (örneğin hastanın, kendisine gönderildiği hekim meslektaşı tarafından aydınlatıldığı veya hastanın kendisi uzman bilgiye sahip olduğu)

Bundan dolayı hasta, aydınlatmanın gerçekleşmediğini veya hatalı olduğuna ilişkin delil ileri sürmek zorunda değildir.<sup>57</sup> Daha ziyade, gerçekleşen ve usulüne uygun olan aydınlatma bakımından ispat araçlarının ileri sürülmesi hekimin ödevidir.

### b) Ayrık Durumlar

Usulüne uygun yapılan aydınlatmaların daima sözlü yapılması gerekir ve her halükarda aydınlatma formlarıyla desteklenebilirler.

#### aa) Aydınlatmaya İlişkin Belgelerin Delil Değeri (Aydınlatma Formları)

Kayıtların mevcut olması halinde, bunlar hastanın hekim tarafından usulüne uygun bir şekilde aydınlatıldığına dair emare delili değerindedir.<sup>58</sup> Ancak bu şekilde bir delil değerinin kapsamı bazı durumlarda kolay bir şekilde tespit edileme-

<sup>57</sup> Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 03.12.2008 tarih ve I-8 U 183/08 esas no.'lu kararı.

<sup>58</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1999, 863, NJW VersR 1985, 361, 362'ye atıfla.

mektedir. Bu sorun özellikle, sadece aydınlatma konuşmasının gerçekleştirildiğini ancak bunun içeriği hakkında herhangi bir kaydı içermeyen belgeler hakkında söz konusudur. Bu durumlarda, hekim tarafından genel rutin icabı gerçekleştirilen tedaviler söz konusu olduğu müddetçe, ancak tıbbi tedbirlerin tipik rizikolarının konuşulduğu karineten kabul edilebilir.

Ancak hastanın, hekimle arasında bir konuşmanın gerçekleştirmediğini ve formu sadece hastane personelinden herhangi bir açıklama yapılmadan aldığı iddia etmesi durumunda, sadece aydınlatma konuşmasının gerçekleştirildiğinin hastanın imzasıyla teyit eden bir form, herhangi bir delil değerine sahip değildir. Tedaviye (terapiye) ilişkin rızayı içeren formun Alman Medeni Kanunu'nun 305'nci maddesi anlamında bir sözleşme koşulu olması durumunda, aydınlatma konuşması gerçekleştirilmiş olduğuna dair tespit Alman Medeni Kanunu'nun 309. maddesi 12b bendi uyarınca caiz olmayan bir ispat yükünün yer değiştirilmesi anlamına gelir.<sup>59</sup>

Buna karşılık, kendisi tarafından imzalanmış bir aydınlatma formunun sonradan tamamlandığı yönündeki iddianın ispat yükü ise hastaya aittir (Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 416, 440 f. 2). Bu husus, hastanın belgelendirilen riziko tasvirini hekim kendisine yanlış anlaşılabilir şekilde veya komplikasyonların meydana gelme sıklığını sözlü olarak yanlış bir şekilde sunduğunu yahut önemsiz olarak gösterdiğini iddia etmesiyle gerçekleşebilir.<sup>60</sup>

### **bb) Belge Düzenlenmeksizin Aydınlatmanın İspatı Hakkındaki Gereklilikler**

Aydınlatmaya ilişkin belge düzenlenmemişse, başka bir anlatımla, aydınlatma kayıt altına alınmamışsa, bu husus kural olarak aydınlatmanın gerçekleşmediğine ilişkin karine teşkil eder. Ancak tedavi eden hekimin, usulüne uygun aydınlat-

---

<sup>59</sup> Wenzel, s. 1495.

<sup>60</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1999, 863.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

manın yapıldığını başka şekilde, örneğin tanık deliliyle, ispat etme imkanı vardır.<sup>61</sup> Tanıkların mevcut olmaması ve aydınlatmanın yapıp yapılmadığının uyuşmazlık konusu olması durumunda ise hekimin dinlenmesi çoğunlukla yetersiz kalmaktadır. Bundan ziyade mahkemenin Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 286. maddesi uyarınca kanaatinin oluşması için tarafların Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 448. maddesi uyarınca istisnaları gerekir.<sup>62</sup>

Aydınlatma yükümlülüğünün ihlali başarılı bir şekilde ispat edilmişse, hastanın aydınlatma yükümlülüğünün ihlali ile hukuka aykırı olan tedavi ile sağlık zararları arasında nedensellik bağı hakkındaki ispat yükü devam eder.<sup>63</sup> Nedensellik incelemesinde, hekimin, bildirmeyi ihmal ettiği alternatif tedavinin (aydınlatma hatası) daha iyi bir neticeye yol açmayacağı şeklindeki itirazının gerçekleştirilen tedavi ile zararın arasındaki nedenselliği ilgilendirmedikçe dikkat edilmelidir. Bu husus, daha ziyade hukuka uygun bir alternatif davranış durumunda farazi nedensellik sürecini ilgilendirmektedir. Bunun için ispat yükü hekimdedir.<sup>64</sup> Hekimin hastaya hukuka aykırı ve hatalı bir davranışla zarar vermiş olmasının kesin olması durumunda, hekimin hastanın aynı zarara hukuka uygun ve hatasız bir tıbbi müdahalede de uğrayacağını ispat etmesi gerekir.<sup>65</sup> Hekimin ispat etmek zorunda olduğu hukuka uygun bir alternatif davranış durumunda dahi aynı zararların gerçekleşeceği keyfiyeti - bilirkişiye danışıldıktan sonra -, hukuka uygun alternatif davranışta bulunma halinde zararların %10 ihtimalle tamamen gerçekleşmeyeceği tespit edilebiliyorsa, ispat edilmemiş sayılır.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Oldenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi MedR 2000, 230.

<sup>62</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1999, 863.

<sup>63</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 1986, 1541.

<sup>64</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2005, 1718; Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 18.01.2007 tarih ve 1 U 24/06 esas no.'lu kararı.

<sup>65</sup> Alman Federal Mahkemesi (BGH) NJW 2005, 2072.

<sup>66</sup> Braunschweig Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 18.01.2007 tarih ve 1 U 24/06 esas no.'lu kararı.



# „PERSONENSCHÄDEN NACH DEM DEUTSCHEN ARZTHAFTUNGSRECHT“

*Dr. Ali YARAYAN*

*Rechtsanwalt und geschäftsführender Leiter der Forschungsstelle  
für türkisches Recht an der Friedrich-Alexander-Universität  
Erlangen-Nürnberg*

## **I. Problemübersicht**

Die Problemlagen eines Arzthaftungsverfahrens resultieren aufgrund nachfolgender Umstände:

1. Weder der Patient noch das Gericht haben das Fachwissen zur Bestimmung des medizinischen Facharztstandards, der den Sorgfaltsmaßstab bestimmt.
2. Der Patient ist nur eingeschränkt in der Lage, das Behandlungsgeschehen mit seinen Interdependenzen nachzuvollziehen.
3. Die Überprüfung der Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zwingt zur Befassung mit einer inneren Motivationslage, die nur schwer beweisbar ist.
4. Die Unberechenbarkeit des menschlichen Organismus (teilweise komplexe, multikausale, unvorhersehbare, unberechenbare und unaufklärbare biologische und psychologische Prozesse) erschwert vor allem den Kausalitätsnachweis des Fehlers für die gesundheitliche Folge.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

5. Die beweisrechtliche Verwertbarkeit der Behandlungsdokumentation ist abhängig von der ordnungs- und wahrheitsgemäßen Aufzeichnung durch die Arztseite.

Aus diesen Merkmalen wird deutlich, dass im Arzthafungsprozess der Arzt über den unmittelbaren Zugang zum Prozessstoff verfügt. Das bedeutet, dass bei Anwendung der normalen Beweisregeln im zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren nach dem sog. Beibringungsgrundsatz regelmäßig die prozessrechtlich günstigere Ausgangslage beim Arzt liegt. Gleiches gilt bei Anwendung der türkischen Beweisregeln in Art. 6 des türkischen Zivilgesetzbuches und Art. 25 des türkischen Zivilprozessgesetzes. Bei strenger Anwendung der zivilprozessualen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast käme es daher in der Praxis zu einer Überforderung der Patienten- seite. Denn der Patient kann auch bei Ausnutzung aller materiellrechtlichen Möglichkeiten wie etwa der weitreichenden Auskunfts- und Einsichtsrechte sowie der Einholung medizinischer Privatgutachten diese Nachteile nie wirklich kompensieren. Aus diesem Grunde hat das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (sog. Patientenrechtegesetz) vom 20. Februar 2013, in Kraft getreten am 26. Februar 2013<sup>1</sup>, in § 630h BGB die Regeln der Beweisführung und Beweislast kodifiziert. Insgesamt hat der Gesetzgeber mit den neu geschaffenen Vorschriften (§§ 630a - 630h BGB) im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung zur Arzthaftung in Gesetzesform gegossen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> BGBl. I, 2013277. Überdies hat der Gesetzgeber durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes vom 20.12.2012 (BGBl. I 2012, 2749) in § 1631d BGB normiert, dass die Beschneidung eines nicht einwilligungsfähigen Kindes grundsätzlich zulässig ist, es sei denn, das Kindeswohl ist gefährdet. Dieser Gesetzesinitiative vorangegangen war ein Urteil des Landgerichts Köln (NJW 2012, 2128), nach dem eine (nur) religiös motivierte Beschneidung kategorisch als strafbare Körperverletzung angesehen wurde. Siehe zum Ganzen auch Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2012/2013, NJW 2013, 1714 (1714).

<sup>2</sup> Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, 817 (817); Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1714).

## II. Zweispurigkeit des deutschen Arzthaftungsrechts

Das deutsche Arzthaftungsrecht geht von einer zweispurigen Haftungsmöglichkeit aus: Zum einen haftet der Behandlungsversprechende für die schuldhafte Pflichtverletzung des als speziellen Dienstvertrag ausgestalteten Behandlungsvertrages<sup>3</sup>; eine spezielle Haftungsnorm enthält das Behandlungsvertragsrecht dabei nicht, vielmehr ist die allgemeine Vorschrift des § 280 BGB Anspruchsgrundlage i.V.m. 630a BGB<sup>4</sup>. Zum anderen kommt eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn rechtswidrig und schuldhaft die absoluten Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und/oder Freiheit beeinträchtigt werden. Die deliktische Haftung kommt neben der vertraglichen Haftung dann oft zur Anwendung, wenn der Behandlungsversprechende und der tatsächlich Behandelnde nicht personenidentisch sind, so dass ersterer aus Vertrag und letzterer aus Delikt haften.

Beide Anspruchsgrundlagen, mithin die aus Vertrag und die aus Delikt stehen in Idealkonkurrenz zueinander<sup>5</sup>, was nach dem Willen des Gesetzgebers auch nach Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes am 26. Februar 2013 weiterhin gilt<sup>6</sup>. Wenngleich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebracht hat, die deliktische Haftung werde neben der vertraglichen Haftung „weiter an eigenständiger Bedeutung einbüßen“, sie habe „nur noch eine eigenständige Bedeutung, wenn eine vertragliche Haftungsgrundlage fehlt“<sup>7</sup>. Das Deliktsrecht war und es bleibt sedes materiae der Arzthaftung; der u.a. für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat des BGH wird sich durch die Vorschriften zum Behandlungsvertrag

---

<sup>3</sup> Siehe Schärfl, Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, 3601 (3601); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817).

<sup>4</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (817).

<sup>5</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601.

<sup>6</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 28.

<sup>7</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 17 f.; Katzenmeier, NJW 2013, 817 (823).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nicht davon abhalten lassen, medizinisches Fehlverhalten unter deliktischen Aspekten zu beurteilen<sup>8</sup>.

Im Rahmen der vertraglichen Arzthaftung greift nach dem Gesetzeswortlaut die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB<sup>9</sup> mit folgendem Wortlaut:

*Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*

Daher scheint der Anspruchsteller bei der vertraglichen Haftung nur die objektive Pflichtverletzung des Anspruchsggners sowie einen daraus resultierenden haftungsausfüllend-kausalen Schaden beweisen zu müssen<sup>10</sup>. Der Gesetzgeber hat aber die vor der Gesetzesänderung vom 20. Februar 2013 geltende Auffassung der herrschenden Meinung nicht ändern wollen, indem in den Gesetzesmaterialien die Rede von „Das war auch bislang im Ergebnis schon so“ war<sup>11</sup>. Aus diesem Grunde ist – ausgehend von einer historischen Auslegung in der legislativen Klarstellung – die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB auf vertragliche Arzthaftungsfälle nicht anzuwenden.

Der vertragliche Schadenersatzanspruch hat insgesamt folgende kumulativen Voraussetzungen:

---

<sup>8</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (823).

<sup>9</sup> Die Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wurde vor der Gesetzesänderung – entgegen der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/10488, S. 28 („Das war auch bislang im Ergebnis schon so“)) von der herrschenden Meinung abgelehnt, siehe hierzu Katzenmeier, VersR 2002, 1066; NJW 2013, 817 (821). Begründet wurde dies damit, dass das Ausbleiben des Behandlungserfolges aufgrund der Komplexität des menschlichen Organismus keinen Rückschluss auf ein Behandlungsgeschehen rechtfertigt; Schärfl, NJW 2014, 3601 m.w.N.

<sup>10</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 unter Hinweis auf die auf Rosenbergs Normentheorie gründende Satzbaulehre.

<sup>11</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 28.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- eine vom Anspruchsgegner zu vertretende objektive Pflichtverletzung (Beweispflicht des Anspruchstellers nach § 286 ZPO) und
- die Pflichtverletzung muss haftungsausfüllend-kausal zu einem Schaden des Anspruchstellers geführt haben (hier gelten die Beweisanforderungen des § 287 ZPO mit der Möglichkeit der Schadensschätzung)<sup>12</sup>.

Bei vertraglichen Pflichtverletzungen wird unterschieden zwischen Fehlern bei der Selbstbestimmungsaufklärung (§ 630d BGB) und echten Behandlungsfehlern. Liegt ein Aufklärungsfehler vor, so entfällt die notwendige Einwilligung in die Behandlungsmaßnahme mit der Folge, dass der – auch lege artis erfolgende – ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit grundsätzlich rechtswidrig ist<sup>13</sup>. Demgegenüber muss der Anspruchsteller bei echten Behandlungsfehlern sowohl die Nichteinhaltung medizinischer Standards als auch eine daraus haftungsbegründend-kausal erwachsende rechtswidrige Rechtsgutsverletzung beweisen<sup>14</sup>.

Der deliktische Schadenersatzanspruch wiederum, der aus Zeitgründen nachfolgend nur punktuell dargestellt werden soll, hat folgende Voraussetzungen:

- Verletzung eines absoluten Rechtsguts, welche haftungsbegründend-kausal auf einer Verletzungshandlung des Anspruchsgegners beruht, und
- die Rechtsgutsverletzung muss rechtswidrig und schuldhaft erfolgt sein sowie haftungsausfüllend-kausal zu einem Schaden des Anspruchstellers geführt haben (die Beweispflicht liegt grundsätzlich beim Anspruchsteller,

---

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 688.

<sup>13</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>14</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3603) unter Hinweis auf OLG Köln MedR 2012, 466 (467); Spickoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2012/2013, NJW 2013, 1714 (1719).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

wobei für den Schaden und die haftungsausfüllende Kausalität § 287 ZPO gilt).

### III. Beweisgrundsätze im Arzthaftungsverfahren

Wie kann ärztliches Fehlverhalten in Form eines Behandlungs- bzw. Aufklärungsfehlers prozessual bewiesen werden?

#### 1. Behandlungsfehlerbeweis

##### a) Gesetzliche Vermutung

Der Gesetzgeber hat mit dem Patientenrechtegesetz in § 630h BGB die Regeln der Beweisführung und Beweislast gesetzlich kodifiziert. § 630h BGB hat folgenden Wortlaut:

- (1) *Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.*
- (2) *Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.*
- (3) *Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.*
- (4) *War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.*
- (5) *Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.*

Mit § 630h BGB hat der Gesetzgeber bezweckt, die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Beweislastverteilung aus dem Arzthaftungsrecht systematisch in einer Vorschrift zusammenzufassen und auf sämtliche medizinischen Behandlungsverträge zu erstrecken<sup>15</sup>. Hiernach wird eine Behandlungspflichtverletzung gesetzlich vermutet (§ 292 ZPO), sofern die Rechtsgutsverletzung des Patienten kausal<sup>16</sup> auf ein vom Behandelnden *voll beherrschbares Risiko* zurückführbar ist. Statt des konkreten Behandlungsfehlers muss der Patient demnach lediglich die Verwirklichung eines vom Behandelnden *voll beherrschbaren*, d.h. bei Erkennen mit Sicherheit vermeidbaren und daher allein der Herrschafts- und Organisationsphäre des Behandelnden zuortbaren Risikos darlegen und beweisen<sup>17</sup>. Als Bereiche mit *voll beherrschbaren* Risiken gelten folgende:

- Organisation und Koordination der Behandlungsabläufe (inklusive Personaleinsatz, nach der Gesetzesbegründung nunmehr auch die bislang umstrittenen Fälle der Verletzung hygienischer Standards<sup>18</sup>)

---

<sup>15</sup> Jauernig/Mansel, Kommentar zum BGB, § 630h Rdn. 7 BGB unter Hinweis auf BT-Drs. 17/10488, S. 27.

<sup>16</sup> Die Kausalität ist vom Patienten zu beweisen, BT-Drs. 17/10488, S. 28, so auch Schärtl, NJW 2014, 3601 (3602).

<sup>17</sup> Schärtl, NJW 2014, 3601 (3602); Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Glanzmann, *Gesamtes Medizinrecht*, 2012, § 287 Rdn. 31ff. ZPO; Steffen/Pauge, *Arzthaftungsrecht*, 12. Aufl. 2013, Rdn. 603ff.; BGH MedR 2004, 541; MedR 2004, 107.

<sup>18</sup> Schärtl, NJW 2014, 3601 (3602) unter Hinweis auf BT-Drs. 17/10488, S. 28 in Abweichung etwa von BGH NJW 2007, 1682 (1683).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Technisch apparativer Bereich (Gerätesicherheit, Bedienungssicherheit)
- Nicht fach-medizinisch geprägte „Verrichtungen“ am Patienten („Verrichtungssicherheit“: Funktionspflege, Körperpflege, Mobilitätsunterstützungsleistungen, Überwachung nur eingeschränkt selbständig möglicher Verrichtungen des Patienten; Überwachung von technischen Anwendungen/Maßnahmen)

Der Patient hat also sowohl die Voraussetzungen eines Behandlungsfehlers darzulegen und zu beweisen als auch die fehlerhafte und somit schuldhaft, mithin mindestens fahrlässige Behandlung durch den Arzt. Denn bei der Arzthaftung handelt es sich um eine Verschuldenshaftung und nicht um eine Gefährdungshaftung<sup>19</sup>.

### b) Entlastungsbeweis

§ 630h Abs. 1 BGB normiert eine gesetzliche Vermutung, als der Behandelnde bei Überzeugung des Gerichts von der Verwirklichung der Vermutungsbasis den Hauptbeweis erbringen muss, dass das *voll beherrschbare* Risiko in concreto nicht abschirmbar gewesen ist<sup>20</sup>. So muss also der Arzt bzw. der Krankenhausbetreiber den Entlastungsbeweis führen, wenn es zur Verwirklichung von Risiken kommt, die durch den Klinikbetrieb oder die Arztpraxis in deren Sphäre gesetzt wurden und durch sachgerechte Organisation und Koordinierung des Behandlungsgeschehens objektiv voll beherrscht werden können. Wie bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird hier die Darlegungs- und Beweislast für die Verschuldensfreiheit auf die Behandlungsseite verlagert<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Katzenmeier, Arzthaftung 2002, S. 150ff. und S. 174ff.; siehe auch KG v. 15.12.2005 - 20 U 244/02.

<sup>20</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>21</sup> BGH NJW 2007, 1682.

### c) Anscheinsbeweis

Liegen demgegenüber Umstände für einen Anscheinsbeweis vor, mithin eine Typizität zwischen der eingetretenen Gesundheitsschädigung und dem Ursachenverlauf nach einer vorgenommenen Behandlung, so kehrt dieser die Beweislast nicht um, d.h. der Arzt muss keinen Gegenbeweis führen, sondern kann sich darauf beschränken, den Anschein zu erschüttern, der für die Behauptung des Patienten spricht. Entsprechend muss er die Typizität angreifen, indem er entweder die behauptete Typizität generell bestreitet und nachweist, dass der behauptete Erfahrungssatz keine Geltung (mehr) beansprucht oder er akzeptiert die Typizität, behauptet aber einen eben atypischen Kausalverlauf.

Der Anscheinsbeweis ist im medizinischen Bereich äußerst selten der Fall, er wird aber etwa bei der AIDS-Infektion durch kontaminierte Blutprodukte angewendet: Ein typischer Geschehensablauf kann anzunehmen sein, wenn die Kontaminierung eines verwendeten Blutprodukts feststeht und keine weiteren Ursachen außerhalb des Verantwortungsbereiches der Behandlungsseite für die der Kontaminierung entsprechende Erkrankung ersichtlich sind<sup>22</sup>. Bei einer HIV-Infektion nach Bluttransfusion setzt das voraus, dass der Patient weder zu den HIV-gefährdeten Risikogruppen gehört noch durch die Art seiner Lebensführung einer gesteigerten Infektionsgefahr ausgesetzt ist, aber HIV-kontaminiertes Blut oder kontaminierte Blutprodukte erhalten hat<sup>23</sup>.

### d) Kausalität bei voll beherrschbaren Risiken

In der Regel wird jedoch im voll beherrschbaren Bereich keine Kausalität im Rahmen der Beweiserleichterung vermutet. Eine Ausnahme bildet etwa die Anfängeroperation (§ 630h Abs. 4 BGB). Hiernach wird, sofern ein Behandelnder

---

<sup>22</sup> BGHZ 114, 290; VersR 1982, 972.

<sup>23</sup> BGH NJW 2005, 2614.

für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt war, vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war. Denn der Arzt schuldet dem Patienten eine Behandlung nach Facharztstandard<sup>24</sup>. Der Einsatz eines Berufsanfängers bedeutet für den Patienten eine Risikoerhöhung, die er nicht tragen muss. Die Risikoerhöhung stammt aus der Sphäre der Behandlungsseite. Sie muss alles tun, um das Risiko abzufangen und dennoch den Facharztstandard zu garantieren. Diesbezüglich ausreichende Maßnahmen zu treffen, sieht das Gesetz – wie auch die bisherige Rechtsprechung – als objektiv *voll beherrschbaren* Organisationsbereich an. Für den jungen Operateur und seine Ausbilder gilt daher Folgendes: Es muss immer der Stand des theoretischen Wissens des Berufsanfängers bezüglich des konkreten Eingriffs überprüft werden und soweit diese einen Einsatz erlauben, dann anhand der praktischen Erfahrungen entschieden werden, wie eng die Anleitung, Überwachung und Eingriffsbereitschaft durch einen Facharzt gesteckt sein muss<sup>25</sup>.

Diese in der bisherigen Rechtsprechung konkretisierten Grundsätze werden nun durch die Normierung des § 630h Abs. 4 BGB dahingehend klargestellt, dass bei vom Patienten nachgewiesener Übertragung der Behandlungsaufgabe an minderqualifizierte Personen gesetzlich vermutet wird, dass die nachweislich eingetretene Rechtsgutsverletzung haftungsbegründend-kausal auf der Minderqualifikation des Behandlenden beruht<sup>26</sup>. Der Entlastungsbeweis gelingt hiernach nur, wenn nachgewiesen werden kann, dass sämtliche Behandlungsmaßnahmen *lege artis* durchgeführt wurden<sup>27</sup> oder die Gesundheitsschädigung auch bei fehlerfreiem Einsatz des Anfängers eingetreten wäre<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> BGH NJW 2000, 2737.

<sup>25</sup> Siehe hierzu BGH 1992, 1560; NJW 1984,655; NJW 1993, 219.

<sup>26</sup> Schärthl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>27</sup> Schärthl, NJW 2014, 3601 (3603).

<sup>28</sup> BGH NJW 1993, 2989.

### e) Grobe Behandlungsfehler

Die wichtigste Fallgruppe der Beweiserleichterungen im Arzthaftungsprozess bilden allerdings die groben Behandlungsfehler. Kann dem Behandelnden ein grober Behandlungsfehler nachgewiesen werden, wird dessen haftungsbegründende Kausalität vermutet (§ 630h Abs. 5 Satz 1 BGB)<sup>29</sup>. Voraussetzung ist hierfür, dass der bei objektiver Betrachtung „schlechterdings nicht mehr verständliche und verantwortbare“<sup>30</sup>, „elementare medizinische Behandlungsstandards“<sup>31</sup> verletzende Diagnose- oder Therapiefehler – zumindest grundsätzlich<sup>32</sup> – die vom Patienten nachgewiesene Rechtsgutsverletzung („Primärschaden“<sup>33</sup>) verursachen kann<sup>34</sup>. Ein grober Behandlungsfehler, der geeignet ist, einen Schaden der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, führt also grundsätzlich zu einer Umkehr der objektiven Beweislast für den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem Gesundheitsschaden. Dafür reicht es aus, dass der grobe Behandlungsfehler geeignet ist, den eingetretenen Schaden zu verursachen; nahe legen oder wahrscheinlich machen, muss der Fehler den Schaden nicht<sup>35</sup>. Für die Beweislastverteilung ausreichend ist es, wenn eine allgemeine Eignung des Fehlers für die Verursachung des Schadens vorliegt.

Trotz der gesetzlichen Regelung in § 630h Abs. 5 BGB bleibt die tatrichterliche Feststellung, ob es sich um einen einfachen oder groben Behandlungsfehler handelt, nach wie vor schwie-

---

<sup>29</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3603) unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des BGH (NJW 2008, 1304; NJW 2004, 2011).

<sup>30</sup> BGH NJW 2014, 688 (690); BGH NJW 2004, 2011.

<sup>31</sup> BGH NJW 1986, 1540 (1540); ähnlich BT-Drs. 17/10488, S. 30 (Verstoß „gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen“).

<sup>32</sup> BGH NJW 2012, 2653 (2654); ähnlich bereits BGH NJW 2004, 427 (428).

<sup>33</sup> BGH NJW 2014, 688 (690); BGH NJW 2008, 1381 (1382).

<sup>34</sup> Siehe zum Ganzen Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604); BGH NJW 2008, 1304 (1304); BGH NJW 2004, 2011.

<sup>35</sup> BGH NJW 2004, 2011.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rig und ist ex ante kaum verlässlich prognostizierbar<sup>36</sup> und führt eine dem Beweisrecht bislang fremde Differenzierung nach Verschuldensgraden ein<sup>37</sup>.

Außerhalb dessen scheidet eine Beweislastverschiebung aus,

- wenn sich nicht das Risiko verwirklicht hat, dessen Nichtbeachtung den Fehler als grob erscheinen lässt<sup>38</sup> oder
- wenn der Patient durch sein Verhalten eine selbständige Komponente für den Heilungserfolg vereitelt hat (sog. Patientenfehler) und dadurch in gleicher Weise wie der grobe Behandlungsfehler des Arztes dazu beigetragen hat, dass der Verlauf des Behandlungsgeschehens nicht mehr aufgeklärt werden kann<sup>39</sup>.

Das Vorliegen dieser Ausnahmetatbestände hat die Behandlungsseite zu beweisen<sup>40</sup>.

Zusammenfassend kann der Kausalitätsbeweis wie folgt dargestellt werden:

- Die Bewertung des Arztfehlers als grob ist eine tatrichterliche Ermessensfrage. Der Patient beweist hierzu diejenigen Tatsachen, aus denen sich der eindeutige, fundamentale Verstoß gegen bewährte ärztliche Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse ergibt sowie diejenigen (weiteren) Umstände, die den Fehler aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheinen lassen.

---

<sup>36</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604) unter Verweis auf Dopheide, Oliver: Der grobe Behandlungsfehler - eine Beweislastverteilung nach Kollektiven?, VersR 2007, 1050 (1051f.), der von „vielfach Lotteriespiel“ und „äußerst unscharfer“ Abgrenzung spricht.

<sup>37</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>38</sup> BGH NJW 2005, 427; VersR 1981, 954; OLG Stuttgart VersR 1991, 821.

<sup>39</sup> Siehe KG VersR 1991, 928; OLG Braunschweig VersR 1998, 459.

<sup>40</sup> BGH NJW 1988, 2949.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Liegt danach ein grober Behandlungsfehler vor, kann sich die weitere Beweisführung zum Ursachenzusammenhang darauf beschränken, die Geeignetheit des Fehlers für die Folge zu beweisen<sup>41</sup>.
- Dabei ist der Fehler schon dann geeignet, die Folgen herbeizuführen, wenn ein Ursachenzusammenhang nicht ganz unwahrscheinlich ist. Hierzu sind Wahrscheinlichkeiten von 10% für ausreichend gehalten worden<sup>42</sup>.
- Entsprechend ist für den Gegenbeweis der Behandlungsseite erforderlich, dass jeglicher haftungsbegründende Ursachenzusammenhang äußerst unwahrscheinlich wäre.

### **f) Verstöße gegen Dokumentations- und Befundsicherungspflichten**

Auch Dokumentationsmängel können beweisrechtliche Konsequenzen haben. Eine unvollständige Dokumentation darf sich im Prozess nicht zum Vorteil eines Arztes auswirken und den Patienten in Beweisschwierigkeiten bringen.

So bildet ein Dokumentationsmangel keine eigenständige Anspruchsgrundlage, kann aber dazu führen, dass dem Patienten zum Ausgleich der hierdurch eingetretenen Erschwernis, einen ärztlichen Behandlungsfehler nachzuweisen, eine entsprechende Beweiserleichterung zugute kommt, um auch für die Prozessführung eine gerechte Rollenverteilung im Arzt-Patienten-Verhältnis zu schaffen<sup>43</sup>. Demgemäß lässt § 630h Abs. 3 BGB als echte, von der gesetzlichen Regelbeweislasterverteilung abweichende Sonderregel den Nachweis genügen, dass eine nach § 630f dokumentationspflichtige<sup>44</sup> „medizinisch gebotene

---

<sup>41</sup> BGH VersR 2008, 490; VersR 2005, 228; NJW 2004, 2011; OLG Karlsruhe VersR 2000, 229.

<sup>42</sup> Brandenburgisches Oberlandesgericht VersR 2004, 1050.

<sup>43</sup> BGHZ 72, 132, 136ff.; BGH NJW 1995, 1611.

<sup>44</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820f.).

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis“ nicht aufgezeichnet bzw. diesbezügliche Aufzeichnungen trotz noch laufender Aufbewahrungsfrist (§ 630f Abs. 3 BGB) vernichtet worden sind<sup>45</sup>.

Hierzu bedarf es zunächst einer Dokumentationspflicht, die verletzt wurde. Gesetzlich normiert ist diese in § 630f BGB mit folgendem Wortlaut:

- (1) *Der Behandelnde ist verpflichtet, zum Zweck der Dokumentation in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Behandlung eine Patientenakte in Papierform oder elektronisch zu führen. Berichtigungen und Änderungen von Eintragungen in der Patientenakte sind nur zulässig, wenn neben dem ursprünglichen Inhalt erkennbar bleibt, wann sie vorgenommen worden sind. Dies ist auch für elektronisch geführte Patientenakten sicherzustellen.*
- (2) *Der Behandelnde ist verpflichtet, in der Patientenakte sämtliche aus fachlicher Sicht für die derzeitige und künftige Behandlung wesentlichen Maßnahmen und deren Ergebnisse aufzuzeichnen, insbesondere die Anamnese, Diagnosen, Untersuchungen, Untersuchungsergebnisse, Befunde, Therapien und ihre Wirkungen, Eingriffe und ihre Wirkungen, Einwilligungen und Aufklärungen. Arztbriefe sind in die Patientenakte aufzunehmen.*
- (3) *Der Behandelnde hat die Patientenakte für die Dauer von zehn Jahren nach Abschluss der Behandlung aufzubewahren, soweit nicht nach anderen Vorschriften andere Aufbewahrungsfristen bestehen.*

Hiernach erstreckt sich die Dokumentationspflicht auf Umstände, die für die Diagnose und Therapie nach medizinischem Standard wesentlich sind und deren Aufzeichnung und Aufbewahrung für die weitere Behandlung medizinisch erforderlich ist<sup>46</sup>. Demgegenüber sind routinemäßige Vorgehen nicht aufzeichnungspflichtig. Sofern streitig ist, ob ein routinemäßi-

---

<sup>45</sup> Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820).

<sup>46</sup> BGHZ 123, 6, 9; NJW 1989, 2330, 2331; NJW 1999, 3408, 3409; Brandenburgisches OLG v. 05.04.2005 - 1 U 34/04.

ges Vorgehen vorliegt oder nicht, darf das Gericht diesen Umstand nicht ohne Hinzuziehung eines medizinischen Sachverständigen beurteilen, da es um eine Frage des medizinischen Standards geht<sup>47</sup>.

§ 630h Abs. 5 Satz 2 BGB regelt wiederum dergestalt den Befunderhebungs- und Befundsicherungsfehler, dass im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität das Vorliegen eines groben Behandlungsfehlers vermutet wird, auch wenn nur ein einfacher Befunderhebungs-/Befundsicherungsfehler vorliegt, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre. Hiernach trägt der Behandelnde – unabhängig von den konkreten Erfolgchancen einer rechtzeitig eingeleiteten Therapie – vollumfänglich das Risiko für nicht rechtzeitig diagnostizierte Erkrankungen, obwohl ihm diesbezüglich lediglich ein einfacher Pflichtenverstoß zur Last fällt<sup>48</sup>. Dies verstößt aber gegen die als Grundlage des gesamten Arzthaftungsrechts anerkannte fehlende Erfolgsverantwortlichkeit des Arztes<sup>49</sup>. Zudem beschwört eine allein auf einfache Befunderhebungsfehler gestützte beweisrechtliche Risikoverlagerung die Gefahr einer – ihrerseits als Behandlungsfehler zu qualifizierenden<sup>50</sup> – Überdiagnostik<sup>51</sup> und ist daher abzulehnen<sup>52</sup>.

### 2. Aufklärungsfehlerbeweis

Nach bisheriger Rechtsprechung musste der Patient die Fehlerhaftigkeit der Aufklärung behaupten und den konkre-

---

<sup>47</sup> Brandenburgisches OLG v. 05.04.2005 – 1 U 34/04).

<sup>48</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>49</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>50</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604).

<sup>51</sup> Hausch, Axel: Nur ein Diagnoseirrtum? Oder doch eine unterlassene Befunderhebung? – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7. 6. 2011 – VI ZR 87/10, MedR 2012, 231 (236); Ramm, Martin: Der ärztliche Befunderhebungsfehler, GesR 2011, 513 (517).

<sup>52</sup> Schärfl, NJW 2014, 3601 (3604).

ten Vorwurf substantiieren, die nähere Darlegung der ordnungsgemäßen Aufklärung und ihr Beweis oblag aber dem Arzt<sup>53</sup>. Diese Beweislage ist nun in § 630h Abs. 2 BGB gesetzlich niedergelegt, als der Behandelnde die nach ordnungsgemäßer Aufklärung (§ 630e BGB<sup>54</sup>) wirksam erteilte Einwilligung (§ 630d BGB) des Patienten in die Behandlungsmaßnahme beweisen muss. Hierdurch wird der beweisrechtliche Gleichlauf von vertraglicher und deliktischer Arzthaftung gesichert, da die wirksame Einwilligung als Rechtfertigungsgrund auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB vom Behandelnden zu beweisen ist<sup>55</sup>.

### a) Grundsatz

Im Einzelnen erstreckt sich die Beweislast des Arztes auf folgende Punkte:

- Zeit, Ort, Mündlichkeit der Aufklärung
- Korrekte Risikodarstellung entsprechend dem „Stand der Technik“
- Entscheidung des Patienten in Kenntnis aller Umstände
- Umstände einer behaupteten Entbehrlichkeit der Aufklärung (Beispiel: anderweitige Aufklärung durch überweisenden Arztkollegen/eigenes Fachwissen)

Der Patient braucht daher nicht etwa Beweismittel für das Unterbleiben oder die Fehlerhaftigkeit der Aufklärung zu nennen<sup>56</sup>, sondern es ist Aufgabe des Arztes, Beweismittel für die erfolgte und ordnungsgemäße Aufklärung beizubringen.

---

<sup>53</sup> OLG Köln v. 04.02.1998 – 5 U 144/97.

<sup>54</sup> Siehe hierzu auch Spickhoff, NJW 2013, 1714 (1718).

<sup>55</sup> Schärtl, NJW 2014, 3601 (3605); Katzenmeier, NJW 2013, 817 (820f.); BGH NJW 2005, 1718 (1719).

<sup>56</sup> OLG Düsseldorf v. 03.12.2008 – I-8 U 183/08.

### **b) Modifikationen**

Die ordnungsgemäße Aufklärung hat immer mündlich zu erfolgen und kann durch Aufklärungsformulare allenfalls unterstützt werden.

#### **aa) Beweiswert der Aufklärungsdokumentation (Aufklärungsformular)**

Liegen Aufzeichnungen vor, so kommt diesen ein indizieller Beweiswert für ein ordnungsgemäßes Aufklärungsgespräch zu<sup>57</sup>. Die Reichweite des Beweiswerts kann im Einzelfall jedoch schwierig zu beurteilen sein. Dies gilt vor allem für eine Dokumentation, die lediglich das Stattfinden des Aufklärungsgesprächs als solches festhält und nicht den Inhalt der Aufklärung dokumentiert. Hier kann allenfalls vermutet werden, dass die typischen Risiken der ärztlichen Maßnahme angesprochen worden sind, soweit es sich dabei um eine von dem Arzt routinemäßig vorgenommene Behandlung handelt.

Desgleichen versagt der Beweiswert eines Formulars, das allein das Stattfinden eines Aufklärungsgesprächs durch Unterschrift des Patienten bestätigt, sofern der Patient das Arztgespräch bereits bestreitet und behauptet, das Formular lediglich von Mitarbeitern ohne jede Erläuterung erhalten zu haben. Die Feststellung, es habe ein Aufklärungsgespräch stattgefunden, stellt eine nach § 309 Nr. 12b BGB unzulässige Beweislastverschiebung dar, sofern das Formular mit der Einwilligung in die Heilbehandlung im Sinne einer Vertragsbedingung nach § 305 BGB Verwendung gefunden hat<sup>58</sup>.

Für die Behauptung, ein von ihm unterzeichnetes Aufklärungsformular sei im Nachhinein vervollständigt worden, trägt demgegenüber der Patient die Beweislast (§§ 416, 440 Abs. 2 ZPO). Dies kann geschehen, wenn der Patient behauptet, die dokumentierte Risikobeschreibung habe der Arzt ihm

---

<sup>57</sup> BGH NJW 1999, 863 unter Hinweis auf NJW VersR 1985, 361, 362.

<sup>58</sup> Wenzel, S. 1495.

missverständlich erläutert oder mündlich die Häufigkeit des Eintretens der Komplikation falsch dargestellt bzw. heruntergespielt<sup>59</sup>.

### **bb) Anforderungen an den Aufklärungsnachweis ohne Dokumentation**

Ist demgegenüber die Dokumentation einer Aufklärung unterblieben, stellt dies grundsätzlich ein Indiz für das Fehlen der Aufklärung selbst dar. Dem behandelnden Arzt verbleibt aber die Möglichkeit, den Beweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung auf andere Weise, etwa durch Zeugenbeweis, zu führen<sup>60</sup>. Sind Zeugen nicht vorhanden und ist die ordnungsgemäße Aufklärung im Einzelnen streitig, ist die Anhörung des Arztes zur Aufklärung zumeist nicht ausreichend, sondern hier muss zur notwendigen Überzeugungsbildung des Gerichts nach § 286 ZPO Parteivernehmung nach § 448 ZPO hinzutreten<sup>61</sup>.

Ist der Beweis für die fehlerhafte Aufklärung gelungen, bleibt der Patient beweisbelastet für die Kausalität der wegen der mangelnden Aufklärung rechtswidrigen Behandlung für den Gesundheitsschaden<sup>62</sup>. Bei der Kausalitätsprüfung ist zu beachten, dass der Einwand des Arztes, diejenige Behandlungsalternative, die er nicht vorgestellt hatte (Aufklärungsfehler), hätte nicht zu einem besseren Ergebnis geführt, nicht die Kausalität der tatsächlich durchgeführten Behandlung für den eingetretenen Schaden betrifft, sondern den hypothetischen Kausalverlauf im Falle des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hierfür trägt der Arzt die Beweislast<sup>63</sup>. Steht fest, dass der Arzt dem Patienten durch rechtswidriges und fehlerhaftes ärztliches Handeln einen Schaden zugefügt hat, so muss der Arzt beweisen, dass der Patient den gleichen Schaden auch bei

---

<sup>59</sup> BGH NJW 1999, 863.

<sup>60</sup> OLG Oldenburg MedR 2000, 230.

<sup>61</sup> BGH NJW 1999, 863.

<sup>62</sup> BGH NJW 1986, 1541.

<sup>63</sup> BGH NJW 2005, 1718; OLG Braunschweig v. 18.01.2007 - 1 U 24/06.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

einem rechtmäßigen und fehlerfreien ärztlichen Handeln erlitten hätte<sup>64</sup>. Der dem Arzt obliegende Beweis dafür, dass auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten derselbe Schaden eingetreten wäre, ist jedenfalls misslungen, wenn – sachverständig beraten – festzustellen ist, dass im Falle des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schaden mit einer Wahrscheinlichkeit von 10% vollständig ausgeblieben wäre<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> BGH NJW 2005, 2072.

<sup>65</sup> OLG Braunschweig v. 18.01.2007 – 1 U 24/06.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Ali Beye çok teşekkür ediyoruz. Ben zaman konusunda bir uyarı da yapmamıştım, ama tam yazdığım saatte noktayı koydunuz, çok teşekkür ediyorum.

Ben ikinci sırada sözü değerli hocam Prof. Dr. Zehra Odyakmaz'a bırakacağım. Kendisi Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı; tıbbi müdahale nedeniyle oluşan bedensel zararlar ve ombudsman konusunda bizleri aydınlatacak. Değerli hocam buyurun.



**TIBBÎ MÜDAHALE NEDENİYLE OLUŞAN  
BEDENSEL ZARARLAR VE  
T.C. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU  
(OMBUDSMAN)**

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ\**

*Doç. Dr. Bayram KESKİN\*\**

*Yrd. Doç. Dr. Yusuf DENİZ\*\*\**

**GİRİŞ\*\*\*\***

Bildirimizin **konusu**; bedensel zararlardan sadece tıbbî müdahale nedeniyle oluşanlardan hangilerinin, hangi aşamada ombudsmanın görev alanına girebileceği veya girmesi gerektiği hususunu incelemektir.

Bu bildirinin **birinci amacı**; devlet hastaneleriyle beraber özel hastanelerin tıbbî müdahaleler nedeniyle verdikleri bedensel zararların – kamu hizmeti ve virtüel kamu hizmeti kavramlarından yola çıkarak – ombudsmanın görev alanı içine girdiğini ifade etmektir.

---

\* Mevlâna Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanı, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\* Çevre ve Şehircilik Bakanlığı I. Hukuk Müşaviri.

\*\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\*\*\* Kısaltmalar: agb. adı geçen bildiri; age. adı geçen eser; agm. adı geçen makale; agt. adı geçen tez; B. Bası; bkz. bakınız; C.Cilt; E. Esas; İYUK. İdarî Yargılama Usulü Kanunu; K. Karar; md.madde; No. Numara; R.G. Resmî Gazete; s. sayfa; S. Sayı; Y. Yıl.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bildirimizin **ikinci amacı**; tıbbî müdahaleden doğan bedensel zararlar konusunda idarî yargı yerlerinin sınırlı denetim yapabildiklerini, ombudsmanın Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun vermiş olduğu yetkiyle **hakkaniyet**, adalet, insan hakları gibi kavramlara dayanarak daha geniş denetim yetkisine sahip olduğunu ve olması gerektiğini göstermektedir.

Bildirimizin **üçüncü amacı**; idarenin tutum ve davranışları, idarenin icraî nitelikte olmayan işlemleri ombudsmanın görev alanı içinde olduğuna göre tıbbî müdahaleden doğan bedensel zararlara ilişkin soruşturma raporları ile bilirkişi raporlarının da ombudsmanın görev alanı içinde olabileceğini tartışmaktadır.

Bildirimizin **dördüncü amacı** ise; ombudsmanlık kurumunun, idarî yargının bir alternatifi değil tamamlayıcısı olduğu düşüncesinden hareketle, yargı yoluyla aynı zamanda veya yargılama süreci boyunca ya da yargı mercilerinin karar vermesinden sonra da, Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurabilme imkânı sağlanmasının gerekliliğini, bunun da bir kanun değişikliği yapılarak mümkün olabileceğini, dile getirmektedir.

O halde bu bildiriye **nihai amacımız**; 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Kurumun görev alanını düzenleyen hükümlerini mümkün olduğu kadar geniş yorumlayarak Kuruma daha fazla insanın başvurmasını ve dolayısıyla daha fazla mağdurun tatmin olmasını sağlamaktır.

Çalışmamız boyunca **vurgulamak** istediğimiz husus; tıbbî müdahale nedeniyle oluşan bedensel zararlardan mağdur olanların ülkemizde yargı aşamasında ne maddî ne de manevî tazminat açısından hemen hemen hiçbir olayın sonunda tatmin olamadıklarıdır.

### I. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN GÖREV ALANINA ÖZEL HASTANELERİN GİRİP GİREMEYECEĞİ MESELESİ

#### 1. İlgili Mevzuat

Tıbbî müdahalelerden doğan zararlar inceleneceği zaman öncelikle faydalanılacak ilgili mevzuatı belirlemek gerekmektedir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Konumuza anayasal çerçeveyi çizerek başlayabiliriz:
  - Anayasanın değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif dahî edilemeyecek olan “Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı, Türkiye’nin sosyal bir hukuk devleti olduğunu vurgulayan 2.maddesi: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”
  - “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17.maddesi: “Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası alınmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz...” ,
  - “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40.maddenin 3.fıkrası: “..... Kişinin resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır...”
  - “Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56.maddenin 3.fıkrası: “... Devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak işbirliği gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden plânlayıp hizmet vermesini düzenler...” şeklindedir.
  - Fıkra 4’e göre “... Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir...”.
  - Anayasanın “Yargı Yolu” başlıklı 125.maddesine göre: “... İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır... İdare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür...” . Bu nedenle idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemek konusunda takdir yetkisi yoktur.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- “Kamu hizmeti görevlileri ile ilgili hükümler” başlığı altında “2.Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence” başlıklı 129.maddenin 5.fıkrasına göre: “... Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir...”.
- 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun konumuzu ilgilendiren hükümleri:
  - “Amaç” başlıklı 1.maddeye göre: “Bu kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmaktır.”
  - Kurumun “Tanımlar” başlıklı 3.maddesinin (e) bendi: “... İdare, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, mahallî idarelerin bağlı idarelerini, mahallî idare birliklerini, döner sermayeli kuruluşları, kanunlarla kurulan fonları, kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşları, kamu iktisadî teşebbüslerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlar ile bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseseleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerini, ... ifade eder ...” şeklindedir.
  - “Kurumun görevi” başlıklı 5.maddenin 1.fıkrasına göre: “Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir...”.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun konumuzla ilgili maddeleri:
  - 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun “Kapsam” başlıklı 2.maddesi “Bu kanun Millî Savunma Bakanlığı hariç, bütün kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerini ve gerçek kişileri kapsar.” şeklindedir.
  - Kanunun “Temel Esaslar” başlıklı 3.maddesinin (a) bendine göre: “Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca, diğer ilgili bakanlıkların da görüşü alınarak plânlanır, koordine edilir, malî yönden desteklenir ve geliştirilir.”.
  - “Temel Esaslar” başlıklı 3.maddenin (b) bendinde: “Koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve âtil kapasiteye yol açılmaksızın gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınır. Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ilgili bakanlığın muvafakatini alarak kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarına koruyucu sağlık hizmeti görevi verir ve bu kurum ve kuruluşların bütün sağlık hizmetlerini denetler.” hükmü yer almıştır.
  - Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 9.maddesinin (c) bendi: “Bütün kamu ve özel sağlık kuruluşlarının tesis, hizmet, personel kıstaslarını belirlemeye, sağlık kurum ve kuruluşlarını sınıflandırmaya ve sınıflarının değiştirilmesine, sağlık kuruluşlarının amaca uygun olarak teşkilâtlanmalarına, sağlık hizmet zinciri oluşturulmasına, hizmetiçi eğitim usûl ve esasları ile sağlık kurum ve kuruluşlarının koordineli çalışma ve hizmet standartlarının tespiti ve denetimi ile bu Kanunla ilgili diğer hususlar Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun konumuzu ilgilendiren maddeleri ise şöyledir:
  - 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50.maddesine göre: *“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”*
  - Kanunun 506.maddesi: *“Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Vekil, üstlendiği iş ve hizmetleri vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.”*
  - Kanunun 527.maddesi: *“Vekâletsiz işgören, her türlü ihmalin-den sorumludur. Ancak, işgören bu işi, işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlâka aykırı değil-se, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”*
- Hasta Hakları Yönetmeliğinde düzenlenen hakların hemen hepsi bizi ilgilendirmektedir.

### 2. Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanının Belirlenmesi Bakımından Kamu Hizmeti Kavramı

İlk değineceğimiz konu; özel hastanelerde yapılan tıbbî müdahale sebebiyle verilen bedensel zararlarla ilgili şikâyetleri ombudsmanın kabul edip edemeyeceği meselesidir.

Önce Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanını belirle-memiz gerekmektedir.

Görev alanını tespit ederken **“kamu hizmeti”** kavramına değineceğiz.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun **“Amaç”** başlıklı 1.maddesinde **“kamu hizmetlerinin işleyişi”** ifadesi geçmekte-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dir. Kanunun 3. maddesi “**idare**”yi tanımlarken “**kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri**” tâbirini kullanmaktadır.<sup>2</sup>

O halde her ne kadar Kanunda ombudsmanın görev alanı dışında bırakılmış bazı konular bulunuyorsa da “kamu hizmeti” yürüten hemen hemen her kurum ombudsmanın görev alanına girmektedir.<sup>3</sup>

Nitekim Kurumun kararlarından ve yıllık raporlarından da anlaşıldığına göre; idarî nitelikte olsun veya olmasın kamu hizmeti yürüten özel hukuk kişilerinin eylem ve işlemleri ile idarenin özel hukuk işlemleri, Kurumun görev alanı içinde mütalâa edilerek başvurular kabûl edilmiştir.

Ancak biz bu genel açıklamadan sonra yine de çalışmamızın temelini oluşturan “kamu hizmeti” kavramı üzerinde biraz daha durmak istiyoruz:

Kurumun görev alanı belirlenirken değinilmesi gereken en önemli kavram kamu hizmetidir. Çünkü Kanunun amacını açıklayan 1. maddede geçen “kamu hizmetlerinin işleyişi” ve Kanunun 3. maddesinde idareyi tanımlarken ifade edilen “kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri” kullanımları Kurumun görev alanı konusunda belirleyici ölçütlerden birinin de kamu hizmeti olduğunu göstermektedir.

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun pek çok konusunu kapsayan ve hâkim olan bir kavramdır<sup>4</sup>. Özellikle idarî

---

<sup>2</sup> 14.06.2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu için bkz. 29 Haziran 2012 tarihli ve 28338 sayılı R.G.

<sup>3</sup> 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5.maddesinin 2.fıkrası:

“... Ancak;

a) *Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ile re’sen imzaladığı kararlar ve emirler,*

b) *Yasama yetkisinin kullanılmasına ilişkin işlemler,*

c) *Yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararlar,*

d) *Türk Silâhlı Kuvvetlerinin sırf askerî nitelikteki faaliyetleri, Kurumun görev alanı dışındadır.”*

<sup>4</sup> “Tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir.” KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Ankara 2002, s. 95, 184. Kamu

teşkilât, kamu malları, kamu personeli, idarî yargı, idarenin sorumluluğu ve Kamu Denetçiliği Kurumu için kamu hizmeti kavramının açıklanması önem taşımaktadır<sup>5</sup>.

Türk hukukunda, kamu hizmeti kavramı değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Bazen “faaliyet, iş, uğraş”, bazen de “kamu kuruluşları” anlamını ifade etmektedir. Anayasanın 128. maddesindeki “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” maddesindeki kamu hizmeti “iş, uğraş” anlamında; 70. maddesindeki “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir” kuralındaki “kamu hizmeti” ise kamu kuruluşu anlamında kullanılmaktadır<sup>6</sup>.

---

hizmeti, idare hukukunun en temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir. ROUVIÈRE, Jean: İdarî Sözleşmeler (Çeviren: Vecihî Tönük), İdare Dergisi, Y.21, 1950, S. 205, s. 76. Kamu hizmeti kavramı gerek küreselleşmenin müdahalesiyle, gerek teknolojik ve toplumsal yaşamın etkisiyle değişime uğraşa da idare hukuku bakımından öneminden bir şey kaybetmemiştir. GÖNEN, Yakup: Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usulü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 5.

<sup>5</sup> KAYA, Cemil: “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanı”, I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Kitabı, Ankara 2013, s. 102. İdare hukukunun ülkemizdeki kurucusu olarak görülen Sıddık Sami Onar’ın, İdare Hukukunun Umumi Esasları adlı eserinin kamu hizmeti kavramı üzerinden kurgulanmış olması, kanımızca bu durumu açıklamaya yeterli olacaktır. ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, Üçüncü Bası, İstanbul 1966, s.1-100 vd.; ÇAL, Sedat: “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, <http://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>, (10.11.2014); ÖKMEN, Mustafa- Fatih DEMİR: “Kamu Hizmetinin Felsefi Temelleri ve Yeni Kamu Yönetiminde Geçirdiği Dönüşüm”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2010, C. 15, S. 3, s. 20.

<sup>6</sup> YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C.2, Konya 2014, s. 214. Aynı şekilde Anayasa’nın çeşitli maddelerinde kamu hizmeti kavramı kullanılmaktadır. 1982 Anayasasının 47. maddesinde kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin devletleştirilebileceğine, 70. maddesinde kamu hizmetlerine girme hakkına, 71. maddesinde kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları yükümlülüğüne, 76. maddesinde milletvekili seçilebilmek için kamu hizmetinden yasaklı olmama şartına, 121. maddesinde olağanüstü hallerde kamu hizmeti görevlilerine verilebilecek yetkilere, 126. maddesinde merkezi idarenin taşra teşkilâtının kamu hizmetlerinin gereklerine göre oluşumuna, 128. maddesinde kamu hizmeti görevlilerine, 137. maddesinde kamu hizmetlilerine verilen kanunsuz emirlere ve 146. maddesinde Anayasa Mahkemesi üyesi seçilebilmek için kamu hizmetinde belirli bir süre fiilen çalışmış olma şartına iliş-



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kamu hizmetinin tanımı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında bir uzlaşma sağlanamamakta<sup>7</sup>; aksine kavramın belirsiz olduğu konusunda ortak bir görüş bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Yüksek mahkemeler çeşitli kararlarında kamu hizmeti kavramını tanımlamışlardır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu hizmeti kavramının belirsiz olduğunu ifade ettikten sonra, kamu hizmetini şöyle tanımlamıştır: *“En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu*

---

kin düzenlemeler yer almaktadır. ERGÜN, Çağdaş Evrim: Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukukî Rejimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, s.5.

<sup>7</sup> BAYINDIR, Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İbrahim Ongün’e Armağan, C. 10, S. 1-2, s. 553; ÜSTÜN, Süleyman: “Kamu Harcamalarında Verimlilik ve Etkinlik”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 10, s. 107; ÖZAY, İlhan: Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 230-254; Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976 tarihli ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 14, s. 363; Anayasa Mahkemesinin 12.12.1996 tarihli ve E. 1996/64, K. 1996/47 sayılı kararı için bkz. www.anayasa.gov.tr; Anayasa Mahkemesinin 23.08.1988 tarihli ve E. 1987/16, K. 1988/8 sayılı kararı için bkz. www.anayasa.gov.tr; AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.9, S. 1-3, s. 18-19; BİLGİN, Kâmil Ufuk: “Kamu Yönetiminde Kaliteli Hizmet Anlayışı”, Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, C. I, Ankara 1995, s. 172; KARATEPE, Selma: “Türkiye’de Yönetim-Yurttaş İlişkisi ve Uygulamada Çıkan Sorunlar”, Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, C. I, Ankara 1995, s. 193; OZANSOY, Cüneyt: “Türkiye’de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1-4, s. 86-99; SARICA, Rağıp: İdare Hukuku, Çoğaltılmış Ders Notları, İstanbul 1970, s. 37; BİLGİN, Pertev: “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.1, S. 1, s. 113.

<sup>8</sup> KAYA, Cemil: “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanı”, agm., s. 102. *“Kamu hizmeti kavramının belirsizliği konusunda görüş birliği vardır.”* Danıştay Onuncu Dairesinin 06.02.2002 tarihli ve E. 1999/2407, K. 2002/347 sayılı kararı için bkz. ÇAL, Sedat: agm., s. 6. *“Bir Fransız hukukçunun belirttiği gibi, kanun koyucunun tanımlama endişesi olmamış, yargıç değerlendirme özgürlüğünü yitirmemek için tanımlamak istememiş, doktrin ise bütün çabalarına karşın tanımlayanamamıştır”*. Nakleden: TAN, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Kavramı”, Anayasa Yargısı, S. 8, Ankara 1991, s. 234; GÜLAN, Aydın: Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 1.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir*<sup>9</sup>.”

Danıştay da Anayasa Mahkemesinin bakış açısı ile kamu hizmeti kavramını ele almıştır. Öyle ki; bazı kararlarında Anayasa Mahkemesinin yukarıda değindiğimiz kararındaki<sup>10</sup> tanım ile aynı ifadeler kullanarak kamu hizmetini tarif etmiştir<sup>11</sup>. Farklı ifadeler ile bir kararında kamu hizmetini, kamusal ihtiyaçları karşılamak üzere idarenin yönetimi veya yakın gözetimi altında kamu yararı amacı doğrultusunda yürütülen faaliyetler olarak tanımlamıştır<sup>12</sup>. Bir diğer kararında ise Danıştay kamu hizmetini *“Bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da bu kamu kurumunun yakın gözetimi altında özel girişimci eliyle kamuya sağlanan hizmettir”* şeklinde tanımlamıştır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarihli ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, C. 1, S. 31, s. 300. Anayasa Mahkemesinin başka bir kararına göre; toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, özellikleri itibari ile kamu hizmeti olarak kabul edilir. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın ihtiyaçlarına yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Yani Anayasa Mahkemesine göre; hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez. Sonuç olarak da Mahkeme şunları ifade etmiştir: *“ ‘Kamu hizmeti’ kavramının gerek öğretide gerekse uygulamalarda devlet ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşan ve yayılan bir kapsamı olduğu ve bunun da gittikçe genişlediği bir gerçektir.”* Anayasa Mahkemesinin 28.06.1995 tarihli ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı için bkz. 20 Mart 1996 tarihli ve 22586 sayılı R.G. Yine Anayasa Mahkemesine göre; bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı belirlenirken niteliğine bakmak gerekir. Nitelik açısından kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından icra ediliyor olması, onun niteliğine etkili olamaz. Anayasa Mahkemesinin 16.08.1994 tarihli ve E. 1994/70, K. 1994/65-1 sayılı kararı için bkz. 20 Ağustos 1994 tarihli ve 22027 sayılı R.G.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarihli ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, C. 1, S. 31, s. 300.

<sup>11</sup> Danıştay İdarî İşler Kurulunun 03.10.1996 tarihli ve E. 1996/79, K. 1996/83 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 1997, S. 93, s. 36; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 26.09.2008 tarihli ve E. 2008/5151, K. 2008/6509 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 2009, S. 120, s. 420.

<sup>12</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 21.05.1996 tarihli ve E. 1995/4326, K. 1996/2769 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 1997, S. 92, s. 771. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. Danıştay Birinci Dairesinin 17.4.2000 tarihli ve E. 2000/29, K. 2000/59 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay Birinci Dairesinin 24.9.1992 tarihli ve E. 1992/232, K. 1992/294 sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

<sup>13</sup> Danıştay Onbirinci Dairesinin 24.09.1992 tarihli ve E.1992/232, K.1992/294 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, Y. 1993, S. 87, s. 36.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İdare hukuku doktrininde de, kamu hizmeti için çeşitli tanımlar yapılmıştır<sup>14</sup>. Kamu hizmeti hakkında yapılan bu tanımlamalardan bizim de katıldığımız tanım şu şekildedir: *“Yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen, idare<sup>15</sup> ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, kamusal bir ihtiyacı tatmin için yapılan faaliyetler”*e kamu hizmeti denir<sup>16</sup>.

Kamu hizmetine ilişkin yapılan tanımlarda dikkat çeken iki unsur vardır: Bunlardan ilki kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişiler tarafından yü-

<sup>14</sup> Kamu hizmeti teorisinin ülkemizdeki kurucusu olan Onar, kamu hizmetini geniş anlamda *“Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler”* ve dar anlamıyla ise *“Kamu idare veya müesseselerinin kamu hukukuna özgü yöntemler dairesinde ve bu hukuktan doğan yetkilere dayanarak gösterdiği faaliyetler ve yaptığı hizmetler”* şeklinde tanımlamıştır. Fakat kamu hizmeti kavramının muğlak bir kavram olduğunu tanımlamanın hemen sonrasında ilâve etmiştir. ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.I, age., s. 13, 36. Giritli - Bilgen - Akgüner'e göre kamu hizmeti *“Kamu tüzel kişileri ya da bunların denetim, gözetim ve sorumluluğu altında özel girişim tarafından yürütülen etkinliklerdir”*. GİRİTLİ, İsmet- Pertev BİLGİN - Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku, 6. B., İstanbul 2013, s. 847. Duran'a göre ise kamu hizmeti, *“Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin toplum ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetlerdir... diye tanımlanabilir”*. DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 17-18. Gülan, *“Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet”* şeklinde tanımlamıştır. GÜLAN, Aydın: agt., s. 4. Gözler daha geniş ve yerinde bir bakış açısı ile kamu hizmetini şöyle tanımlar: *“Kamu Hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir. Diğer bir ifadeyle kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi tarafından sağlanan veya üstlenilen kamu yararı amacına yönelik bir faaliyet”*. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2009, s. 253. Günday, kamu hizmetini, *“Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabûl edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir”* şeklinde tanımlamıştır. GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, 10. B., s. 332.

<sup>15</sup> *“Kamu hizmeti kavramı”nın mevzuatımızda bir tanımı yoktur. Nitekim “kamu hizmeti” olan bir faaliyet zaten yoktur, düşünülemez. Her faaliyet kamu hizmeti olmaya elverişli olmakla beraber bu niteliği kazanması veya yitirmesi yer ve zaman koşullarına göre siyasî makamların iradesine bağlıdır.”* YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C. 2, age., s. 214.

<sup>16</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER - Cemil KAYA: İdare Hukuku, 3. B., Ankara 2012, s. 459.

rütülmesi (organik unsur), diğeri de toplum için önem taşıdığı düşünölen ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yani kamu yararı amacına<sup>17</sup> (maddî unsur) yönelik olmasıdır<sup>18</sup>.

Kamu hizmetlerinin kamu tüzelkişileri veya onların denetim ve gözetimi altında özel kişilerce yürütölen faaliyetler olduğunu belirttik. O halde kamu tüzel kişilerinin denetimi altında olmayan özel kişiler tarafından yürütölen faaliyetler kamu yararına yönelik olsa da bunlar kamu hizmeti olarak kabul edilmez<sup>19</sup>. Özel kişilerin işlemlerinin kamu hizmeti sayılabilmesi bu kişilerin kuruluş ve çalışmaları üzerinde kamu tüzel kişisinin sıkı bir bağının bulunmasına ve kolluk denetimini aşar şekilde içten denetim yapmasına bağlıdır<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> "Kamu yararı kavramını tanımlamak oldukça zordur. Bir faaliyette kamu yararı bulunup bulunmadığını tespit etmenin objektif ve bilimsel bir usulü de yoktur. O halde, kamu yararını tanımlama yetkisini, kurucu iktidara ve devletin yetkili organlarına (yasama organına ve idarî makamlara) bırakmaktan başka bir yol yoktur. Buna göre, kurucu iktidarın, yasama organının ve idarenin kendisinde kamu yararı gördüğü faaliyetlerde kamu yararı var; görmediği faaliyetlerde ise kamu yararı yoktur. Kısacası kamu yararını tanımlama ve belirleme yetkisi, kurucu iktidara, yasama organına ve idarî makamlara aittir." GÖZLER, Kemal - Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, 15.B., Bursa 2014, s. 529. Gülan, kamu hizmetini tanımlarken kamu yararı kavramını kullanmamıştır. Bunun sebebini de şöyle ifade etmektedir: "Doktrinde yapılan tanımlarda çokça kullanılmasına rağmen, kamu yararının bir unsur olmaktan ziyade bir sonuç olması sebebiyle ve daha da önemlisi bir bilinmeyi açıklamak için başka bir bilinmeyenden yararlanmak suretiyle bir labirente girmekten kaçınılmak istenmiştir." . GÜLAN, Aydın: agt., s. 4.

<sup>18</sup> GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, age., s. 253. Özay'a göre ise, kamu hizmetleri kısaca şu üç öğeden oluşmaktadır: "1. Ortak, genel yani kolektif ve karşılanmamış bir gereksinimin bulunması; 2. Bu ihtiyacın bir kere giderilmekle tükenmeyip süreklilik göstermesi ve 3. Giderilmediği, daha doğrusu topluma haz vererek giderilmediği, yani tatmin edilmediği takdirde de bir huzursuzluğun baş göstereceği ve böylece kamu düzeninin bozulabileceği öngörüsü." ÖZAY, İl Han: "Türkiye'deki Klâsik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour"" , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 295. Bilinmelidir ki; "Kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir" hükmünü taşıyan Anayasa'nın 47. maddesi göstermektedir ki aslında neyin özel teşebbüs neyin kamu hizmeti olduğu konusunda keskin bir ayırım yoktur. Özel teşebbüs devletleştirme usulü ile kamu hizmeti haline; kamu hizmeti de özelleştirme yolu ile özel teşebbüs haline gelebilmektedir. Bu sebeple neyin özel teşebbüs neyin kamu hizmeti olduğu konusunda farklı bakış açılarından daha çok yasama organının iradesi önemlidir. AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s. 459.

<sup>19</sup> GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, age., s. 253.

<sup>20</sup> GÜLAN, Aydın: agt., s. 147.

Türkiye’de güvenlik, sağlık, adalet hizmetleri devlet tüzel kişiliği tarafından yapılmaktadır. Eğitim hizmetleri alanında ise ilk, orta öğretim, yüksek öğretim hizmeti hem devlet tüzel kişiliği, hem de devlet tüzelkişiliğinin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk tüzelkişileri tarafından yerine getirilmektedir. Bu hizmetler kamu yararına yöneliktir ve kamu tüzelkişisi veya onun denetimi altında özel hukuk tüzelkişisi tarafından üstlenilmiştir; dolayısıyla bunlar birer kamu hizmetidir<sup>21</sup>.

### 3. Kamu Hizmetinin Gördürülme Usûlleri ve Virtüel Kamu Hizmeti

Bir kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilen ve kamu yararı amacına yönelik bir faaliyet, doğrudan doğruya bu kamu tüzel kişisi tarafından yürütülebileceği gibi, bu kamu tüzel kişisinden alacağı yetkiyle ve onun denetimi altında, onun adına ve yerine bir özel hukuk kişisi tarafından da yerine getirilebilir<sup>22</sup>. Bir özel hukuk kişisinin bir kamu tüzel kişisinden bir kamu hizmetini yürütme konusunda yetki alması, belirli usûllerle olur. Bunlardan başlıcaları; imtiyaz<sup>23</sup>, müşterek emanet<sup>24</sup>, ilti-

<sup>21</sup> GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 531.

<sup>22</sup> GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 532.

<sup>23</sup> Kamu hizmetinin uzun süreli bir şekilde ilgili idare ile aralarında imzalanmış bulunan bir idarî sözleşmeye dayalı olarak; sermayesi, kârı zararı ve hasarı Türk hukuk düzenine göre anonim şirket statüsündeki imtiyazcı bir özel hukuk kişisine ait olmak üzere kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine, “imtiyaz usulü” adı verilmektedir. AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s.464; YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C. 2, age., s. 237. Kamusal ihtiyaçlar karşısında idarenin işlerinin çokluğu, kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve bazı kamu hizmetlerinin özel girişime gördürülmesine imkân sağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 09.12.1994 tarihli ve E. 1994/43, K. 1994/42-2 sayılı kararı için bkz. 24 Ocak 1995 tarihli ve 22181 sayılı R.G. İmtiyaz usulü imtiyaz sözleşmesi ile yerine getirilir. İmtiyaz sözleşmesi ise; bir kamu hizmetinin sermayesi, her türlü gideri ve kazancı, zararı ve ziyarı kendisine ait olmak üzere idarenin koyacağı şartlara göre ve sağlayacağı yetkiler ve menfaatler karşılığında özel hukuk kişileri tarafından görülmesi veya yürütülmesi için yapılan sözleşme şeklinde tanımlanabilir. ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), C. 2, S. 1-2, s. 153.

<sup>24</sup> Bir Kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak üzere ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

zam<sup>25</sup> ,özel kanunlarla kurulan derneklerle kamu hizmeti yürütülmesi usulü ve ruhsat usûlleridir<sup>26</sup>.

Bu usûllerle bir özel hukuk kişisi, bir kamu tüzel kişisinden kamu yararına yönelik olan ve aslen o kamu tüzel kişisi tarafından üstlenilmiş olan bir faaliyeti yürütme yetkisini alır ve bu faaliyeti, o kamu tüzel kişisinin adına ve yerine, o kamu tüzel kişisinin belirlediği şartlar dâhilinde ve onun denetimi altında yürütür<sup>27</sup> ve elbette bu hizmetler kamu hizmeti olarak kabul edilir.

Bu usûlleri örneklendirerek konuyu somutlaştırmaya çalışalım:

Ruhsat usulü ile yapılan kamu hizmetleri veya bir diğer adı ile virtüel kamu hizmetlerine örnek verecek olursak; özel ilk ve ortaöğretim kurumları, özel hastaneler, belediye sınırlarındaki toplu taşımacılık (halk otobüsü uygulaması), elektrik üretim

---

yürütülmesine, müşterek emanet usulü denir. AKYILMAZ, Bahtiyar-Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s.462; ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdare Hukuku, Son Güncel Mevzuata Göre Hazırlanmıştır, Güncellenmiş 16. Baskı, İstanbul Mayıs 2015, s.160-161. Müşterek emanette, sermaye tümüyle idareye ait olup hizmetin yürütülmesini üstlenen özel hukuk kişisi emeği ve bilgisıyla hizmeti yürütmekte ve masraflarını da yararlananlardan alınan bedelin bir kısmı ile karşılamaktadır. Yararlananlardan alınan bedelin arta kalan kısmı da, idare ile bu kişi arasında, sözleşmede kararlaştırıldığı ölçüde paylaşılacağından, bir fazlalık olmaması durumunda özel hukuk kişisi hiçbir şey elde edememekte fakat kendi hakkını da isteyebilmektedir. YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C. 2, age., s. 237.

<sup>25</sup> Kamu hizmetinin önceden belirlenen belli bir bedel karşılığı özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesi usulüne iltizam usulü denir. YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C.2, age., s. 242; ODYAKMAZ, Zehra: "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", agm., s. 155.

<sup>26</sup> Tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişiler tarafından görülebilmesine ruhsat usulü adı verilmektedir. AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s.463; ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdare Hukuku, age., s.159-160. Ruhsat ya da izin usulünde, özel hukuk kişisi ile idare arasında bir sözleşme bulunmamakta, ruhsat, izin gibi isimler taşıyan ve tek taraflı bir iradenin sonucu olan idarî işlemler bu ilişkinin temelini oluşturmaktadır. Fakat özel hukuk kişileri birer mükellef olmadıklarından, ruhsata konu olan kamu hizmetinin icrası ve yükümlülükleri, özel kişilerin kendi istekleriyle idareye başvurup gerekli izni aldıktan sonra başlamaktadır. YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C. 2, age., s. 236.

<sup>27</sup> GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 532.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dağıtım hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesi, madenler, petrol, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli suların işletilmesi gibi hizmetler kamu hizmeti olarak kabûl edilir.

İmtiyaz usulüne örnek olarak; GSM şirketlerinin mobil telefon hizmetlerini, (Turkcell, Avea, Vodafone ile Telekomünikasyon kurumu arasında yapılan sözleşmeleri) verebiliriz<sup>28</sup>. Yine 5393 sayılı yeni Belediye Kanununun 15. maddesinin 2. fıkrasına göre; içme, kullanma ve endüstri sularının sağlanması, atık su ve yağmur sularının uzaklaştırılmasına ilişkin tesislerin kurulması ve işletilmesi, toplu taşıma yapılması ve buna ilişkin sistemlerin kurulması ve işletilmesi, katı atıkların toplanması, taşınması, ayrıştırılması ve benzeri hizmetler imtiyaz yöntemiyle özel hukuk kişilerine yaptırılabilir.

Çok uygulaması olmamakla beraber, hal ve pazar yerlerini kullanan esnaftan alınan yer harçlarının toplanması işini belediyenin özel kişilere iltizam sözleşmesi ile vermesi, deniz ve nehir kenarlarındaki dalyanların işletilmesi, askerî birliklerin, okulların beslenme ve giyimle ilgili ihtiyaçlarının belli bir süre içerisinde düzenli bir şekilde sağlanması ve teslimi işi iltizam usulü ile yapılmaktadır.

Büyükşehir belediyelerinin şehir tiyatrolarının işletilmesi konusunda özel bir şirketle yapmış olduğu sözleşme, müşterek emanet sözleşmesidir; bu kamu hizmeti de müşterek emanet usulü ile yürütülmektedir<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> 5 Kasım 2008 tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9. maddesi, elektronik haberleşme hizmetleri için imtiyaz usulünün yerine "kullanma hakkının verilmesi usulü"nü getirmiştir. Bununla beraber, anılan Kanunun geçici 2. maddesi, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Telekomünikasyon Kurumu (şimdiki Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) ile imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerinin sona ermelerine kadar mevcut hükümleri uyarınca geçerliliklerinin devam ettirilmesini öngörmüştür. Dolayısıyla, telekomünikasyon şirketleriyle (Turkcell, Vodafone, Avea) Telekomünikasyon Kurumu (şimdiki Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) arasında imzalanmış olan imtiyaz sözleşmelerinin geçerlilikleri devam etmektedir. GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, age., s. 532.

<sup>29</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s. 463; GİRİTLİ, İsmet- Pertev BİLGİN- Tayfun AKGÜNER: age., s. 792; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref- Turgut TAN: İdare Hukuku, C. 1, 7. B., Ankara 2013,

Özel kanunlarla kurulan derneklerle kamu hizmeti yürütülmesi usulünde ise idare tek taraflı işlem ile bir derneği kamuya yararlı dernek haline getirebilmekte ve kamu hizmeti görmesini sağlamaktadır<sup>30</sup>. Örneğin, Türk Kızılay Derneği, Türkiye Yeşilay Cemiyeti, Türk Eğitim Derneği, Türk Hava Kurumu, Türk Göz Bankası Derneği, Türkiye Sağlık, Dilsiz ve Körler Derneği, Türk Kanser Araştırma ve Savaş Derneği böyledir<sup>31</sup>.

Bu örnekler dışında kamu tüzel kişinin denetim ve gözetiminde özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilen başka birçok kamu hizmeti örneği vardır<sup>32</sup>.

Sonuç olarak; yukarıda açıklamaya çalıştığımız tüm kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıklar ve kamu hizmetlerini yerine getiren özel hukuk tüzel kişilerinin idarî nitelikte olsun veya olmasın tüm işlem ve eylemlerinden doğan uyuşmazlıklar Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanına girmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisinin muhtelif komisyonlarında incelenirken tasarıda; "amaç" kenar başlığını taşıyan 1.maddede geçen "kamu hizmetlerinde kalitenin arttırılmasına yönelik" ifadesinin, düzenlenen alana hitap etmediği, ticarî ve göreceli olduğu Ana-

---

s. 461-462. Müşterek emanetin imtiyazdan farkı; müşterek emanette sermaye ve hasar idareye, imtiyazda ise, *emprévision* ve *fait du prince* durumları hariç, sermaye ve hasar özel hukuk kişisine aittir. ODYAKMAZ, Zehra: "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", *agm.*, s. 152.

<sup>30</sup> YILDIRIM, Ramazan: *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, C.2, *age.*, s. 244-245; GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: *İdare Hukuku Dersleri*, *age.*, s. 557.

<sup>31</sup> Kamuya yararlı derneklerin listesi için bkz. T.C. Devlet Teşkilâtı Rehberi (<http://dtr.todaie.gov.tr>, Erişim tarihi: 23.07.2015).

<sup>32</sup> Bir kamu hizmetiyle ilgili üretim, iletim ve dağıtım etkinliklerine ilişkin işletmelerin yerli veya yabancı özel hukuk kişilerinin kurulup işletilmesi ve belli bir süre sonra karşılıksız olarak söz konusu hizmete ilişkin işletmelerin herhangi bir karşılık ödenmeden idareye devredilmesi usulüne yap-işlet-devret usulü denilmektedir. Elektrik enerji santrallerinin, üretim şirketleri mülkiyetinde kurulmasını, işletilmesini, üretilen elektrik enerjisinin satışını düzenleyen yöntemle Yap-işlet usulü denilmektedir. Belirli bir kamu hizmetinin ihtiyaç duyduğu altyapı ve işletmenin kurulması ve işletilmesi konusunda, belli bir sermaye şirketine görev verilmesine, görevlendirme usulü denilmektedir. YILDIRIM, Ramazan: *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, C. 2, *age.*, s. 242-245. Bu usüller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN, Bayram: *Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim*, İstanbul 2007.



yasa Komisyonundaki bazı üyelerce ifade edilmiş ve “kalitenin arttırılmasına yönelik” ibareleri metinden çıkarılıp “kamu hizmetlerinin işleyişinde” ibaresinin yazılması Anayasa Komisyonu tarafından uygun bulunmuştur<sup>33</sup>. “Kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramının kullanılmasının Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanını genişletmeye matuf olduğunu düşünmekteyiz<sup>34</sup>.

Kurum Kanununun 3. maddesinde “idare” kavramı organik anlamda sayılırken kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri de belirtilmiştir. Kurumun görevlerini düzenleyen 5. maddede ise idarenin işlemleri, eylemleri vurgusu yapılmıştır. Dolayısıyla Kanundaki insicam eksikliğinden kaynaklanan bu durumun doğal sonucu olarak yukarıda değindiğimiz idarenin özel hukuk işlemleri, icraî olmayan işlemleri ve kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin idarî nitelikte olsun veya olmasın tüm işlem, eylem, tutum ve davranışları Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanına girmektedir.

Biraz daha açacak olursak, kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri ile idare kavramı içerisinde mütalâa edilen devlet organları -Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında sayılan istisnalar hariç- Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanı içindedir. Kanunda geçen idarenin işlemleri, idarenin eylemleri vurgusundan ve kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri bakımından organik veya fonksiyonel hangi ayırımın benimsendiği tam anlamı ile anlaşılamadığından, doğal olarak kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin hem idarî hem de salt özel hukuk ilişkileri çerçevesinde icra ettikleri kamu hizmeti görmek ile ilgili faaliyetleri Kurumun görev alanına girmektedir.

<sup>33</sup> TBMM Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarısı ile ilgili Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Anayasa Komisyonu Raporları (1/626), Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, s. 35.

<sup>34</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun hazırlanması amacıyla kurulan her iki komisyona da başkanlık eden Odyakmaz'ın açıklamaları için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Akademik 10. Kuruluş Yıldönümü Armağanı, Y.4, S. 14, s.24-26.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Nitekim Kurumun kararlarından ve 2013 yılı raporundan da anlaşılmaktadır ki; hem kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin – idarî olsun veya olmasın – işlemleri<sup>35</sup>, hem de idarenin özel hukuk işlemleri, Kurumun görev alanı içerisinde mütalâa edilerek<sup>36</sup> başvurular kabûl edilmiştir.

Örneğin; GSM operatörü Vodafone abonesi olan başvuru sahibinin aboneliğinin kesilmesine ilişkin şikâyet<sup>37</sup>, Vakıfbank, Halkbank ve Ziraat bankasına ilişkin şikâyetler<sup>38</sup>, Kurumun

---

<sup>35</sup> Yıllık raporda geçen aşağıdaki ifadeler Kurumun kamu hizmeti gören özel hukuk tüzel kişilerinin her türlü işlemini görev kapsamında gördüğünü göstermektedir: İlk olarak Kurumun yıllık raporda görev, yetki ve sorumlulukları ifade edilirken “.. Kamunun ortak, sürekli ve kamusal bir ihtiyacı karşılayan ve idarî düzenleme, denetim ve gözetim altında hizmet yürüten özel hukuk tüzel kişileri konu edilebilmektedir” denilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu Yıllık Raporu, 2013, s. 30. Yıllık rapordaki başka örnekler ise aşağıdaki gibidir: “Kamu hukuku tüzel kişileri olmasa da, Kanunumuz uyarınca kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri hakkındaki şikâyetlerin de Kurumumuz görev alanı içerisinde olmasından dolayı, bu alanlardaki şikâyetler kabûl edilmiştir.” Kamu Denetçiliği Kurumu Yıllık Raporu, 2013, s. 82. “Kamu hizmetinin özel hukuk tüzel kişilerin yerine getirildiği bu alanda, tarife ve faturalandırma konusunda yaşanan sorunlar, cep telefonunun IMEI numarasının klonlanması, GSM operatörlerine ait baz istasyonlarının insanların sağlığını kötü yönde etkilemesi, OGS-HGS geçişlerindeki sorunlar, genel ahlâka aykırı reklam yayınları, yazılı ve görsel yayın kuruluşlarının denetimi, yetki belgeleri (SRC, K1 vs.), hızlı tren istasyonu için yer belirlenmesinde yaşanan sorunlar temel şikâyet konularını oluşturmaktadır.” Kamu Denetçiliği Kurumu Yıllık Raporu, 2013, s. 83.

<sup>36</sup> Yıllık raporda, idarî başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu hükmü için değişiklik önerisi yapılırken “İdarenin idarî işlem veya eylem niteliğinde olmayan özel hukuk işlemleri ve icraî nitelik taşımayan işlemlerinden kaynaklanan şikâyet başvurularında da İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun, sadece idarî işlem ve eylemler açısından düzenlenmiş olan idarî başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin hükümlerinin uygulanma zorunluluğu ortadan kaldırılmış olacaktır” denilerek idarenin özel hukuk işlemlerinin Kurumun görev alanında olduğu belirtilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu Yıllık Raporu, 2013, s. 207-208.

<sup>37</sup> Şikâyetçinin, Vodafone abonesi olduktan dört gün sonra aboneliğini sonlandırdığı, ancak kendisinden bir aylık ücret alındığı için mağduriyetinin giderilmesi istemli başvurusu incelenmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumunun 04.06.2013 şikâyet başvuru tarihli ve 2013/222 şikâyet no.lu, 04.12.2013 tarihli yayımlanmamış kararı.

<sup>38</sup> Şikâyetçi, Kamu Denetçiliği Kurumundan Halk Bankasından istifa etmesi sebebiyle kendisinden talep edilen eğitim masraflarının tarafına iadesini talep etmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumunun 2014/1762 şikâyet no.lu ve 02.10.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.  
Halk Bankasından istifa eden şikâyetçiden banka, eğitim masraflarını talep etmiştir. Bu talebin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla da istifa eden kişi Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumunun 2014/533 şikâyet no.lu ve 17.10.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çok fazlasıyla incelediği Sosyal Güvenlik Kurumunun özel hukuk işlemlerine ilişkin şikâyetler<sup>39</sup>, özel ilköğretim okulu<sup>40</sup>,

Şikâyetçi Ziraat Bankasından vadeli olarak aldığı kredi için kesilen komisyonun hukuka aykırı olduğu iddiası ile Kuruma başvurmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/1234 şikâyet no.lu ve 23.12.2013 tarihli yayımlanmamış kararı.

Şikâyetçi çalıştığı Ziraat Bankası ...şubesinde meydana gelen kasa noksanından malen sorumlu tutulmasına ilişkin işlemin kaldırılması yönünde tavsiye kararı verilmesi için Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/738 şikâyet no.lu ve 27.02.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

Şikâyetçi, Vakıflar Bankasında kredi kullanan arkadaşına kefil olduğu ve arkadaşının borcunu ödemediğinden kendisinin borcu ödemek zorunda kaldığı ve bu nedenle mağdur olduğu düşüncesi ile Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurmuştur. Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/1633 şikâyet no.lu ve 20.02.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

39 "Şikâyetçinin eksik gün üzerinden yapılan tahsis işlemine ilişkin olarak yaptığı başvuru üzerine, idare tarafından birikmiş fark aylıklarına ilişkin yapılan ödemenin eksik olduğu iddiası ve idare tarafından hesaplanan birikmiş fark aylıkları toplamına ulaşılırken hangi hesaplama yöntemlerini esas aldığıнын bildirilmesi talebi hakkındadır." Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/1917 şikâyet no.lu ve 24.03.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

"Prim yapılandırma anlaşmasının bozulması", Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/1787 şikâyet no.lu ve 10.03.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

"Şikâyetçi 1993 yılında SSK'dan emekli olmasının ardından 2007 yılında 45 gün tekrar çalıştığı ancak o tarihlerde çıkan bir yasadın faydalanılmayarak eski maaşının yeniden bağlandığını ve 2000 yılından önce emekli olan kişilere uygulanan intibak yasasından yararlandırılmadığını iddia ederek bu hususlara ilişkin tavsiye kararı verilmesini talep etmektedir." Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2013/1792 şikâyet no.lu ve 11.03.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

"Şikâyetçi, çeşitli taleplerle, muhtelif tarihli dilekçeleriyle başvuru yaptığı idarenin, dilekçelerine süresi içinde işlem yapmadığını, bazı dilekçelerine cevap dahî vermediğini, idarede çalışan personelin tutum ve davranışlarının olumsuz olduğunu iddia ederek Kurumumuzca gereğinin yapılması için tavsiye kararı verilmesini talep etmiştir." Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2013/2118 şikâyet no.lu ve 04.04.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

"Şikâyetçi 01.07.2012 olan emeklilik başlangıç tarihinin idarece 2010 yılı Ekim ayı olarak değiştirilmesi yönünde tavsiye kararı verilmesini talep etmektedir." Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2013/1903 şikâyet no.lu ve 31.03.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

40 "Şikâyetçilerin velisi oldukları çocuklarının ...Kolejine yaptıkları kayıtlarını iptal ettirmeleri nedeniyle, ödemiş oldukları ücretten kesinti yapılan tutarın kendilerine iadesi talebi hakkındadır." Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2013/890 şikâyet no.lu ve 02.05.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

"Şikâyetçi 2012 yılı SBS sınavında başarılı olan yaş küçük kızını ... 2012-2013 Eğitim Öğretim yılında %75 indirimle 3.900TL karşılığında Konya Özel ...Lisesinde 9. Sınıfa kaydettirdiğini, 2013-2014 yılı eğitim-öğretim dönemi kaydını yenilerken sözleşmenin okul tarafından %75 indirimle yenilenmediğini, %20 indirim uygulanarak 12.000TL talep edildiğini, bu nedenle mağdur olduğunu beyanla şikâyetinde bulunmuştur." Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2013/229 şikâyet no.lu ve 16.12.2013 yayımlanmamış kararı.

özel hastane<sup>41</sup>, elektrik aboneliği<sup>42</sup> ile ilgili başvurular kabül edilmiştir.

Kanaatimizce Kurumun görev alanı belirlenirken kullanılan kavramlar arasında olması gereken insicam, düzen Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarındaki görüşmeler sırasında bozulmuştur. Şöyle ki; “idare” kavramını idarî fonksiyon olarak ele alınca Kurumun görev alanına sadece idarî işlem ve eylemlerin girdiği düşünülmektedir. Fakat diğer tarafta Kanunda idarenin işlem ve eylemleri Kurumun görev alanına girer denilerek idarenin özel hukuk işlemleri hattâ idarenin icraî olmayan işleri de kapsama dâhil olmaktadır.

Kurum kanununun 3. maddesinde “organik anlamda idare” sayılırken kamu hizmeti gören özel hukuk tüzel kişileri de kapsama dâhil edilmektedir. Dolayısıyla idarenin işlem ve eylemi kavramının içerisine, kamu hizmeti gören özel hukuk tüzel kişilerinin hem idarî hem de salt özel hukuk ilişkileri çerçevesinde icra ettikleri faaliyetleri de girmektedir.

Bizim bu düşüncemizin aksine Kurumun görev alanına sadece fonksiyonel anlamda idarenin girdiğini ifade edenler vardır. Bu görüşe göre; kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel

---

<sup>41</sup> “Şikâyetçinin “Özel ... Hospital” da yapılan burun ameliyatından dolayı ciddi derecede hastalık ve ölüm riskine maruz kalınmasında söz konusu hastanenin sebep olduğu yönünde tavsiye kararı verilmesi talep edilmektedir.” “Sağlık hizmeti salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi mümkün olmayan, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilen bir kamu hizmeti niteliğinde olup, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun ilgili hükümleri karşısında kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişisi olduğu şüphesiz olan Özel ... Hospital hakkında yapılan şikâyet başvurusu Kamu Denetçiliği Kurumunun görev alanında görülmüştür.” Kamu Denetçiliği Kurumunun 04.11.2013 şikâyet başvuru tarihli ve 2013/692 şikâyet no.lu, 19.06.2014 tarihli yayımlanmamış kararı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. II/2.

<sup>42</sup> “Şikâyetçi, Ocak 2008 yılında Enerjisa tarafından elektrik aboneliğini başlatmak için kendisinden 27TL’lik bir tutarın güvence bedeli olarak alındığını; Mart 2013 ayında ikametgâhını değiştirdiğini ve yeni ikamet adresinde elektrik aboneliği karşılığında 103,08 TL tutarında güvence bedeli alınarak, daha önceki ikamet adresinde yatırmış olduğu güvence bedelinin karşılığında kendisine 45,00 TL gibi bedelin iade edileceğinin belirtildiğinden, kendisine iade edilen tutar ile abonelik başlangıcında kendisinden alınan tutarın aynı olması gerektiğini iddia etmektedir.” Kamu Denetçiliği Kurumunun 2013/185 şikâyet no.lu ve 05.05.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kişileri bakımından fonksiyonel ayırımın kabûl edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Fakat Kurum kanununda ve uygulama yönetmeliğinde yukarıda da ifade edildiği gibi idarenin işlemleri, idarenin eylemleri vurgusu yapılmıştır.

Kurumun görev kapsamının fonksiyonel anlamda idareden daha fazlası olduğu yolundaki düşüncemizi güçlendirici hususlar vardır.

İlki; ombudsmanlık kurumuna ilişkin hazırlanan “Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı”<sup>44</sup> Taslağının 7. maddesinde Kurumun görevi ifade edilirken açık bir vurgu ile “Yurttaş Sözcüsü, idarenin kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki her türlü işlemleri ile eylem ve davranışlarını incelemeye ve araştırmaya yetkilidir”<sup>45</sup> denilerek Kurumun görev alanından anlaşılması gerekenin fonksiyonel anlamda idare olduğu açıkça ortaya konmuştur.

Yine bir diğer önemli kanun çalışması olan Türkiye Halk Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısının<sup>46</sup> 5. maddesinde Ku-

<sup>43</sup> KAYA, Cemil: “Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanı”, agm., s. 106.

<sup>44</sup> Avrupa Birliği uyum süreci kapsamında birlik ülkelerindeki kurumların ülkemizde de oluşturulması girişimleri doğrultusunda, ombudsman kurumuyla ilgili bir mevzuat çalışması yapmak üzere Adalet Bakanlığı'nın koordinasyonunda bir komisyon kurulmuş ve Komisyonca, “Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı” hazırlanmıştır. Komisyon tarafından hazırlanan taslak, ilgili kurum ve kuruluşlara görüşlerini almak üzere sunulmuş, daha sonra son hali verilmek suretiyle TBMM'ne sevk edilmiş fakat görüşmeleri yapılmadığından kadük hale gelmiştir. ERDENGİ, Tevfik Bora: Ombudsman: Dünya Uygulamaları ve Türkiye, Hacettepe Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, s. 202.

<sup>45</sup> Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı Madde Gereççeleri: Madde 7- Yurttaş Sözcüsü, Anayasamıza göre bağımsız yargının yerine getirdiği görevde alternatif görev yapan biri değildir. Yargı yolunun dışında idarenin eylem, işlem ve davranışlarını araştırıp incelemek ve önerilerde bulunmakla görevlidir. Yurttaş Sözcüsünün bu görevi yaparken, idarenin kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerine karşı yapılan yakınlara ele alması gerekmektedir. Zira idarenin kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan nitelikteki eylem ve işlemlerini kendisinin de her zaman ele alması, kaldırması, değiştirmesi ve düzeltmesi mümkündür. Belirtilen nedenle madde, idareye zikredilen olanakları verecek biçimde düzenlenmiş, ayrıca Yurttaş Sözcüsünün, araştırma ve inceleme yapamayacağı başka bir ifadeyle bu Kanun kapsamı dışında bulunan alanlar maddede belirtilmiştir.

<sup>46</sup> 2004 yılında yine Adalet Bakanlığı bünyesinde yapılan çalışmalar ve il-

rumun görevi ifade edilirken “Kurum, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen nitelikleri çerçevesinde, her türlü idarî işlem, eylem, tutum ve davranışları; insan hak ve özgürlüklerine saygı, hukuka ve hakkaniyete uygunluk ile yerindelik yönlerinden incelemek ve araştırmakla görevlidir<sup>47</sup>” denilerek Kurumun görev alanından anlaşılması gerekenin açık bir şekilde fonksiyonel anlamda idare olduğu ortaya konmuştur. Öyle ki; başdenetçinin nitelikleri başlıklı 6. maddenin gerekçesinde, “Kurum, idarî nitelikteki uyumsuzluklarla ilgili olarak çalışacağından, Başdenetçinin hukuk alanında bilgili ve tecrübeli olması zorunlu görülmüştür. “ denilerek başdenetçinin hukukçu olması şartı bile fonksiyonel anlamda idareye dayandırılmıştır<sup>48</sup>.

Fakat 6328 sayılı Kanunun gerekçesinde ise Kurum “İdarenin kötü, eksik veya yanlış işleyişiyle ilgili olarak yapılan şikâyetleri incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmakla görevlendirilmektedir. İdarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarının Kurumun görev alanına girmesi öngörülmektedir.” denilerek Kurumun görev alanının diğer taslaklara nazaran açık bir şekilde genişletildiği görülmektedir.

Yukarıda da değinildiği gibi, Kurum kanununa ilişkin kurulan her iki komisyona da başkanlık ettiğimiz için başka bir

---

gili kurum ve kuruluşlardan alınan görüşler çerçevesinde Türkiye Halk Denetçiliği Kurumu Kanunu Tasarı Taslağı hazırlanmıştır. ERDENGİ, Tefik Bora: agt., s. 204.

<sup>47</sup> Türkiye Halk Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı Madde Gerekçeleri: Madde 5- Kurumun, idarî işlem ve eylemleri sadece hukuka uygunluk yönünden denetleyen idarî yargıdan farklı olarak, idarî işlem, eylem, tutum ve davranışları, aynı zamanda yerindelik yönünden de incelemek ve araştırmakla görevli olduğu vurgulanmıştır. Bu şayede idarenin faaliyet alanının idarî yargıdan daha geniş bir bölümü (Örneğin: tutum ve davranışlarda olduğu gibi) yargı dışı denetim altına alınmıştır. Ayrıca idarî yargıda denetim dışı bırakılmış olan yerindelik (ihtiyaca uygunluk) denetimi de sağlanmak istenmiştir. Denetçilerin önerileri ve yargı dışı bu denetim sayesinde kamu hizmetlerinde verimliliğin ve hakkaniyete uygunluğun sağlanmasına çalışılmıştır.

<sup>48</sup> Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan iki farklı kanun tasarısı taslağı da kanunlaşma fırsatı bulamamışlardır. Bu durumun en önemli sebebi, hazırlandıkları dönemlerin, siyasî açıdan koalisyon hükümetlerine denk gelmesi ve ekonomik alanda yaşanan istikrarsızlıklardır. Bu dönemlerde, hali ile siyasî önceliklerin daha başka ilgi alanlarına kayması söz konusu olabilmektedir. ERDENGİ, Tefik Bora: agt., s. 201.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çalışmamızda bu hususun “kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramından yola çıkarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştik.<sup>49</sup>

Görüldüğü üzere Kurumun görev alanını belirleyen aslı ve öncelikli kavram kamu hizmetidir. Artık bu çerçevede şunu da rahatlıkla ifade edebiliriz ki; Kurum kanununda her ne kadar sınırlayıcı hükümler mevcut ise de “idare” olsun veya olmasın “kamu hizmeti” yerine getiren her kurum Kamu Denetçiliği Kurumunun yetki alanına girmektedir.

Dolayısıyla çalışmamıza esas aldığımız ruhsat usulü ile yapılan kamu hizmetleri veya diğer adıyla virtüel kamu hizmetlerinden olan özel hastanelerin işlem ve eylemleri de Kurumun görev alanına girmektedir.

Esas inceleme konumuza dönecek olursak:

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesine göre “kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri” olan özel hastanelerin “Kurumun görevi”ni düzenleyen 5. madde uyarınca eylemleri, işlemleri, tutum ve davranışları ombudsmanın görev alanına girmektedir.

Örnek olayımızda şikâyetçi E.A. bir özel hastanede yaptırdığı burun ameliyatından dolayı ciddi derecede hastalık ve ölüm riskine maruz kalmış, bu duruma; söz konusu hastanenin sebep olduğu yönünde tavsiye kararı vermesi talebiyle Kuruma başvurmuştur.<sup>50</sup>

Ön inceleme sürecinde Kurum önce mevzuat ile ilgili çerçeveyi belirlemiştir.

Hem Kurum Kanununda, hem de 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun “Kapsam” başlıklı maddesinde bu Kanunun “özel hukuk tüzel kişilerini” de kapsayacağı hükmü yer almaktadır.

<sup>49</sup> “Hakkaniyet” bölümüne bkz. II/1,2.

<sup>50</sup> T.C. Kamu Denetçiliği Kurumunun 04.11.2013 şikâyet başvuru tarihli ve 2013/692 şikâyet no.lu, 19.06.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kurumun ifadesine göre “...Sağlık hizmeti salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi mümkün olmayan, özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilen bir kamu hizmeti niteliğindedir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ilgili hükümlerine göre<sup>51</sup> Özel P. Hastanesi kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişisidir. Bu özel hastane hakkında yapılan şikâyet başvurusu Kamu Denetçiliği Kurumu’nun görev alanı içindedir....”

### II. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN HAKKANİYET İLKESİNE DAYALI DENETİM YETKİSİ

#### 1. Hakkaniyet Kavramı:

Hakkaniyet ilkesi; hak ve adalete uygunluk, doğruluk, nasafet demektir.

Hakkaniyet (nasafet); fertlerin kanun karşısında eşitliği ve onların haklarına riayetin zarurî bulunduğu esaslarından tabii olarak çıkarılan bir adalet prensibidir.

Hukukî açıdan “hakkaniyet” kavramı hukuk ya da ceza davalarında, olayın somut özelliklerini ve tarafların özel durumlarını göz önünde bulundurarak adalete ve gerçek eşitliğe en uygun kararı vermeyi ön plânda tutan ilke anlamına gelmektedir. Nasfet, nasafet ya da nısfet hakkaniyet ile eşanlamlı kullanılmaktadır.

Hakkaniyet genelde yazılı hukuk kurallarının katı biçimde uygulanmasından doğabilecek sakıncaları gidermeye yarayan bir ilkedir. Ali Fuat Başgil’in tanımıyla hakkaniyet insaf, merhamet ve şefkat hisleriyle yumuşatılmış ve şiddeti hafifletilmiş bir adalettir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nun “Hâkimin takdir yetkisi” başlıklı 4. maddesinde şöyle denilmektedir: “Kanunun

<sup>51</sup> 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu için bkz. 15 Mayıs 1987 tarihli ve 19461sayılı R.G.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri gözönünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*" Benzer bir hüküm eski Türk Medenî Kanunu'nda da yer almaktaydı. Eski Kanunda yer alan "*hak ve nısfetle hükmeder*" deyimini yerine, yeni Kanunda "*hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*" deyimini kullanılmıştır. Bu açıdan bakıldığında, iki kanunda da benzer kavramların kullanıldığını söyleyebiliriz.

Borçlar Kanunu'na göre de tazminat tutarının belirlenmesinde hâkim; somut durumun gereklerine ve hatanın ağırlığına göre bir değerlendirme yapar. Yine aynı Kanuna göre hâkim, hakkaniyet gerektiriyorsa temyiz gücü olmayan kişiyi, doğurduğu zararın tümünü ya da bir bölümünü gidermeye mahkûm edebilir.

Doktrinde hak ve nısfetin (hakkaniyetin) iki ayrı kavram olmayıp, her ikisinin de tek bir kavram olduğuna ve aynı anlama geldiğine vurgu yapılmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre, hak ve nısfet demek "*hakkaniyet, adalet düşüncesi*" demektir. Doktrindeki diğer görüş ise, bu iki kavramın farklı anlamlara geldiğini savunmaktadır. İkinci görüşteki yazarlara göre, hakkaniyeti, adalet düşüncesi şeklinde anlamak maddenin amacına aykırı olur. Söz konusu madde, kanunun olduğu gibi uygulanmasının doğuracağı sakıncaları önlemek ve kanunun genel ve elâstikî hükümlerini somut olayların özelliklerine uydurmak amacını güder. Adalet, olayın özelliklerini gözönünde bulundurmadan ya da dikkate almadan objektif bakımdan en doğru olan çözüm yolunu bulmaya yönelirken, hakkaniyet, kanunun, somut olaylara ait özelliklerin ve bu olaylara ilişkin hal ve şartların ve menfaat çatışmalarının da gözönünde tutulması suretiyle onları en iyi şekilde tatmin edecek ve somut olayın özelliklerine göre en uygun gelecek biçimde uygulanmasını gerektirir. O halde hakkaniyet hâkimin, kendisine tanınan takdir hakkını hak ve nasafet (hakkaniyet) dairesinde kullanması, karar verirken kanunu özellikle davada taraf olanların içinde buldukları özel durumları, ilgililer arasındaki menfaat çatışmalarını, olayın arzettiği özellikleri gözönünde tutarak bütün

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bunları en iyi biçimde tatmin etmekle beraber, aynı zamanda pozitif hukukun ana ilkelerine, sistemine ve amacına da uygun düşecek şekilde uygulanması demektir.

Hâkim, kanunun kendisine takdir yetkisi verdiği yerlerde bu hakkı kendi keyfine ve eğilimine göre kullanamaz. Hukukun takdir hakkına dayanarak uygulanması da, objektif esaslara ve kanunun amacına uygun olmalıdır. Yani hâkim bu hakkını kullanırken subjektif, keyfî bir şekilde davranamaz; şahsî sempati, antipati duyguları ve eğilimlerine dayanan kararlar veremez. Hâkim, takdir hakkını kullanırken, kanunu önündeki somut olaya en uygun gelecek şekilde uygulamak durumundadır. Bunu yapabilmek için de, somut olayın bütün özelliklerini, bu olayla ilgili şahısların durumlarını gözönünde tutarak bunlar arasındaki anlaşmazlıkta hangisinin menfaatinin daha fazla korunmaya lâyık olduğunu inceler. Kanunlar takdir hakkının nasıl kullanılacağı hususunda ayrıca hâkime de yol göstermektedir. Hâkim, takdir hakkını hak ve nısfet da-iresinde kullanmalıdır. Nısfet, hakkaniyet demektir.

Uluslararası bir uyuşmazlığın çözümünde yararlanılacak yazılı hukuk kuralı ya da teamülün bulunmaması durumunda hâkimin veya hakemin, hukukun genel ilkeleri ve adalet duygusundan yola çıkarak sorunu âdil biçimde çözüme bağlaması mümkündür.

Uluslararası Adalet Divanı statüsününün 38. maddesine göre, tarafların önceden anlaşmaları durumunda, Divan “hakkaniyet ve nısfet”le (ex aequo et bono) karar verebilir. Bu bağlamda hakkaniyet, uluslararası hukukun yazılı olmayan kaynaklarından olan “genel hukuk ilkeleri” arasında yer alır.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> “Hakkaniyet” kavramı konusunda bkz. ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 37. B., Ankara 2013, s.16; Türk Hukuk Lûgati, 4. Baskı, Ankara 1998, Türk Hukuk Kurumu tarafından hazırlanmış, Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığınca yayınlanmıştır, s.267; YILMAZ, Ejder: (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Yenilenmiş 3. Baskı, Ankara 2006, s. 254.

Konumuz itibariyle “idare” görev yaparken “hukuk” un yanında “hakkaniyet” e de uygun davranacaktır. Çünkü tek başına hukuk her zaman tatmin etmeyebilir. Haksızlık her zaman kanunsuzluk demek değildir. Daha doğrusu kanunlar bazen adaleti sağlamaya yetmeyebilirler. Hukuk; toplumun huzur ve barış içinde yaşamasını sağlayan sosyal düzen kurallarıdır. Adalet ise bu kuralların uygulanmasıdır. Hukuk ve adalet; madalyonun iki yüzüdür. İşte Kamu Denetçiliği Kurumu hukuk ve adaleti birleştirmek için bir şanstır. Böyle zamanlarda hakkaniyet ile çözümlenmeye ihtiyaç duyulur. O halde Kamu Denetçiliği Kurumu, şikâyet konusu olan uyuşmazlıkları hakkaniyet ilkesini gözeterek de çözümleneceği için yargı kurumlarından farklı bir işleve sahip olacaktır. Kanunun 1. ve 5.maddelerinde belirtilen “hakkaniyete uygun” olarak karar verecek, yani yerindelik denetimi de yapabilecektir. Hızlı hareket ederek sorunları biran önce çözüme kavuşturabilmek de başka bir açıdan hakkaniyetin yerine getirilmesi demektir.<sup>53</sup>

### **2. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunundaki Kurumun Amacını ve Görev Alanını Düzenleyen Hükümlerin Hakkaniyet İlkesi Açısından İncelenmesi**

5. maddede sözü geçen “idarenin işleyişi” nin, Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin (e) fıkrasındaki “idare” nin tanımı altında atıfta bulunulan bütün kurumların işleyişini kapsayıp kapsamadığının tam net olarak - yine konuyu tam bilmeyenler tarafından - anlaşılamadığı yönünde eleştiriler vardır. Yukarıda açıklandığı üzere tasarıdaki “idarenin işleyişi” kavramı Kanunda “kamu hizmetlerinin işleyişi” olarak değiştirilmiştir. Her ne kadar “kapsam” açısından iki kavram arasında fazla fark yok gibi görünüyorsa da, “kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramı çok daha geniş kapsamlıdır. Ancak “Görev” başlıklı 5.maddede “idarenin işleyişi” kavramı aynen bırakılmıştır.

---

<sup>53</sup> ODAYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, agm., s.23-24.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu fıkraya açıklık getirmek gerekmektedir. Kanaatimizce tereddüt halinde “Amaç” maddesine bakarak hükümleri Kanunun ruhu itibarıyla yorumlamakta faydadan öte zorunluluk vardır. Burada bize yol gösterecek olan “kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramı olacaktır. İdare; idare edilenlere sunacağı hizmetleri genel olarak idarî eylem ve işlem şeklinde yerine getirir. Ancak idareden başka yasama organı ile yargı organları da idarî işlem yapabilirler. Kamu kurumu veya kuruluşu sayılmayan yerler de kamu hizmetine katılabilirler. İdarenin; kamu hizmetlerinin dışında başka işleri olduğu gibi kamu hizmetlerinin işleyişi de sadece idare değil bizim örneğimizde olduğu gibi özel kişiler tarafından da yerine getirilmektedir.

İşte bu nedenle “kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramı daha geniş bir alanı ombudsmanın yetkisine dâhil etmiş gibi görünmektedir şeklinde yorumlayarak mümkün olduğu kadar her kurum ve kuruluşu buraya katmakta fayda var diye düşünülmektedir.

Buna göre “idare” olsun veya olmasın “kamu hizmeti” yerine getiren herkes ombudsmanın yetki alanına girmeli midir konusu tartışılmaya gerek bile duyulmadan olumlu yönde çözümlenmelidir.

“Tanımlar” başlıklı 3.maddenin “idare”yi tanımlayan 1. fıkrasının (e) bendindeki “idare” kavramını yorumlarken Kanunun “amaç” ve “görev” maddeleri birlikte değerlendirilmeli ve “kamu hizmetlerinin işleyişi” kavramı açısından “...mümkün olduğu kadar geniş bir şekilde anlaşılmalıdır. Çünkü burada esas amaç; idarenin veya diğer kamu hizmeti yapan her türlü kuruluşun hiçbir eylem, işlem, tutum ve davranışının hukuka uygunluk ve ihtiyaca uygunluk denetimi dışında kalmamasıdır...” şeklinde düşünenler yanında dar yorumdan yana olanlar da vardır.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Çeşitli görüşler, toplantılar ve komisyon çalışmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, agm., s.28 vd.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yapısal (organik) idare, fonksiyonel (işlevsel) idare kavramları ile birlikte idare hukukunun sùjelerini ortaya koymak gerekmektedir. İdare hukukunun iki süreci vardır: Devlet tüzelişiliği ve diğer kamu tüzelişileri. 5018 sayılı Kanuna göre, bütçe tasniflerinden yola çıkarak kamu tüzelişileri belirlenebilir:

“İdare” kavramını Kanunun amacını açıklayan 1.madde ışığında değerlendirdiğimizde, bu kavramın içeriğini tam olarak tespit etmenin çok da önemli olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü Kanunun amacı “kamu hizmetlerinin işleyişı” ile ilgili bir şikâyet mekanizması oluşturmaktır.

O halde idarenin kamu hizmetlerinin yanında özel şahısların da yerine getirdiği kamu hizmetleriyle ilgili şikâyetleri de bu Kurum kabùl etmek durumundadır diye yorum yapılabilir. Tasarıda “idarenin işleyişı” şeklinde geçen amaç maddesindeki bu ifadenin “kamu hizmetlerinin işleyişı” olarak değiştirilmesinin ombudsmanın görevlerini bilerek genişletmek amacıyla yapıldığını düşünmekteyiz.

Daha önce ifade edildiği üzere bütün bu konuları idare kavramına dayanmaktan ziyade kamu hizmetinin işleyişı kavramına dayanarak yorumlamak lâzımdır.<sup>55</sup>

**İkinci konumuz** olan ombudsmanın görev alanı içindeki “**hakkaniyet ilkesi**”nin uygulanmasına aynı örnek olayla devam edelim:

Şikâyetçi bir özel hastanede “kronik sinüzit ve septum deviasyonu” ameliyatı olmuştur. Ameliyat sonrasında sürekli burun akıntısı başlamıştır. Ameliyatı yapan doktor, alerji zannederek burun spreyi vermiş ancak bir faydası olmamıştır. Bir yıl boyunca akıntı geçmeyince hasta başka bir özel hastaneye gitmiştir.

---

<sup>55</sup> ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, agm., s.24-28.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Burada şikâyetçiye sinüzitler temizlenirken beyni koruyan zara neşter tarafından zarar verildiği ve beyin zarında iğne ucu kadar açıklık olduğu, bu sıvının da omurilikten geldiği söylenmiştir.

Hastaya BOS Rinore tanısı konmuştur. BOS Rinore, kafa tabanında hasar olması sonucu burundan beyin omurilik sıvısı gelmesi demektir. Daha sonra bir üniversite eğitim ve araştırma hastanesinde aynı teşhis konulmuştur. Mikrop kapması durumunda menenjit olabileceği, tekrar ameliyat olması gerektiği söylenmiştir. M. Ü. Eğitim ve Araştırma Hastanesi Kulak-Burun-Boğaz Anabilim Dalı verdiği tıbbî mütalâasında “BOS Rinore’nin ESC operasyonunun bir komplikasyonu olarak %0.36 oranında görüldüğü, bu hastada da bu komplikasyonun meydana geldiği” ifade edilmiştir.

Bu arada belirtelim: Komplikasyon; izin verilen risk demektir.

İstanbul Tabip Odası raporunu şöyle düzenlemiştir:

*“...Sinüs operasyonlarından sonra bu tür durumlar görülebilir ve komplikasyon olarak kabûl edilir. Komplikasyon nedeniyle hekime kusur yöneltilemez. Ameliyatı yapan doktorun cezaî sorumluluğunu gerektiren bir kusur saptanmamıştır...”*

Kurum’un kararı: “...Komplikasyondur, hastaneye atfedilecek bir kusur tespit edilmediğinden şikâyetin reddine...” şeklindedir.<sup>56</sup>

Kamu Denetçiliği Kurumu burada Kurum Kanununun 5.maddesinde geçen “hakkaniyet” ilkesine dayansaydı belki de sonuç daha farklı olurdu.

Ombudsman bu olayda İstanbul Tabip Odası’nın raporuna bağlı kalmayabilirdi, hakkaniyet ilkesine dayanarak özel hastaneye, mağdura tazminat ödemesi gerektiği yönünde tavsiyede bulunabilirdi.

---

<sup>56</sup> Kamu Denetçiliği Kurumunun 04.11.2013 şikâyet başvuru tarihli ve 2013/692 şikâyet no.lu, 19.06.2014 tarihli kararı; 1/3 ve 40 no.lu dipnot.

Kaldı ki; rapora göre, sinüs ameliyatından sonra ortaya çıktığı anlaşılan akıntı, alerji ile karıştırıldığı için teşhiste gecikmeye neden olmuştur.

### III. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNUN GÖREV ALANINA İDARENİN İCRAİ NİTELİKTE OLMAYAN İŞLEMLERİNİN GİRİP GİREMEYECEĞİ MESELESİ

Üçüncü konumuz; idarenin icraî nitelikte olmayan işlemlerinin de ombudsmannın görev alanına girmesi gerektiği hususudur.

Kamu Denetçiliği Kurumu, idarenin icraî olmayan işlemleri üzerinde de denetim yetkisine sahiptir. Çünkü Kurumun görev alanı ifade edilirken icraî olmayan işlemler konusunda bir istisna belirtilmediği gibi aksine “idarenin işlemi” vurgusu yapılmıştır. Dolayısıyla, Kurumun görev alanına sadece icraî olan (kesin ve yürütülebilir) işlemler değil, icraî olmayan işlemler de girmektedir.

Ayrıca Kurumun yapmış olduğu denetimin, idarî yargıda olduğu gibi sadece hukuka uygunlukla sınırlı olmayıp yerindelik denetimini de kapsıyor olması, idarenin icraî olmayan işlemlerini de Kurumun görev alanında görmemizi gerektirmektedir.

Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda, Kurumun amacını açıklayan 1. madde ile görevini açıklayan 5.maddede az önce belirtildiği gibi **hukuka ve hakkaniyete uygunluk** yönünden denetlemek tâbiri yer almaktadır.

O hâlde Kurum; idarî yargıda olduğu gibi yalnızca “hukuka uygunluk” denetimi yapmakla kalmayacak, bunun yanında “**hakkaniyet**” kavramının kapsamı içinde olan yerindelik, ihtiyaca uygunluk denetimini de yapacaktır.<sup>57</sup>

<sup>57</sup> ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, agm., s.9.

İdarî yargı, idarenin eylem ve işlemlerini sadece “hukuka uygunluk” açısından denetler. Daha ileri gidemez. Ombudsman ise “**hukuka uygunluk**” denetimine ilâveten “**ihtiyaca uygunluk**” denetimi yapacaktır.

İdare sadece hukuka uygun davranmakla iyi idare niteliğini kazanamaz. Aynı zamanda “icab-ı hal”e yani maslahata da uygun davranmak zorundadır. İşte böyle olup olmadığı yolundaki denetim “ihtiyaca uygunluk” denetimidir, bir diğer ifade ile “yerindelik” denetimidir. Bu denetim idarî yargının görevi dışındadır.

İdarî yargı ile ombudsmanın fonksiyonları farklıdır, birisi diğerinin alternatifi değildir, tamamlayıcısıdır. İdarî yargının hukuka uygun bulduğu bir idarî işlem ya da eylem ihtiyaca uygun olmayabilir. İşte ombudsman halen yapılmamakta olan bu ihtiyaca uygunluk denetimini yapacaktır.

Bu başlık altında icraî olmayan işlemleri kısaca tanımlayıp Kurumun görev alanı bakımından örneklerle değerlendirmeye çalışacağız.

İdarenin icraî olmayan işlemlerini<sup>58</sup> birey ya da nesnelere

<sup>58</sup> “İcraî nitelikte olmayan işlemler” kavramı için bkz. DENİZ, Yusuf: Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı, Konya 2014, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, s.175-179.

İdarî davaya konu olabilecek kesin ve icraî olan işlem kavramını Danıştay, “Bir idarî işlemin kesin ve yürütülmesinin zorunlu sayılabilmesi ise; hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını da geçirmiş bulunmasına bir başka idarî makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine yani idare edilenlerin hukukunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlı bulunmaktadır” şeklinde tanımlamaktadır. Danıştay Üçüncü Dairesinin 17.10.1991 tarihli ve E. 89/4241, K. 91/2649 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1992, S. 84-85, s. 139; Danıştay Üçüncü Dairesinin 15.1.1992 tarihli ve E. 90/3593, K. 92/143 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1993, S. 86, s. 197; Danıştay Üçüncü Dairesinin 4.6.1986 tarihli ve E. 86/1733, K. 86/1500 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1987, S. 64-65, s. 104; Danıştay Üçüncü Dairesinin 13.10.1988 tarihli ve E. 87/2893, K. 88/2353 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1989, S. 74-75, s. 187; Danıştay Üçüncü Dairesinin. 26.3.1991 tarihli ve E. 90/24, K. 91/1252 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1992, S. 82-83, s. 266-267; Danıştay Onbirinci Dairesinin 28.5.1996 tarihli ve E. 96/1175, K. 96/2221 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1997, S. 92, s. 846. Sezginer’e göre, “Bir idarî işlemi yapan makam, o işlemle ilgili olarak nihai iradesini açıklamış



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hukukî durumlarını etkilemeyen, hukuk âleminde herhangi bir değişiklik meydana getirmeyen işlemler<sup>59</sup> olarak tanımlayabiliriz.

İdarenin herhangi bir eylem veya işleminin hukuka uygun olduğu halde “yerinde” olmadığı ombudsman tarafından tespit edilirse; idarî yargıda aklanmış olsa bile idare, ombudsmanın ikazı üzerine bir daha öyle bir işlem veya eylem yapamayacaktır, daha doğrusu yapmamalıdır.

Böylece Kurum idarenin icraî nitelikte olmayan işlemlerini de denetleyecektir.

İdarenin icraî olmayan işlemleri, doktrinde farklı tasniflere<sup>60</sup> tâbi tutulsa da hazırlık işlemleri, görüş belirten işlemler, bildirici işlemler, iç düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler şeklinde beş başlık altında toplanabilir<sup>61</sup>.

---

ve işlemlerle ilgili yapılacak herhangi bir şey yoksa, işlem kesindir. Final işleme ulaşmak bakımından diğer bir makâmın bir işlemi veya onayı gerekiyorsa, bu durum işlemin kesinlik niteliğine zarar vermez, onu ortadan kaldırmaz.”. SEZGİNLER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s. 46-47.

<sup>59</sup> KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 257-260; AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNLER- Cemil KAYA: İdare Hukuku, 3. B., age., s. 370.

<sup>60</sup> Giritli- Bilgen-Akgüner, bildirici, beyan edici, hazırlayıcı ve iç düzen işlemler olmak üzere dörtlü tasnifi benimsemektedir. Bkz. GİRİTLİ, İşmet-Pertev BILGEN- Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku, age., s. 812; Özyörük, iç düzen işlemleri, hazırlayıcı işlemler ve tamamlayıcı işlemler olmak üzere üçlü ayrımı kabul etmektedir. Bkz. ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdarî Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 214-215; Erkut, iç düzen işlemler, hazırlık işlemleri, bilgi verici ve açıklayıcı nitelikteki işlemler, uygulamaya ilişkin işlemler, hukukî etkisini yitirmiş işlemler ve idarenin yerşiz işlemleri olmak üzere altılı tasnif yapmaktadır. Bkz. ERKUT, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Ankara 1990, s. 133-149; Duran, gösterici işlemler, hazırlayıcı işlemler ve iç düzen işlemleri olmak üzere üç başlık halinde toplamıştır. Bkz. DURAN, Lütfi: age., s. 398-399; Günday, gösterici işlemler, hazırlık işlemleri ve iç düzen işlemleri olmak üzere üçlü ayrımı benimsemiştir. Bkz. GÜNDAY, Metin: age., s. 124; Gözler, hazırlık işlemleri, teyit edici işlemler, iç düzen işlemleri ve enformel işlemler olmak üzere dört başlık altında toplamıştır. GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 1, Bursa 2009, s. 704; KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler”, agm., s. 260. Mahkeme nezdinde; işleme verilen isimlerin değil doğurduğu hukukî sonuçlar bakımından bir idarî işlemin icraî olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. KÂĞITÇIOĞLU, Mutlu: “İdarî İşlemin İcraîliği”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 103, s. 282.

<sup>61</sup> KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler”, agm., s. 260.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kamu Denetçiliği Kurumu hukukî niteliği itibari ile icraî olmayan işlemler konusunda kendisini görevsiz addedemez. Önüne gelen bu nitelikte şikâyetleri eğer incelenebilecek bir yönü var ise, hukuka uygunluk ve özellikle de hakkaniyete uygunluk açısından değerlendirmelidir. Örneklerle somutlaştırılmamıştır:

Hazırlık işlemlerinden<sup>62</sup> olan raporlar<sup>63</sup>, tutanaklar<sup>64</sup> ve tekliflerin bazıları kanaatimizce kamu denetçisinin görev alanına girer. Örneğin; kişinin malûlen emekliliğine engel olan sağlık kurulu raporu<sup>65</sup>, bir kişinin Silâhlı Kuvvetlerde sivil memur olarak görev yapamayacağına ilişkin GATA Sağlık Kurulu raporu<sup>66</sup>, müfettişlerce hazırlanan teftiş raporları<sup>67</sup>, kıymet takdir

<sup>62</sup> Hazırlık işlemleri, bir idarî işlemin tesis edilmesinden önce yapılan ve karar almaya yetkili makamı bağlamayan ve genellikle icraî nitelikte olmayan işlemlerdir. KAYA, Cemil: "Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler", agm., s. 260.

<sup>63</sup> Raporlar, ilgili oldukları konuda icraî karar alma yetkisine sahip olan idareye ışık tutan işlemlerdir. AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s. 372.

<sup>64</sup> Belli bir fiilî durumu tespit eden tutanaklar tek başlarına idarî dava konusu yapılamaz. Çünkü, tutanaklar, asıl işlemin hazırlayıcısı niteliğindedir. AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: age., s. 372.

<sup>65</sup> Danıştay, malûlen emekliliğe ilişkin verilen sağlık kurulu raporuna karşı açılan davada "Dava doğrudan doğruya sıhhi bir heyetçe verilen raporun iptali talebinden ibaret olmasına ve malûlen tekaüde sevki hakkında davacının mensup olduğu idarenin herhangi bir tasarrufu mevcut bulunmamasına binaen idarî davaya mevzu teşkil edebilecek karakteri haiz idarî bir tasarruf mahiyetinde olmayan ve sırf ilmî bir kanaatin tezahürü bulunan raporun iptali dileğiyle açılmış olan davanın tetkik kabiliyeti olamayacağı" şeklinde karar vermiştir. Danıştay Beşinci Dairesinin 20.3.1951 tarihli ve E. 50/2008, K. 51/961 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, S. 50-53, s. 497-498.

<sup>66</sup> Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesinin 08.05.1991 tarihli ve E. 1990/334, K. 1991/189 sayılı kararı için bkz. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, C. 1, 1993, S. 7, s. 139-140.

<sup>67</sup> "Dava konusu edilen teftiş lâyihaları, belediyelerin belli mali yıllardaki gelir ve giderleri ile ilgili evrak üzerinde yapılan incelemelere göre kanun ve mevzuata uymayan hususların tenkit ve tavsiyelerini kapsamakta ve bu yönü ile de kesin ve uygulanması gereken bir işlem olmamaktadır." Danıştay Beşinci Dairesinin 05.05.1980 tarihli ve E. 76/9152, K. 80/2001 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1981, S. 40-41, s. 173-174. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay Onikinci Dairesinin 4.4.1967 tarihli ve E. 65/2663, K. 67/552 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, 1968, S. 115-118, s. 471-474; Danıştay Beşinci Dairesinin 18.1.1954 tarihli ve E. 53/1548, K. 54/83 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, 1955, S. 64-65, s. 149.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

komisyonu raporları<sup>68</sup>, bilgi fişleri<sup>69</sup>, soruşturma raporları<sup>70</sup> v.s.

Kamu Denetçiliği Kurumu, deniz astsubay öğrenci adaylığına hak kazanan kişiye, sağlık muayeneleri sonucu verilen askerî öğrenci olamaz raporunun haksız olduğu iddiası ile kişinin yeniden muayene edilerek askerî öğrenci olma hakkının iade edilmesi içerikli şikâyeti görev alanında değerlendirip incelemiştir<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> “Kamulaştırma işlemi, kamu yararı veya kamulaştırma kararı alınması, kıymet takdiri yapılması gibi birtakım idarî kararların alınması suretiyle oluşan bir idarî işlem olup, kıymet takdiri işlemi de kamulaştırma işleminin tamamlanmasını sağlayan esaslı unsurlardan birini oluşturur. Kıymet takdirindeki bir sakatlık veya kanuna aykırılık ancak kamulaştırma işleminin iptali istemiyle açılan bir davada bir iptal nedeni olarak ileri sürülebilir.” Danıştay Altıncı Dairesinin 26.3.1984 tarihli ve E. 83/764, K. 84/1565 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1985, S. 56-57, s. 242-243.

<sup>69</sup> Askerî Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında, özlük dosyasına işlenen sakıncalı olmayı belirten “şerh”in, icraî niteliği haiz olmadığından tek başına idarî dava konusu yapılamayacağı yönünde karar vermiştir. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesinin 13.11.1985 tarihli ve E. 85/170, K. 85/181 sayılı kararı için bkz. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, C. 1, 1993, S. 7, s. 136-137. Danıştay, “Dava konusu bilgi fişinin yaşamı boyunca her an ilgilinin karşısına çıkarılabileceği açık olup, ilgilinin menfaat ilgisi bulunduğu, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu tartışmasız olan fiş kaydı şeklindeki idarî işlemin idarî davaya konu olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Aksi bir düşünce, bir kısım idarî işlemlerin yargı denetiminin dışında kalması gibi bir sonuç doğuracaktır. Böyle bir durumun hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamayacağı açıktır.” düşüncesi ile bilgi fişlerini kesin ve yürütülebilir bir işlem olarak görmektedir. Danıştay Onuncu Dairesinin 16.11.1995 tarihli ve E. 1995/1313, K. 1995/5706 sayılı yayımlanmamış kararı. Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 18.11.1997 tarihli ve E. 1995/2100, K. 1997/4607 sayılı yayımlanmamış kararı; Danıştay Onuncu Dairesinin 28.5.2001 tarihli ve E. 1999/2330, K. 2001/2013 sayılı yayımlanmamış kararı. (Nakleden: KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler”, agm., s. 266).

<sup>70</sup> Danıştay, soruşturma raporlarının ve bu raporlara ilişkin onayın kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olmadığı yönünde karar vermiştir. Danıştay Beşinci Dairesinin 28.4.2004 tarihli ve E. 2001/1925, K. 2004/1920 sayılı kararı için bkz. Danıştay Kararlar Dergisi, 2004, S. 5, s. 153-154.

<sup>71</sup> “Şikâyetçi, oğlu ...’ın 10.07.2013 tarihinde ... aday numarası ile girdiği Deniz Astsubay M.Y.O ikinci aşama sınavında başarılı olarak öğrenci adaylığına hak kazandığını, akabinde, 19.07.2013 tarihinde Hava Harp Okulu Komutanlığı Kasımpaşa Askerî Hastanesi Yeşilyurt Polikliniğine randevu verildiğini, bu arada kendisinin .. tarihleri arasında farklı hastanelerden sağlık raporu aldığını ve söz konusu raporlarda askerî öğrenci olmasına engel herhangi bir hususa rastlanılmadığını tespit edildiğini ancak, oğlu ... ile ilgili olarak randevu verilen adı geçen askerî hastanede yapılan muayenesi sonucunda birden fazla sağlık problemi nedeniyle askerî öğrenci olamaz kararının verildiğini, söz konusu rahatsızlıklar ile ilgili askeri hastane ve kamu hastanelerinde muayeneler yaptırdığını,

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Aynı şekilde idarenin, hizmetin gereği olarak, kamu görevlilerinin çalışma yer, zaman ve yöntemi konularında uygun gördüğü tedbirleri alması<sup>72</sup> olarak tanımlanabilecek ve idarî davaya konu edilemeyen<sup>73</sup> iç-düzen işlemlerinin bazıları da kamu denetçisinin görev alanına girmektedir. Örneğin; kalkınma plânları ve yıllık programlar<sup>74</sup>, taksitlendirilecek olan vergi ve resimler için faiz alınmaması yönündeki genelge<sup>75</sup>, memurların çalıştığı odanın değiştirilmesi, öğrencilerin iki şubeye bölünmesi, ders programlarının değiştirilmesi, öğretim üyesinin ders yaptığı dersliğin değiştirilmesi gibi<sup>76</sup>.

Yukarıda sayılan işlemler her ne kadar idarî davaya konu edilemeyen<sup>77</sup>, konu edildiği takdirde ilk inceleme aşamasında reddedilen icraî olmayan işlemler olarak görülse de kanaati-

---

bunun sonucunda askerî öğrenci olmasına engel bir rahatsızlığının olmadığına ikna olduğunu, akabinde, oğlunun sağlık nedenleri ile askerî öğrenci olamaz kararı ile ilgili olarak ... tarihinde Kara Harp Okulu Geçici Sağlık Muayene Merkez Başkanlığı'na itiraz ettiğini, üç konudaki itirazlarının kabul edildiğini fakat kardiyoloji polikliniğinin maksimum mintral yetmezliği teşhisi ile bir kez daha askerî öğrenci olamaz raporu verdiğini, bunun üzerine oğlunu GATA Haydarpaşa Asker Hastanesi'nde kardiyoloji bölümünde muayene ettirdiğini ve askerî öğrenci olmasına engel bir hususun bulunmadığının tespiti sonrasında itiraz haklarının olması durumunda, oğlu ile ilgili sağlık nedenleri ile askerî öğrenci olamaz kararına itiraz edebilecekleri bilgisinin kendilerine verildiğini belirterek, mağduriyetlerinin giderilmesi ve itiraz haklarının olmaması nedeniyle haklılıklarını ispatlayabilmek ve çocuğunun yeniden muayene edilerek askerî öğrenci olma hakkının verilmesi hususunda, Kurumumuzdan gereğinin yapılması talebinde bulunmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumunun 04.02.2014 tarihli ve 03.2013/554 şikâyet no.lu yayımlanmamış kararı.

<sup>72</sup> KAYA, Cemil: "Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler", agm., s. 277.

<sup>73</sup> İdarenin iç düzen işlemlerinin dava konusu yapılması hem idarenin çalışma düzenini ve hizmetlerin işleyişinin etkinliğini zedeler hem de takdir yetkisi ve hiyerarşi yetkisinin kullanılması bakımından idareyi olumsuz yönde etkiler. ERKÜT, Celâl: age., s. 134.

<sup>74</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 7.12.1973 tarihli ve E. 72/194, K. 73/716 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dergisi, 1974, S. 14-15, s. 233- 237.

<sup>75</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 12.4.1968 tarihli ve E. 67/559, K. 68/332 sayılı kararı için bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları, Birinci Kitap (1965-1978), 1981, s. 714.

<sup>76</sup> GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 1, age., s. 728.

<sup>77</sup> SEZGİNER, Murat: "İdarî İşlem - İcraîlik - Ayrılabilir İşlem - Yargısal Denetim", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 244.

mizce Kurumun görev alanına girmektedir. Çünkü kamu denetçisi bu işlemler üzerinde hukuka uygunluk denetimi yapabileceği gibi, hakkaniyete uygunluk yani yerindelik denetimi de yapabilir. Meselâ, kamulaştırma işleminin hazırlayıcısı olan kıymet takdirinin hakkaniyete uygun olarak yapılmadığını düşünen kişi, salt bu işlemi mahkemeye götüremez, fakat Kuruma götürebilir. Kamu denetçisi yapacağı inceleme sonunda daha yüksek bir miktarın takdir edilmesini idareye tavsiye edebilir.

Aynı şekilde soruşturulan iki kişiden biri, raportör tarafından diğer soruşturulana uygulanan muamelenin kendisine uygulanmadığı bahsi ile Kamu Denetçiliği Kurumuna soruşturma raporu konusunda şikâyette bulunabilir. Burada raportörün işlemi hukuka uygun olmasına rağmen hakkaniyete aykırı olabilir.

Yukarıda ifade edilen teorik ağırlıklı bu temel değerlendirmeden sonra, çalışmamıza ilişkin şunları söyleyebiliriz:

Tıbbî müdahale nedeni ile ortaya çıkan zararların doktor açısından hukukî, idarî sorumluluğu olduğu gibi cezaî sorumluluğu da mevcuttur. Tıbbî müdahaleden zarar gören şahıs, zarar veren sağlık personeli aleyhine savcılığa şikâyette bulunduğunda savcılık bu şikâyetlerin tamamına yakını görevsizlik kararı vererek ilgili kuruma kovuşturma izni verilip verilemeyeceğine dair karar vermesi için göndererek sormaktadır. İlgili kurum veya üst makamı da konuyu incelemesi için muhakkik veya tahkikat komisyonu tayin etmektedir. Bu komisyon veya tayin edilen muhakkik konuyu incelemekte ve bir rapor tanzim etmektedir. Genelde bu raporlarda soruşturulan kişi hakkında men-i muhakeme kararı verilmektedir. Bu raporlar bazen hukuka uygun olmasına rağmen hakkaniyete aykırı tanzim edilebilmektedir. Örneğin zarar görenin şikâyeti gerektiği gibi ele alınamayabilmekte, zarar gören hiç dinlenemeyebilmekte, rapor sonucu da genelde "rutin bir durum", "sıklıkla karşılaşılabilecek bir hal", "komplikasyon", "malpraktis" gibi kavramlarla zarar verenin lehine yorumlanabilmektedir.

İşte hem kamu görevlisi doktor için soruşturma açılmasına izin verilmemesine sebep olan, hem de icraî nitelikte olmadığı için dava konusu edilemeyen bu raporların ombudsmanın görev alanına girmesi, başka bir deyişle incelemesine tâbi olması gerekir. Bu raporlara ilişkin gelecek şikâyetler Kurum tarafından incelenecektir. Sonuç olarak ombudsman da bu raporlar tanzim edilirken yapılan hakkaniyete aykırı durumları kendi yıllık raporunda ifşa edecek, daha dikkatli olunması konusunda idareye tavsiyede bulunabilecek ve sağlık personelini de uyarmış olacaktır.

#### IV. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMUNA YARGI YOLUYLA BİRLİKTE VEYA YARGI MERCİLERİ KARAR VERDİKTEN SONRA BAŞVURABİLMENİN GEREKLİ OLDUĞU MESELESİ

Dördüncü konumuz, özel veya kamu hastanelerinde tıbbî müdahale nedeniyle verilen zararlarla ilgili şikâyetlerin yargı yoluyla birlikte veya yargı mercileri karar verdikten sonra yine de ombudsmanın hiç değilse hakkaniyet ilkesi açısından görev alanı kapsamında mütalâa edilip edilemeyeceği, daha doğrusu mütalâa edilmesinin zorunlu olduğu hususudur.

Bu konunun önemini vurgulayabilmek için birkaç örnek olay ve yargı kararı aktarmakta fayda vardır:

##### 1. Danıştay Onuncu Dairesinin 29.04.2008 tarihli ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı<sup>78</sup>

Davacı diz kapağı bölgesindeki ağrılar nedeniyle bir üniversitenin tıp fakültesi hastanesine başvurmuş, önce menüsküs ameliyatı olmuş, iyileşmeyince kıkırdak transferi ameliyatı yapılmış, yine iyileşmeyince üçüncü kez başvurduğunda MR tahlili, biyopsi yapılmış, kanser teşhisi konmuş, en sonunda sol ayağı diz kapağı hizasından kesilmiştir.

<sup>78</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 29.04.2008 tarihli ve E.2007/3301, K.2008/2939 sayılı kararı ve yorumu için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Y. 2, S.5, s. 32-33.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Davacı; teşhis ve tedavide tıbbî eksiklik ve ihmal sonucu davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğunu ileri sürerek dava açmıştır.

Bilirkişi incelemesi için dosya Adli Tıp Kurumu'na gönderilmiş, Adli Tıp Kurumu hastaya ait grafilerin, yapılan biyopsi ve geçirdiği tüm operasyonlara ait patoloji blok ve preparatlarının temin edilerek gönderilmesini istemiş, davalı idare dosyayı hastaya verdiği için mevcut olmadığını bildirmiş, davacı da dosyayı temin edememiş, Adli Tıp Kurumu görüş bildiremeyeceğini ifade etmiş, hastane müdürü dosyayı arşivden alıp ilgili bölüme gönderdiğini yazılı belge ile belirtmiştir.

İdare mahkemesi davacı hastaya ait dosya bulunmadığından hem maddî hem de manevî tazminat talebini reddetmiştir.

Hastaya ait grafilerin gerekli şekilde muhafaza edilmemesi ve hastaya ait dosyanın kaybedilmesi, sağlık hizmetinin işletilmesine ilişkin ağır hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Buna rağmen idare mahkemesi davacının tazminat talebini reddetmiş, ağır kusurdan dolayı davalı idareyi değil, bacağı kesilmiş davacıyı cezalandırmıştır.

Kaldı ki ortada sadece belgelerin kaybedilmesi kusuru yoktur, tıbbî hata da vardır. Üç kere farklı konularda aynı yerin ameliyat edilip ondan sonra da başarılı olunamaması sebebiyle bacak kesilmiştir. Bu husus özellikle inceleme yapılmasını gerektiren bir ağır hizmet kusurudur.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> "Hizmet kusuru" ve "Ağır hizmet kusuru" konuları için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar", s.199-235, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009, IX+235 sayfa, Mersin Barosu; ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s. 1-57; ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk", s.165-207, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu VII. Türkisch - Deutsches Symposium Zum Medizinrecht, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen, Editörler(Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara - 2011, Adalet Yayınevi; ODYAKMAZ, Zehra-Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdare Hukuku, age., s.176-184; ODYAKMAZ,



İdare mahkemesinin manevî tazminatı reddeden kararını Danıştay haklı olarak bozmuştur.

Böyle durumlarda kanaatimizce en doğru olanı idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi ve idarenin maddî ve manevî tazminatı ödemesine karar verilmesidir.<sup>80</sup>

## 2. Danıştay Onuncu Dairesinin 30.3.2009 tarihli ve E.2007/7210, K.2009/2438 sayılı kararı<sup>81</sup>

Davacı bir üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi'nde önce Akut Romatizmal Ateş (ARA) tedavisi görmüş, sonra Romato-

---

Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, İstanbul Nisan 2015, s.168-169; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Yayına Hazırlayanlar: Doç. Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç.Dr.Metin UÇAR-Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.121-122; GÜNDAY, Metin: age., s.369-378; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, Ankara 2012, 32. Baskı, s.287-289; KIZILYEL, Serkan: "Sağlık Hizmeti Yöntünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek", Terazi, Y.3, S.24, Ağustos 2008, s.138-139; BİRTEK, Fatih: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli), C.II, S.3-4, Y.2007, (<http://www.turkhukuksitesi.com>) ; KARAEGE, Özge: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yönetim ve Ekonomi, Y.2001, C.8, S.2, Celâl Bayar Üniversitesi, İ.İ.B.F., Manisa; YAMAN, Murat: "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları İşığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları", Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.18, Y.2003, s. 71-101; YILMAZ, Mustafa: "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu", Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 ((Yayına Hazırlayanlar:Doç.Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç.Dr.Metin UÇAR-Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.135-136; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C.1, age., s.647-650; ÖZSUNAY, Ergun: "Medical Liability and Liability of Health Institutions in Turkish Law", [ergun.ozsunay@ito.org.tr](http://ergun.ozsunay@ito.org.tr) .

<sup>80</sup> "İdarenin kusursuz sorumluluğu" konusunda bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdare Hukuku, age., s.184-187; ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, age., s.169-170; SATI, Sevilay: "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Av.Sevilay Satı'ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır; YAMAN, Murat: agm.; ÇAĞLAYAN, Ramazan: agm., s.123-133; GÜNDAY, Metin: age., s.378-383; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: age., s.305-318; GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. 1, age., s.664-667.

<sup>81</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 30.03.2009 tarihli ve E.2007/7210, K.2009/2438 sayılı kararı ve yorumu için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.35-36.



id Artrit (RA) ile tedavisine devam edilmiş, sonra başka hastanede sağ diz ekleminden ameliyat olmuş, tekrar aynı üniversitenin Tıp Fakültesi Hastanesi FTR bölümüne gitmiş, Romatoid Artrit tanısı konulmuş, bu tanı doğrultusunda bazı operasyonlar geçirmiş, sonra başka hastaneye başvurusu üzerine rahatsızlığına Ailevî Akdeniz Ateşi (AAA) ve Ankilozan Spondolit (AS) tanısı konulmuş, davacı yanlış teşhis ve tedavilerle zarara uğradığı gerekçesiyle maddî ve manevî tazminat davası açmış, Adli Tıp Kurumu'na yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporda: “... Kolşisin adlı ilâca zamanında başlanmamasının bir eksiklik olduğu, tanının birçok kademede konulamamış olduğu, Ailevî Akdeniz Ateşi hastalığının çok zor teşhis edildiği” belirtilmiştir.

İdare mahkemesine göre; “... Rapor gözönüne alındığında davalı idarenin kusuru bulunmadığı saptanmıştır, ağır hizmet kusuru yoktur.” İdare mahkemesi davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay, idare mahkemesinin kararını tasdik etmiştir.

Adli Tıp Kurumu; raporunda, Ailevî Akdeniz Ateşi hastalığını teşhis etmenin zor olduğunu ifade etmektedir.

Bu durumda her iki mahkemenin de rapora bağlı kalmayıp kendi inisiyatiflerini kullanarak aslında idarenin hizmet kusuru bulunduğunu kabul etmeleri gerekirdi.

Çünkü yirmi yıl boyunca davacıya teşhis konulamamış olmasından dolayı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu aşikârdır.

### **3. Danıştay Onuncu Dairesinin 24.9.2007 tarihli ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı Kararı**<sup>82</sup>

Davacıların yakını solunum yetmezliği şikâyetiyle bir üniversite hastanesine götürülmüş, burada solunum cihazı bu-

---

<sup>82</sup> Danıştay Onuncu Dairesinin 24.09.2007 tarihli ve E.2005/3719, K.2007/4316 sayılı kararı ve yorumu için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, agm., s. 41-43.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lunmadığı için başka bir üniversite hastanesine sevk edilmiş, nöroloji bölümünde solunum cihazına bağlanmıştır. Ancak hastanın sık sık kendisini bu cihaza bağlayan maskesini çıkarmaya çalıştığı gözlenmiş, en son yine maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybetmiştir.

Doktor ve hemşire aleyhine görevi ihmal suçundan açılan ceza davasında doktor ve hemşire beraat etmişler, Yüksek Sağlık Şurası doktor ve hemşirenin kusursuz olduğuna dair rapor vermiştir. Ancak adı geçen hastanenin olayın geçtiği yoğun bakım ünitesinin şartlarının uygun olmadığı bildirilmiştir.

Ayrıca Adli Tıp İhtisas Kurulu da raporunda “... Uygulanan tedavi yerindedir, sağlık personeline yüklenecek kusur yoktur...” diye belirtmiş, yoğun bakım ünitesinin şartları hakkında değerlendirme yapmamış, “...ölüm olayı yoğun bakımdaki hastanın maskesini çıkarması sonucu oluşmuştur...” demiştir.

Her ne kadar Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu doktor ve hemşirenin kusurlu olmadığına dair rapor düzenlemişlerse de ve uyguladıkları tedavinin uygun ve yerinde olduğunu belirtmişlerse de burada esas konu uygulanan tedavinin doğru veya yanlış olduğu meselesi değildir. Doktor ve hemşire maskesini devamlı çekip çıkaran hasta için gerekli tedbiri almamışlar, diğer sağlık personelinin gerektiği şekilde ikaz etmemişler ve hastanın maskesini çıkarmasını engelleyecek bir tedbire başvurmamışlardır.

Yoğun bakım ünitesinin şartlarının uygun olmaması kavramı da çok kapalı ve yuvarlak, yoruma açık bir ifadedir.

Yoğun bakım ünitesinin şartlarını bu olayda sağlık personelinin kendisi oluşturmaktadır. Hastanın maskesini çekip çıkarmaması için gerekli tedbirleri alacak ve düzenlemeleri yapacak olan doktordur, başhemşiredir veya hemşiredir. Ama ceza mahkemesinde Yüksek Sağlık Şurası ve İhtisas Kurulu'nun raporları ile doktor ve hemşire beraat ettikleri için Danıştay artık bu karara itibar etmek durumundadır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hâlbuki burada idare kusurlu davranmıştır. Yoğun bakım ünitesindeki bütün personel birbirlerini ikaz etmedikleri veya hastanın maskeyi çektiğini görmedikleri veya görüp de müdahale etmedikleri veya somut bir tedbir almadıkları için müştereken sorumludurlar<sup>83</sup>. Zaten Danıştay da idarenin bu engellememe tutumunu hizmet kusuru olarak görmüştür.

Kanaatimizce bu olayda görevsel kusur vardır<sup>84</sup>. İdare, tazminatı davacı yakınlarına ödeyip olayın geçtiği klinikteki bütün personele rücu edebilirdi.

Bu tazminatlar idarenin üzerinde kalmamalı, idare görevsel kusuru olan sağlık personeline rücu etmelidir. Bu uygulama yapılmazsa, sağlık personeli daha özenli olmak için çaba sarf etmeyecektir.

Eğer Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu mağdurların aynı anda hem yargı yerine hem de ombudsmana başvurabileceği şeklinde düzenlenseydi, Kurum; önüne gelen bu olayı Kurum Kanununun 1. ve 5. maddelerindeki hakkaniyet ve insan hakları açısından yani daha doğrusu yargı yerinden daha geniş bir şekilde ele alacaktı ve farklı şekilde değerlendirip tazminat verilmesi şeklinde tavsiyede bulunacaktı.

Bu örnek olaylar için ortak bir yorum yapacak olursak; -olayların geçtiği tarihlerde ülkemizde ombudsmanlık kurumu bulunsaydı- tıbbî müdahalelerden kaynaklanan bedensel

---

<sup>83</sup> "Müşterek sorumluluk" için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: "Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk", agm., s.165-207.

<sup>84</sup> "Görevsel kusur" için bkz. ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdare Hukuku, age., s.176-177; GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Y.12, S.46-47, 1982, s.16-22; KIZILYEL, Serkan: "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, 1. Baskı, Ankara 2008, Ankara Barosu Yayınları 2008, s.233; KAPLAN, Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 2004, S.19/1, s.188-192; BİRTEK, Fatih: "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", agm.; GÖZÜBÜ-YÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. 1, age., s.845-848.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

zararlar dolayısıyla mağdur olanlar ombudsmana başvurabilirlerdi; ombudsman, **amaç, görev, tanımlar** maddelerini Kanununun lâfzı ve ruhu itibarıyla birlikte yorumlayarak, bu başvuruları kabûl edip özel hastanelere ve kamu hastanelerine başta maddî veya manevî tazminat ödemeleri olmak üzere her türlü tavsiyede bulunabilirdi.

Hattâ yukarıda savunduğumuz üzere, mağdurların yargı yolu ile birlikte veya yargı yoluna başvurduktan sonra aynı zamanda ombudsmana da gitme imkânı olsa, daha da ileri gidersek yargı yeri kararını verdikten sonra bile Kuruma başvurulabilse -yargı yeri sadece hukuka uygunluk denetimi yapabildiği için- kamu denetçisi bedensel zarara uğramış mağdur ile ilgili olayı hakkaniyet ilkesine dayanarak çözebilse hak ve adalet gerçekten yerine gelmiş olacaktır.

### SONUÇ VE ÖNERİLER

**Sonuç olarak;** eğer ombudsmandan daha etkin bir denetim bekliyorsak; Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununda bazı değişiklikler yapılmalıdır:

#### 1. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun “Başvuru ve Usulü”nü düzenleyen 17.maddesinin 4.fıkrası

Birinci önerimiz “Başvuru ve Usulü”nü düzenleyen 17. madde ile ilgilidir.<sup>85</sup>

17. maddenin 4. fıkrası Kuruma başvurulabilmesi için İdarî Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idarî başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idarî başvuru yollarının tüketilmesini zorunlu tutmaktadır.

---

<sup>85</sup> 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17.maddesinin 4.fıkrası: “...Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda öngörülen idarî başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idarî başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. İdarî başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Ancak Kurum, telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idarî başvuru yolları tüketilmese dahî başvuruları kabûl edebilir.”

Bu hüküm hem çözüm sürecini uzatmakta, hem de önceden ilgilinin talebini reddetmiş olan idarî makamı sonradan ombudsmanın tavsiyesini dinleyip mağduru tatmin edecek bir eylem veya işlemde bulunmaya zorlamaktadır, idare de bu tavsiyeye uymak istememektedir.

O halde idarî başvuru yollarının tüketilmesi şartı kaldırılmalıdır.

### **2. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17.maddesinin 3.fıkrasının (b) bendi**

İkinci önerimiz 17. maddenin 3. fıkrasının (b) bendinde yer alan hükmüdür.<sup>86</sup>

Buna göre *“Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanlar... incelenmez.”*

Halbuki ombudsman idarî yargının bir alternatifi olmayıp, tamamlayıcısıdır.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 17.maddesinin 3.fıkrasının (b) bendi: *“... (3)Yapılan başvurulardan...Yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olanlar,...incelenmez”.*

<sup>87</sup> Ombudsman (Kamu Denetçiliği Kurumu) konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: *“Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”*, agm., s.1-85; ODYAKMAZ, Zehra: *“Kamu Denetçiliği Kurumunun Erkler Arasındaki Yeri ve Yargı Yetkisinin Kullanılmasından Anlaşılması Gerekenler”*, s. 65-95, I.Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu, 03 Eylül 2013 Ankara, Ankara 01.10.2014, 144 sayfa, Afşar Matbaacılık; ODYAKMAZ, Zehra: *“Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçileri Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması Usulü”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Y.27, S.113, s.141-160, (Oğuzhan GÜZEL ile birlikte); ODYAKMAZ, Zehra: *“6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi”*, s.13-26, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım Aralık 2012, Y.25, S.103, (Yalçın BOSTANCI ve Oğuzhan GÜZEL ile birlikte); ODYAKMAZ, Zehra: *“Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu'nun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”*, s.97-110, Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset Sorunlar ve Yeniden Yapılanma (Editörler: Yüksel KOÇAK ve Atıl Cem ÇİÇEK), 1. Baskı, Ankara Eylül 2011, iv+245 sayfa, SFS Grup Yayınevi; ODYAKMAZ, Zehra: *“Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu'nun Türkiye İçin*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ombudsman uyuşmazlıkları idarî yargıdaki gibi sınırlı olarak yalnızca “hukuka uygunluk” açısından değil, “...insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden...” de inceleyecektir.<sup>88</sup>

Danıştay’ın Ombudsmanlık Kurumu Kanunu çalışmaları-mızla ilgili hazırladığı 1998 tarihli raporu hemen hemen her çalışmamızda dile getirmekteyiz.

---

Gerekliliği”, s. 209-235, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilizations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, Ankara Temmuz 2009, 264 sayfa, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency; ODYAKMAZ, Zehra: “Necessity of Public Inspection (Ombudsman) Institution For Turkey”, s. 236-264, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilizations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, Ankara Temmuz 2009, 264 sayfa, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency; ODYAKMAZ, Zehra: “The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey”, p.105-116, The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat; ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu”, s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı’nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005); ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık Kurumu (Kamu Denetçiliği Nedir?)”, TED Ankara Kolejliler, S: 109, Mart 2012, s. 52-54; ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı”, Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik, İdarî, Hukukî Değerlendirme, Y.4, S.23-24, Eylül-Aralık 1998, s.3760-3770, (Tufan ERHÜRMAN ile birlikte); ODYAKMAZ, Zehra: “Türk Hukuk Kurultayı’na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler”, s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı; ODYAKMAZ, Zehra: “Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler”, Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21; ODYAKMAZ, Zehra: “İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor”, (Röportaj), Tempo Dergisi, S.2000/39, s.26-28.

<sup>88</sup> “İnsan haklarına dayalı adalet anlayışı” için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, agm., s.23.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu bildiri de bir kez daha çok kısa bir bölümünü aynen aktarmak istiyoruz. Raporda geçen yurttaş sözcüsü o tarihlerde ombudsman yerine kullandığımız kavramdı.

Danıştay'ın raporuna göre "...Maddede, yargı mercilerinin önünde bulunan konulara ilişkin olan başvuruların incelenemeyeceği düzenlenmiştir..., bu düzenlemenin yurttaş sözcüsünün görev alanı ile yargının görev alanının çakışabileceği ve bunun sonucu olarak yurttaş sözcüsünün yargının işleyişine karışabileceği endişesiyle kaleme alındığı anlaşılmıştır.

Gerçekten yurttaş sözcüsünün yetkileri arasında, hukuka uygunluk araştırması da vardır. Yargı yerlerinin idarenin faaliyetini denetim yetkisi de, bu araştırma ile sınırlıdır.

Ancak, gerçekte, durum farklıdır. İki farklı kurumun, idarenin aynı faaliyeti hakkında, yöntemleri ve sonuçları farklı iki ayrı araştırma ve incelemeyi sürdürmesi, birbirlerinin işleyişine karışabilecekleri anlamına gelmez. Özellikle 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanununda bu tür araştırma ve incelemeye olanak sağlayan düzenlemeler vardır... (md.11)...

Yurttaş sözcüsü için de durum aynıdır. Dava devam ederken, yurttaş sözcüsü araştırma ve incelemelerinden olumlu sonuç almış ve uyuşmazlığı sona erdirmiş olabilir. Bu durumda, davanın da sona erdirilmesi gerekecektir.

Yurttaş sözcüsünün araştırma ve incelemesi sonucunda yargı yerinden farklı bir kanaate ulaşması da yargıya müdahale sayılmaz. Zira; son söz daima yargıya aittir.

Bununla birlikte; yurttaş sözcüsünün araştırma ve incelemeleri, yargı denetimiyle giderilmesi olanaklı bulunmayan bir haksızlığın saptanması durumunda, yargının idarî faaliyeti hukuka uygun bulularak davayı reddetmesine karşın, yararlı da olabilir.

Yurttaş sözcüsü, bu tür haksızlıkların giderilmesi konusunda idareyi ikna edebilir.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*Yurttaş sözcüsünün bulduğu bu çözüm, hukuka uygunluk alanında olmayacağından davanın reddi yolunda verilen yargı kararına aykırılık oluşturabilecek nitelikte değildir....”<sup>89</sup>*

### 3. Yargı yerleri ve bilirkişilik müessesesi

Üçüncü önerimize gelince: Yargı yerleri - hiç gerekmeyen durumlarda bile- hemen bilirkişiye başvurumaktadırlar.

Hâkim her zaman bilirkişiye başvurmak zorunda olmadığı gibi, gelen bilirkişi raporuna da uymak zorunda değildir.

O halde idare mahkemeleri ve Danıştay; ceza mahkemelerinin verdiği kararın, Adli Tıp Kurumu’nun, Yüksek Sağlık Şûrası’nın raporlarının etkisi altında kalmamalıdır.

Bu kararlar ve raporlar idarî yargıyı hukuken bağlamadıkları gibi fiilen de bağlamamalıdır. Çünkü idarî yargının fonksiyonu olayda kimin haklı kimin haksız olduğunu tespit etmek değil, zarar gören davacının maddî ve manevî tazminat talebinin karşılanmasına karar vermektir. İdarî yargı yeri idarenin hizmet kusurunun olup olmadığını inceleyecektir.

O halde, Adli Tıp Kurumu’nun, Yüksek Sağlık Şûrası’nın, bilirkişilerin raporları sadece “teknik konular” ile sınırlı kalmalıdır.

Hukukî konularda değerlendirme yapmak, yargı yerinin işidir.<sup>90</sup>

### 4. “Kusursuz sorumluluk” ilkesi

Kanaatimizce idarî yargı; bünyesinde risk taşıyan sağlık hizmetleri için “ağır hizmet kusuru” yerine bazı durumlarda “kusursuz sorumluluk” a göre karar vermelidir.

Zaten Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesi gereğince Türkiye bir sosyal hukuk devletidir.

<sup>89</sup> T.C. Danıştay raporu (Hazırlayanlar: Sañcar DALOVA-Zafer KANTAR-CIOGLU-Turgut CANDAN-Sinan YÖRÜKOGLU-Mehmet ÜNLÜÇAY): Adalet Bakanlığının İlgisi: 05.10.1998 tarih, B.03.0.KGM.0.00.00.01-590 sayılı yazısına cevaben T.C. Danıştay Başkanı tarafından Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğüne gönderilen Gen. Sek. 407sayılı ve 28.10.1998 tarihli Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Rapor.

<sup>90</sup> ODYAKMAZ, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, agm., s.43-44.



Sosyal devlet oluşu kusursuz sorumluluk ilkesine göre karar verme zorunluluğunu doğurmaktadır. Çünkü ağır hizmet kusurunun aranması halinde zarara uğrayanların başvurularının peşinen reddi kabûl edilmiş olmaktadır.

Yani kusursuz sorumluluğun bulunduğu hallerde genellikle ağır hizmet kusuru bulunmamaktadır, aranmasına da gerek yoktur. Önemli olan; idarenin bir eylemi sonucunda mağdur olan davacı ve/veya yakınlarının bir dereceye kadar tatmin edilmesidir.<sup>91</sup>

### 5. "Süre"nin düzenlenmediği ancak düzenlenmesi gereken durumlar

"Süre"nin düzenlenmediği ancak düzenlenmesi gereken bazı durumlar vardır.

Adli yargıda olduğu gibi idari yargıda da; teknik konularda idari yargı mercileri; konunun uzmanlarının bilgisine başvurmak ihtiyacını duymaktadırlar.

Mevzuatta bilirkişi olarak kişilere, kamu kuruluşlarına ve Adli Tıp Kurumu'na gönderilen işlerin cevaplandırılacağı azamî sürenin ne olacağı hakkında herhangi bir süre saptanmamıştır. Yargı merciine bu süreyi tayin etmesi zorunluluğu getirilmelidir.<sup>92</sup>

### 6. İspat yükümlülüğünün davacıda olması

İspat yükümlülüğü yalnız davacıda olmamalıdır.

Özellikle de teknik koşullardan doğan müşterek sorumluluğun ortaya konmasının yalnız davacıdan beklenmesi uygun değildir. Tekniğin gerektirdiği bütün koşulların lâıyıkıyla yerine getirildiğini davalı taraf ispatla yükümlü olmalıdır.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.44.

<sup>92</sup> ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.45.

<sup>93</sup> ODYAKMAZ, Zehra: "İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları", agm., s.47.

**KAYNAKÇA**

- AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y.9, S. 1-3, s.11-21.
- AKYILMAZ, Bahtiyar- Murat SEZGİNER- Cemil KAYA: İdare Hukuku, 3. B., Ankara 2012, 647 sayfa.
- BAYINDIR, Savaş: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İbrahim Ongün’e Armağan, C. 10, S. 1-2, s. 551-589.
- BİLGİN, Pertev: “Kamu Hizmeti Hakkında”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y:1, S. 1, s. 113-116.
- BİLGİN, Kâmil Ufuk: “Kamu Yönetiminde Kaliteli Hizmet Anlayışı”, Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, C. I, Ankara 1995, s. 171-190.
- BİRTEK, Fatih: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Hakemli), C. II, S.3-4, Y.2007, (<http://www.turkhukuk-sitesi.com>).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusura Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç. Dr.Metin UÇAR-Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s.117-133, 235 sayfa, Yetkin Yayınları.
- ÇAL, Sedat: “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, <http://www.idare.gen.tr/cal-khdusunceler.pdf>, (10.11.2014).
- DENİZ, Yusuf: Türk İdare Hukuku Açısından Kamu Denetçiliği Kurumunun (Ombudsmanlık) Görev Alanı,

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Konya 2014, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, VII+343 sayfa.

DURAN, Lutfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

ERDENGİ, Tevfik BORA: Ombudsman: Dünya Uygulamaları ve Türkiye, Hacettepe Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2009, XXI+433 sayfa.

ERKUT, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Ankara 1990, XII+211 sayfa, Danıştay Yayınları No: 1, Danıştay Matbaası.

ERGÜN, Çağdaş Evrim: Elektrik Piyasalarında Kamu Hizmeti Kavramı ve Hukukî Rejimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, V+316 sayfa.

GİRİTLİ, İsmet- Pertev BİLGİN- Tayfun AKGÜNER: İdare Hukuku, 6. B., İstanbul 2013, 1264 sayfa.

GÖNEN, Yakup: Türkiye’de Elektrik Kamu Hizmetinin Yürütülmesi ve Lisans Usûlü, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2011, VIII+289 sayfa.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 1, Bursa 2009, XLVIII+1419 sayfa, Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. 2, Bursa 2009, LXIII+1632 sayfa, Ekin Yayınları.

GÖZLER, Kemal-Gürsel KAPLAN: İdare Hukuku Dersleri, 15.Bası, Bursa 2014, XXXII+861 sayfa, Ekin Yayınları.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref: Yönetmelik Yargı, 32. B., Ankara 2012, XXV+574 sayfa, Turhan Kitabevi.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. 1, 7. B., Ankara 2013, XXII+1037 sayfa, Turhan Kitabevi.
- GÜLAN, Aydın: Kamu Hizmeti ve Görülüş Usûlleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, II+80 sayfa.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, 10. B., xxxiv+652 sayfa, İmaj Yayınevi.
- GÜRAN, Sait: "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, Y.12, S.46-47, 1982, s.16-22.
- KÂĞITÇIOĞLU, Mutlu: "İdarî İşlemin İcraîliği", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, S. 103, s. 267-284.
- KAPLAN, Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, 2004, S.19/1, s. 173-199.
- KARAEĞE, Özge: "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yönetim ve Ekonomi, Y.2001, C.8, S.2, Celâl Bayar Üniversitesi, İ.İ.B.F., Manisa, s. 107-124.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavramsal ve Hukuksal Rejim), Ankara 2002, V+455 sayfa.
- KARATEPE, Selma: "Türkiye'de Yönetim-Yurttaş İlişkisi ve Uygulamada Çıkan Sorunlar", Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu, C. I, Ankara 1995, s. 191-207.
- KAYA, Cemil: "Kamu Hizmeti Kavramı ve Kamu Hizmeti Yürüten Özel Hukuk Tüzel Kişileri Bağlamında

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Kamu Denetçiliği Kurumunun Görev Alanı”, I. Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu Kitabı, Ankara 2013, s. 102-111.
- KAYA, Cemil: “Türk İdare Hukukunda İcraî Olmayan İdarî İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 253-284.
- KESKİN, Bayram: Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, İstanbul 2008, XVIII+257 sayfa, Arıkan Basım Yayın Dağıtım Ltd. Şti., Hukuk Dizisi:106, Yayın No:207.
- KIZILYEL, Serkan: “Sağlık Hizmeti Yönünden Hizmet Kusuru Kavramını Yeniden Düşünmek”, Terazi, Y.3, S.24, Ağustos 2008, s. 137-156.
- KIZILYEL, Serkan: “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007 Ankara, 1. B., Ankara 2008, Ankara Barosu Yayınları 2008, s. 203-240.
- ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK- İsmail ERCAN: İdare Hukuku, Son Güncel Mevzuata Göre Hazırlanmıştır, Güncellenmiş 16. B., İstanbul Mayıs 2015, XXII+467 sayfa, Themis Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., Yayın No: 498.
- ODYAKMAZ, Zehra- Ümit KAYMAK-İsmail ERCAN: İdarî Yargı, Son Güncel Mevzuata Göre Hazırlanmıştır, Güncellenmiş 11. Baskı, İstanbul Nisan 2015, XIII+528 sayfa, Themis Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., Yayın No: 224.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan), C. 2, S.1-2, 1998, s. 141-195.

- ODYAKMAZ, Zehra: “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar”, s.199-235, Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medenî Hukuk-İdare Hukuku), Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Ankara 2009, IX+235 sayfa, Mersin Barosu.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Sağlık Hizmetlerinde İdare Hukuku Bakımından Müşterek Sorumluluk”, s.165-207, VII. Türk - Alman Tıp Hukuku Sempozyumu VII. Türkisch - Deutsches Symposium Zum Medizinrecht, Tıpta İşbirliği ve Hukuksal Sorunlar Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen, Editörler(Prof. Dr. Hakan Hakeri, Prof. Dr. Henning Rosenau), Ankara - 2011, Adalet Yayınevi.
- ODYAKMAZ, Zehra: “İdare Hukuku Açısından Hasta Hakları Uygulamaları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (Üç Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir), 20 Nisan 2011, Y.2, S.5, s. 1-57.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Türkiye Adalet Akademisi'nin 10. Kuruluş Yılı Armağanı, “Adalet İçin Bilgi”, Y.4, S.14, Temmuz 2013, s. 1-85.
- ODYAKMAZ, Zehra: “6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu Çerçevesinde Kamu Başdenetçisine İlişkin Yaş Şartının Değerlendirilmesi”, s.13-26, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım Aralık 2012, Y.25, S.103, (Yalçın BOSTANCI ve Oğuzhan GÜZEL ile birlikte).
- ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği Kurumunun Erkekler Arasındaki Yeri ve Yargı Yetkisinin Kullanılmasından Anlaşılması Gerekenler”, s. 65-95,

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

I.Uluslararası Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Sempozyumu, 03 Eylül 2013 Ankara, Ankara 01.10.2014, 144 sayfa, Afşar Matbaacılık.

ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Başdenetçisi ve Kamu Denetçileri Hakkında Disiplin Soruşturması Açılması Usulü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, Y.27, S.113, s. 141-160 (Oğuzhan GÜZEL ile birlikte).

ODYAKMAZ, Zehra: “Çağdaş Bir Denetim Mekanizması Olarak Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu’nun Türkiye İçin Gerekliliği ve Diğer Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması”, s.97-110, Kamu Yönetimi, Yönetim-Siyaset Sorunlar ve Yeniden Yapılanma (Editörler: Yüksel KOÇAK ve Atıl Cem ÇİÇEK), 1. B., Ankara Eylül 2011, iv+245 sayfa, SFS Grup Yayınevi.

ODYAKMAZ, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumu’nun Türkiye İçin Gerekliliği”, s. 209-235, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilizations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, Ankara Temmuz 2009, 264 sayfa, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Republic of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency.

ODYAKMAZ, Zehra: “Necessity of Public Inspection (Ombudsman) Institution For Turkey”, s. 236-264, Medeniyetler İttifakı Alliance of Civilizations, Uluslararası İnsan Hakları Konferansı International Human Rights Conference, 21-23 Mayıs 2009/21-23 May 2009 Ankara, 2009 İnsan Haklarında Farkındalık Yılı Awareness Year On Human Rights, Ankara Temmuz 2009, 264 sayfa, T.C. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı Re-

public of Turkey Prime Ministry Human Rights Presidency.

ODYAKMAZ, Zehra: "The Role of Ombudsman Institution in Consolidating Democracy and The Draft Law on Ombudsman Institution of Turkey", p.105-116, The Role of Ombudsman Institutions in Consolidating Democracy, Proceedings of The Conference of The Ombudsmen of The BSEC Member States, İstanbul 26-27 April 2006, İstanbul 2006, 148 pages, PABSEC International Secretariat.

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık-Kamu Denetçiliği Kurumu", s.67-93, Yasama Yargı Yürütme Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu (Ombudsmanlık), Her şey Türkiye İçin, 19 Haziran 2004 Ankara Ak Parti, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu İl Başkanları I. Toplantısı'nda Verilen Konferans, [Basım yeri ve yılı yok], 110 sayfa, Parti İçi Demokrasi Hakem Kurulu Çalışmaları (2004-2005).

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık Kurumu (Kamu Denetçiliği Nedir?)", TED Ankara Kolejliler, S: 109, Mart 2012, s. 52-54.

ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsman Kurumunun Cumhuriyet Rejimine Katkısı", Yeni Türkiye Dergisi, Cumhuriyet Özel Sayısı V, Ekonomik, İdarî, Hukukî Değerlendirme, Y.4, S.23-24, Eylül-Aralık 1998, s. 3760-3770 (Tufan ERHÜRMAN ile birlikte).

ODYAKMAZ, Zehra: "Türk Hukuk Kurultayı'na Sunulan İsveç Parlâmento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler", s.487-491, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 12-16 Ocak 2000 Ankara, Felsefe, Avukatlık Hukuku, Yeni Düzenlemeler, Hukuk Eğitimi, 4, Ankara 2000, VII + 641 sayfa, Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- ODYAKMAZ, Zehra: "Ombudsmanlık Kurumu Hakkında Düşünceler", Diyarbakır Polis Okulu Dergisi, Emniyet Teşkilâtının 155. Yılı Yayını, 2000, s.18-21.
- ODYAKMAZ, Zehra: "İdareye Ombudsman Denetimi Geliyor", (Röportaj), Tempo Dergisi, Sayı 2000/39, s. 26-28.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C.I, İstanbul 1966, XXXVIII+580 sayfa, İsmail Akgün Matbaası.
- OZANSOY, Cüneyt: "Türkiye'de Kamu Hizmeti Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 46, S. 1-4, s. 87-100.
- ÖKMEN, Mustafa- Fatih DEMİR: "Kamu Hizmetinin Felsefi Temelleri ve Yeni Kamu Yönetiminde Geçirdiği Dönüşüm", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2010, C. 15, S. 3, s. 19-42.
- ÖZAY, İl Han: "Türkiye'deki Klâsik Kamu Hizmeti Anlayışı: "Çok Yaşa" ya da "A Tes Amour"', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4, 1998, s.293-295.
- ÖZAY, İl Han: Gün Işığında Yönetim, İstanbul 2002, 865 sayfa.
- ÖZSUNAY, Ergun: "Medical Liability and Liability of Health Institutions in Turkish Law", ergun.ozsunay@ito.org.tr .
- ÖZTAN, Bilge: Medenî Hukukun Temel Kavramları, 37. B., Ankara 2013, 981 sayfa.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdarî Yargı Ders Notları, Ankara 1977.
- ROUVIÈRE, Jean: "İdarî Sözleşmeler (Çeviren: Vecihî Tönük)", İdare Dergisi, Y.21, 1950, S. 205, s. 185-208.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- SARICA, Ragıp: İdare Hukuku, Çoğaltılmış Ders Notları, İstanbul 1970.
- SATI, Sevilay: “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu” başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Av.Sevilay Satı'ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.
- SEZGİNER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, 198 sayfa, Yetkin Yayınları.
- SEZGİNER, Murat: “İdarî İşlem - İcraîlik - Ayrılabilir İşlem -Yargısal Denetim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2011, C. 69, S. 1-2, s. 241-250.
- TAN, Turgut: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Kavramı”, Anayasa Yargısı, S. 8, Ankara 1991, s. 233-252.
- ÜSTÜN, Süleyman: “Kamu Harcamalarında Verimlilik ve Etkinlik”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 10, s.106-116.
- YAMAN, Murat: “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, S.18, Y.2003, s. 71-101.
- YILDIRIM, Ramazan: Türk İdarî Rejimi Dersleri, C.2, Konya 2014, xxiv+386 sayfa, Mimoza Yayınları.
- YILMAZ, Ejder: (Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006, Yenilenmiş 3. B., 783 sayfa.
- YILMAZ, Mustafa: “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sem-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

pozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 ((Yayına Hazırlayanlar: Doç.Dr.Cem BAYGIN-Yrd.Doç. Dr.Metin UÇAR-Yrd.Doç.Dr.Yusuf BÜYÜKAY), Ankara 2007, s. 135-146, 235 sayfa, Yetkin Yayınları.

T.C. DANIŞTAY RAPORU (Hazırlayanlar: Sancar DALOVA-Zafer KANTARCIOĞLU-Turgut CANDAN-Sinan YÖRÜKOĞLU-Mehmet ÜNLÜÇAY): Adalet Bakanlığının İlgi: 05.10.1998 tarih, B.03.0.KGM.0.00.00.01-590 sayılı yazısına cevaben T.C. Danıştay Başkanı tarafından Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğüne gönderilen Gen. Sek. 407sayılı ve 28.10.1998 tarihli Yurttaş Sözcülüğü Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Rapor.

T.C. DEVLET TEŞKİLÂTI REHBERİ (<http://dtr.todaie.gov.tr>).

TÜRK HUKUK LÛGATI, 4. B., Ankara 1998, Türk Hukuk Kurumu tarafından hazırlanmış, Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığınca yayınlanmıştır, XVII+582 sayfa.

TBMM KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU KANUNU TASARISI İLE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ UYUM KOMİSYONU VE ANAYASA KOMİSYONU RAPORLARI (1/626), Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2.

KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU YILLIK RAPORU, Ankara 2013.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)**- Ben değerli hocama, bu önemli ve aydınlatıcı bilgileri bize aktardığı için kendi adıma ve dinleyiciler adına teşekkür ediyorum.

Vakit geçirmeden hemen sözü Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doç. Dr. Seçkin Topuz'a bırakacağım. İntörn doktorların hastaya verdiği zarardan doğan hukuki sorumluluk konusunda bizlere bilgi verecek. Buyurun.

# İNTÖRN DOKTORLARIN HASTAYA VERDİĞİ ZARARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

*Doç. Dr. Seçkin TOPUZ*  
*Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## **Anahtar Kelimeler: İntörn Doktor, Hastaya Verilen Zarar, Hukuki Sorumluluk**

Sayın hazirun hepinizi saygıyla selamlıyorum...

Bu oturumda benim sunacağım tebliğin adı şudur:

## **İntörn Doktorların Hastaya Verdiği Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluk**

Öncelikle burada Almanya Bielefeld Bölge Mahkemesi (Landgericht) kararına konu olan bir olayı özetlemek istiyorum.

Bir tıp fakültesi öğrencisi, fakültenin son sınıfında staj öğrenimine başlar. Stajının dördüncü ayında pediatri kliniğine başlar. Önce genel pediatri bölümünde, sonra da pediatrinin K8 onkoloji bölümünde stajını yürütür.

Onkoloji bölümünde, henüz 10 aylık bir bebek hasta vardır. Bebek kemoterapi görmektedir. Kemoterapi, çocukta kansızlığa sebep olur. Bunu önleme adına çocuğa oral yoldan sıvı anti-biyotik verilir. Bunun için normal bir şırınga kullanılır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bir kaç gün sonra, bebekte yüksek ateş başlar. Bunun üzerine bölüm doktoru, ek olarak iki antibiyotik daha verilmesini uygun görür. Yalnız bu antibiyotikler, doğrudan damara veya serum şişesine katılması gerekmektedir.

Bölüm doktoru, bu kararını ve nasıl yapılması gerektiğini, ertesi sabahki devir teslim konuşmasında ilgili hemşireye bildirir.

Yapılması gereken şudur. Öncelikle çocuktan kan alınacaktır. Hemen sonra ise çocuğa damardan antibiyotik verilecektir. Bu arada oral yolla verilmesi gereken antibiyotik de ağızdan verilecektir.

Bu toplantıya stajyer doktor biraz geç kalır ve nasıl yapılacağını tam olarak anlayamaz. Hemşire, nasıl yapılması gerektiğini stajyer doktora anlatır. O da anladım der.

Hemen sonra 8.30 da, stajyer doktor, kan alma işlemine başlar. Bu arada hemşire ağızdan verilmesi gereken antibiyotiği hazırlar ve şırıngaya çeker. Daha sonra onu komidinin üzerine bırakır ve yan odaya geçer. Stajyer doktor, hemşirenin hazırladığı ve komidinin üzerine bıraktığı şırıngayı alır. Onu, çocuğun toplardamarına enjekte eder. Stajyer doktor, ağızdan verilmesi gereken antibiyotikle damardan verilmesi gereken antibiyotiği birbirine karıştırmıştır. İki dakika sonra odaya gelen hemşire, çocuğu morarmış bir halde bulur. Hemen bölüm doktoru gelir, çocuk yoğun bakıma alınır ancak, saat 12.00 da ölür.

Burada teknik bir bilgi vereyim. Alman hastanelerinde, şayet damara bir iğne vurulacaksa, şırınganın üzerinde muhakkak içeriğinin yazılması gerekmektedir. İçeriği yazılı olmayan bir şırınga, damara enjekte edilemez. Stajyer doktor, bunu dikkate almadığı için, kusurlu bulunur.

**PEKİ BÖYLE BİR OLAY BİZDE OLSA, BEBEĞİN ÖLÜMÜ SEBEBİYLE GERÇEKLEŞEN ZARARDAN KİM SORUMLU OLACAKTIR?**

**Evvela intörn doktor kimdir? Veya şöyle söyleyelim, intörn doktor, bir doktor mudur yoksa, sağlık meslek mensubu mudur? Veya bunların hiçbirisi değil midir?**

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İntörn doktor ifadesi, tıp fakültesi olan Üniversitelerin lisans eğitim öğrenimi ile ilgili yönetmeliklerinde geçiyor. Bunlar içerisinde, Ankara Üniversitesi'nin ilgili yönetmeliğinde (ANKARA ÜNİVERSİTESİ ÖN LİSANS VE LİSANS EĞİTİM ÖĞRETİM YÖNETMELİĞİ: Resmi Gazete Tarihi: 12.09.2013 Resmi Gazete Sayısı: 28763) şöyle bir tanım var. " Madde 4... ı) (Değişik:RG-14/9/2014-29119) İntörn eğitimi: Tıp ve Veteriner Fakültesi son sınıf eğitimini,... ifade eder." Şu halde, tıp fakültesinin, veteriner fakültesinin son sınıf öğrencileri intörn doktor olarak tanımlayabiliriz. Bunların içerisine, dış hekimliği fakültelerinin son sınıf öğrencilerini de dahil edebiliriz. Ancak konumuzu, tıp ve dış hekimliği fakültelerinin intörn doktorlarıyla sınırlıyoruz.

Konumuz neydi, İntörn Doktorların Hastaya Verdikleri Zardan Doğan Hukuki Sorumluluk!

### **Peki hasta nedir?**

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4.maddesine göre: "*Hasta, sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimseyi... ifade eder.*"

Şu halde hasta, herşeyden önce insandır. İnsan, Türk Medeni Kanununa göre gerçek kişidir ve kişilik haklarına sahiptir. Kişilik haklarının başlıcaları ise, kişinin hayat, vücut bütünlüğü ve sağlığıdır. Bunlara yapılan her türlü müdahale, kişilik haklarının ihlali ile neticelenir. Hatta hastaya tedavisi amacıyla yapılan müdahalelerde kişilik haklarının ihlaline girer.

### **Peki, ne zaman hastaya tıbbi müdahale hukuka uygun sayılır?**

Hemen burada, tıbbi müdahaleyi de tanımlayalım. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4.maddesi hükmüne göre: "*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimi... ifade eder.*"

Şu halde bir tıbbi müdahaleden bahsedilebilmesi için, öncelikle, bunun tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından yapılması gerekir.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Başka, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi ile ilgili mevzuata uygun yapılması gerekir.

Başka, Türk Medeni Kanununun 24.maddesi gereğince, hastanın rızasına da dayanmak gerekir. Hastanın rızası, onun aydınlatılmış olmasına bağlıdır.

**İşte tam da burada şu soru gündeme geliyor. Acaba intörn doktorlar, tıp mesleğini icraya yetkili kişi midir? Bunu derken, onların hastayı apandist ameliyatı yapabilir mi demiyorum. Değil bunları, onlara en basit olarak iğne vurabilirler mi? Onun yaralanan elini pansuman yapabilirler mi? Onun sırlarına vakıf olabilirler mi?**

Bu konuda önce uygulamada olanı, sonra da pozitif hukukumuzdaki durumu açıklamak isterim.

Sanırım üniversite hastanesine tedavi için başvurmayan yoktur. Yine intörn doktorun iğne yapmadığı veya acı verici kan alma işlemine maruz kalmayanların sayısı her halde aramızda çok azdır. Aynı durum, diş hekimliği fakültesine müracaat halinde de söz konusudur. Orada da intörn diş tabiplerinin ilk diş çekimine, kanal tedavisi ve dolgusuna kadar birçok tıbbi müdahalesine maruz kalırız.

Peki bu konuda mevzuatımız ne diyor? Temel kanun, 1219 Sayılı Kanun'dur. Diyor ki orada, Türkiye Cumhuriyeti hudutları dahilinde, her ne surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için, tıp fakültesi diploması olmak şarttır (md. 1). Bunun dışımda hiç kimse, hiçbir cerrahi müdahalede bulunamaz (md.2). Şayet tıbbi müdahale tıp alanında ayrı bir ihtisası gerektiriyorsa, bu ihtisas diplomasını alan doktor tarafından yapılması gerekir (md.23). Aynı şekilde, bir diş tabibinin tıbbi müdahalesi için de diş hekimliği fakültesinden diploması olması gerekir (md.30). Böyle bir diploması olmayan kimse, ağız ve çene ve dişlerle ilgili hiç bir tıbbi müdahale yapamaz (md.39).

Şu halde, intörn doktorlar, 1219 Sayılı kanun anlamında hekim veya diş hekimi değildir. Bu sebeple hekim olarak her hangi bir tıbbi müdahalede bulunamaz.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kuşkusuz bir hekimden tıbbi müdahalenin baştan sona tamamını kendisinin yürütmesi her zaman beklenemez. Nitekim Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 73.maddesinde: "Yatan her hastanın tedavisi tabibin tertip ve tavsiyesi üzerine ilgili sağlık personeli tarafından sağlanır. Hasta bakımı da hemşireler tarafından yapılır." denilmektedir. İlgili sağlık personelinin kimler olduğu, 1219 Sayılı Kanun'da, ilgili yönetmeliklerde (Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik), tek tek sayılmıştır. Bunlar içerisinde intörn doktor yoktur. Şu halde intörn doktor, bir hekim veya sağlık meslek mensubu veya yardımcı sağlık personeli, kısaca ilgili sağlık personeli değildir.

Öte yandan, söz konusu mevzuatta baştabipten, doktora, hemşireye hatta hastanedeki ütücüye kadar herkesin görev tanımı yapılmıştır. Bu mevzuata göre, sağlık personelinin görev tanımı içindeki bir işi bir başka kişi de yapamaz. Şu halde intörn doktor, ilgili sağlık personelinin görev tanımı içerisinde olan bir tıbbi müdahalede bulunamaz. Eğitim amaçlı olsa dahi tıbbi müdahalede bulunamaz. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32.maddesi hükmünde "*Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapılamaz*" denilmektedir.

Diyebilirsiniz ki, iyi de o zaman intörn doktorlar, stajlarında bir iğne yapmaksızın mı mezun olacaklar. Olması gereken bu demiyorum. Pozitif hukukumuzun böyle dediğini diyorum.

**Dedik ki intörn doktorun hastaya tıbbi müdahalede bulunamaz. Bulunursa, bundan dolayı onun cezai veya tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Ceza yargılaması konumuz dışındadır. Tazminat sorumluluğu gündeme gelirse, hasta, kime karşı husumet yöneltecektir? Yani hastaya verilen zarardan kim ya da hangi kurum sorumlu olacaktır?**

İntörn doktorların hastaya zarar vermesi, çoğunlukla öğrencisi oldukları Üniversite hastanelerinde gerçekleşir. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 2809 Sayılı Yüksek Öğretim

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Teşkilat Kanunu, kapsamında Devlet Üniversiteleri ve Vakıflar Üniversiteleri olarak anılan yükseköğretim kurumları ve bunlara bağlı tıp fakülteleri ile uygulama ve araştırma hastaneleri vardır. İlgili mevzuata göre, Vakıflara ait olanlar dahil tüm yükseköğretim kurumları, kamu tüzel kişisidir. Kamu tüzel kişiliğine bağlı hastanelerde de kamu hizmeti görülür.

1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür de yinelenmiştir. Anayasa'nın 40. maddesinde ise "kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır", nihayet Anayasa'nın 129. maddesinde "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükümleri yer almaktadır.

Sorumluluğun kaynağını bir sözleşmeye, vekalet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda sorumluluğun kaynağı sadece idareye atfedilen hizmetin kötü işlemesi şeklinde eylemdir. Bu eylem, hizmetin kötü veya geç işlemesi ile hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkar.

Tıbbi müdahaleler, bilgi, tecrübe, dikkat, özen gerektiren ve risk taşıyan faaliyetlerdir. Bu nedenle diğer sağlık faaliyetlerinden farklı olarak yargı organları tıbbi faaliyetlerde "ağır kusur" şartı aramışken, son yıllarda basit kusur" hallerinde de tazminata hükmetmişlerdir..

İşte, bir üniversitenin sağlık hizmetinden yararlanmak amacıyla ona başvuran hasta, tedavi sırasında bundan zarar görmüş ise, öncelikle ilgili kanun hükümlerine göre idareye başvurmak durumundadır. Bu husus, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 43.maddesinde de tekrarlanmıştır. Madde hükmüne göre:

a) *"Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve*

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

*hem de manevi tazminat davası açılabilir... "Ancak aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde;*

...

b) Aynı Kanun'un (yani, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun) 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddi ve manevi tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zimnen reddi halinde kanuni süresi içinde **idari yargı mercilerinde** dava açılması gerekir."

Bu hizmet gereği gibi yerine getirilmezse, bir hizmet kusuru sayılır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 45.madde hükmüne göre:

"c) Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası, 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesi ve ilgili diğer mevzuat uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yolu ile gerçekleştirilemez. Dava, (bu yönetmeliğin) 43 üncü maddede gösterilen usule göre, ancak idare aleyhine açılabilir. Bu personelin hukuki sorumluluğunun doğması, idare aleyhine açılacak dava neticesinde tazmin kararı verilmesine bağlıdır.

*Kamu görevlisi personelin verdiği zarar, mahkeme kararı üzerine idare tarafından tazmin edildikten sonra, müsebbibi olan sorumlu personele rücu edilir."*

Dolayısıyla, intörn doktorların öğrencisi oldukları üniversitenin uygulama hastanelerinde hastaya verdikleri zarardan dolayı, hastanenin bağlı olduğu üniversite aleyhine idare mahkemesinde tazminat davası açılacaktır.

Ancak burada şu hususu belirtmemiz gerekir. İntörn doktor, yukarıda açıklandığı üzere, o bir öğrenci olup bir sağlık meslek çalışanı değildir. Bu sebeple bir memur veya diğer kamu görevlisi de kabul edilemez. Memur kabul edilmediği için de, Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrası, 129

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

uncu maddesinin beşinci fıkrası ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13 üncü maddesi ve ilgili diğer mevzuattaki "korumadan" yararlanamaz. Ancak bu halde yine de ilgili idare aleyhine dava açılmasının sebebi, intörn doktoru denetimle görevli hekim ve diğer sağlık personelinin bu görevini gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan kusurdur. Yani, denetimle görevli diğer sağlık personelinin, bu görevini gereği gibi yerine getirmemesinden ve onların da memur sayılmasından dolayı ilgili idareye karşı dava açılmaktadır.

Peki, intörn doktor memur ve diğer kamu görevlisi kabul edilmediğine göre acaba, aleyhine doğrudan tazminat davası açılabilir mi?

Böyle bir halde, genel hükümlere göre, zarar veren intörn doktor aleyhine adli mahkemelerde dava açılabilir. Nitekim, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Kamu Görevlisi Olmayan Personelin Sorumluluğu" başlıklı 47.maddesi hükmüne göre:

" ...

*b) Kamu görevlisi olmayan personelin hasta haklarını ihlallerinden doğan hukuki sorumlulukları, genel hükümlere göre doğrudan doğruya kendilerine veya bunları çalıştıran kurum ve kuruluşlara karşı veya hem kendilerine ve hem de çalıştıranlara karşı birlikte dava açılarak ileri sürülebilir."*

Son olarak Almanya'daki olaya ilişkin mahkeme hangi yönde karar vermiştir denilirse. Elimdeki mahkeme kararı ceza yargılamasına ilişkindir. İntörn doktor, taksirle adam öldürmekten dolayı kusurlu bulunmuştur. Diğer sağlık personeline olayda bir kusur atfedilmemiştir.

Sabrınız için teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-**  
Seçkin hocama teşekkürlerimi sunuyorum. Şimdi sözü öğretim üyesi Prof. Dr. John Culhane'e bırakıyorum; *"Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında tıbbi müdahale nedeniyle bedensel zararların tazmini esasları"* konulu tebliğini sunmak üzere. Buyurun Sayın Profesör.



## ABD UYGULAMASINDA TIBBİ MÜDAHELE NEDENİYLE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ ESASLARI

*Prof. Dr. John CULHANE*

ABD’de yanlış tedavi konusu oldukça karmaşıktır, daha doğrusu 50 farklı (Columbia Federal Bölgesini de sayarsak 51!) uygulama söz konusudur, çünkü her eyaletin kendine özgü kuralları bulunmaktadır.

Bu çalışma, ABD’de yanlış tedavi hukukunun karmaşıklığı hakkında sadece birkaç noktadan bahsetmektedir. Öncelikle, konunun çerçevesini belirlemek açısından birkaç istatistiki rakamı sizlerle paylaşmak istiyorum. Kısaca belirtmek gerekirse, ABD’de yanlış tedavi konusunda çok büyük bir sıkıntı bulunmamaktadır. Burada bahsedeceğimiz davalar, tüm tazminat davaları içinde çok küçük bir yüzdeye denk gelmekte ve sağlık maliyetlerinin de çok az bir kısmını oluşturmaktadırlar. Ancak, hastane çalışanlarının sebep oldukları yaralanmalarla ilgili ciddi sorunlar bulunmaktadır.

Daha sonra, iddiaların iki temel dayanağı hakkında biraz konuşacağız -hekim kaynaklı (ya da hekimin çalışanları kaynaklı) yanlış tedaviler ve bilgilendirilmiş onamın yapılmamış olması. Ayrıca, göreceğiniz üzere, genellikle bir davada, sonradan açıklayacağım sebeplerden ötürü, bunların ikisini bir arada görüyoruz.

Daha sonra da bu çalışmada, ekonomik olmayan kayıpların tazminine üst sınırlar getirilmesi ile sonuçlanan haksız fiil

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

reformunun sadece yanlış tedaviler sonucunda ortaya çıkan tazminatlara getirilen sınırlamaları hakkında konuşacağız. Bu sınırlamaların gelecekte ne gibi dramatik etkileri olabileceği konusunda sizlere örnekler vereceğim. Ayrıca yine bu konu ile ilgili olarak, toplu ödeme ile taksitle ödeme arasındaki farkları tartışacağız. Yapılan bu yasal değişikliğin aynı zamanda tazminatı bozucu ve belki de daha en baştan dava açılmasını engelleyici bir etkisi bulunmaktadır. Bu uygulama, birzandan açıklayacağım üzere haksız fiil hukukunda da yer almamaktadır.

Son olarak da, ortak hukukta yanlış tedavi hakkında yapılan ve zarar gören tarafın lehine olan bir değişiklik olan şans kaybı teorisinin ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında sizlere bilgi vereceğim.

### Hastane Ortamında Hastaların Zarar Görmesi ve Bu İddiaların Sıklığı

Journal of Patient Safety'yi yayımlayan araştırmacıların mevcut hastane verilerini kullanarak yaptığı yeni bir araştırma, önlenabilir tıbbi hatalar nedeniyle her yıl yaklaşık 400.000 adet erken ölüm olayının gerçekleştiğini ortaya koymuştur. 2013 yılında yayımlanan bu çalışma, eski tahminler olan 100.000 - 200.000 civarı rakamlarını kullanan pek çok kişiyi şaşırttı. Araştırmacılar ayrıca yılda bu rakamın yaklaşık 10 ila 20 katı gereksiz "daha düşük" hasarların oluştuğunu da tahmin etmektedirler.

Oysa her yıl bu tıbbi hatalardan çok çok daha az sayıda yanlış tedavi davası açılmaktadır. Tahminler çok fazla değişkenlik gösterebilir de, son rakamın yılda yaklaşık 85.000 civarında olduğu düşünülmektedir. Ayrıca eyaletlerden alınan verilere göre, bu rakam her yıl düşüş göstermektedir. Örneğin, Pensilvanya'da bu yüzyılın ilk on yılının başı ile sonu arasında bu rakam 2.600 den 1.500'e düşmüştür. Bu düşüşte birzandan üzerine konuşacağımız haksız fiil reformlarının etkisi bulunmaktadır; ancak bu etki ne kadardır, belirlemek zordur.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hasta Koruma ve Ekonomik Bakım Yasası'nın (halk arasında "Obamacare" olarak bilinir), sigorta hizmetlerinden yararlananları arttırmaya başlamasından dolayı, bu rakamın artmaya başlayacağını düşünmek makuldür. Bir tahmine göre, sağlık sigorta poliçeleri borsalarının kurulduğu 2014 yılı başından itibaren 11 milyon yeni kişi sigorta sistemine dâhil olmuş ve geri kalan sigortasız 30 milyonun yaklaşık yarısı da sigortalı olmaya uygun durumdadır.

Ancak dava sayısı ne kadar olursa olsun, kazanılan davaların oranı halen oldukça düşük kalmaya devam etmektedir.

### Sorumluluk Kuramları

Bütün bu tıbbi "şanssızlıklar" varken, tazminat için yasal yollar nelerdir? Prensipten olarak, iki yol bulunmaktadır: Yanlış tedavi ve aydınlatılmış onamın bulunmaması. Bu iki teorinin genellikle nasıl birbirinin içine girdiğini anlatmak için çok ünlü bir dava olan ve her birinci sınıf haksız fiil kitabında mutlaka bulunan; *Canterbury v. Spence* davasını kullanabiliriz. Bu dava 1967 yılında ABD'de görülmüş olup, aydınlatılmış onam konusunda pek çok eyaleti etkilemiş ve aynı zamanda da ihmal konusuna yaklaşımda da etkin bir yol ortaya çıkartmıştır.

Bulgular kısaca şöyledir: Genç bir adam sırt ağrısı çekmektedir ve doktoru bu ağrıyı geçirmenin en iyi yolunun laminektomi adı verilen ve omurilik kanalını genişleterek omurilik ve sinirler üzerindeki baskıyı azaltan bir yöntem olduğuna karar verir. Genç adam bu yöntemi kabul eder, ancak kendisine bu yöntemin felç riski içerdiği bilgisi verilmemiştir. Ameliyat sonrasında hastane odasında yanında refakatçi olmadan bırakılıyor ve düşüyor. Bu olaydan kısa bir süre sonra -saatler içerisinde- aşırı derecede bir felç geçiriyor. Ve buradaki sorumluluk şu: Ne oldu ve bu sonuç birisinin hatasından dolayı mı gerçekleşti?

Dava incelediğinde bu duruma neden olabilecek dört olası neden olduğu görülmektedir: bunlardan ilki söz konusu operasyon yapılırken gereken özenin gösterilmeyerek ihmalin bulunması; ikincisi, denetim eksikliğinin (tartışmalı bir konu)

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hastanın düşmesine neden olduğu; üçüncüsü, söz konusu yöntemin, en iyi şekilde yapılırsa bile hastaya açıklanmamış olan yüzde birlik bir felç riski taşıyor olması ve dördüncü de, hastanın mevcut hastalığının doğal ilerlemesi sonucu söz konusu felcin ortaya çıktığıdır.

Şimdi bu birkaç olası nedeni, olası tazminat teorileri ile ilintilendirebiliriz. Belli ki, felcin nedeni sadece altta yatan hastalık durumu olsaydı, herhangi bir sorumluluk olmayacaktı. Ancak felcin operasyondan ve genç adamın yere düşmesinden bu kadar kısa süre sonra ortaya çıkması göz önüne alındığında, bu pek de olası bir durum değildir. Eğer felç, operasyonda bulunan bir ihmal ya da bir denetçinin hatası nedeniyle gerçekleşmişse, bu durumda açık bir ihmal davası söz konusudur; ya doğrudan bir yanlış tedavi ya da hastane protokolünde bir hata bulunmaktadır. Her iki durumda da sorumluluk söz konusudur.

Ancak, eğer söz konusu felcin nedeni, operasyon başarılı olmasına rağmen küçük ancak istatistiksel olarak mümkün olan bir olasılığın ortaya çıkması ise, sorumluluk ancak mahkemenin bilgilendirilmemiş onam teorisini uygulaması halinde -- ki Canterbury v. Spence davasında da mahkeme aynen bunu yapmak suretiyle haksız fiil kuramında yeni bir kaide yarattı-- mümkündür.

Davacıların benzer davalarda hem yanlış tedavi hem de bilgilendirilmiş onamın olmadığını iler sürmeleri bu nedenledir -- çünkü dosya hazırlanırken davacının nasıl bu hasarı aldığı konusu genellikle belirli değildir. Pek çok iddiada bulunarak, davacının yaralanmasına tüm olasılıklardan tam olarak hangisinin neden olduğunun saptanması esasa ilişkin inceleme aşamasına bırakılmaktadır.

Yanlış tedavi iddiasında bulunabilmek için, davacının; söz konusu sağlık çalışanının (bu terim sadece doktorları kapsamamaktadır), kendisi ile aynı alanda çalışan bir rakip sağlık çalışanından beklenen standart ilginin kendisine sağlanmadığını göstermesi gerekmektedir. Burada belirtilmesi gereken

önemli bir nokta var; doktorlar diğer sanıkların - hatta diğer profesyonellerin - yararlanamadıkları bir yasadan yararlanmaktadırlar. Doktorlar, genel geçer teamüllere uygun olarak davrandığı (ve dikkatsizce davranmadığı) sürece, söz konusu davranışları makul olarak kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, teamülün kendisi makul ise, mahkemeler onun yerine kendi hükümlerini koymayacaklardır. Bunun yerine, tıp mesleğine saygı göstereceklerdir. (Belirli bir tıbbi durumun nasıl ele alınması konusunda birbirine rakip okullar olsa da, bu hukuki “güvenli liman” sistemi, söz konusu doktorun yaklaşımı, yeterli derecede uygulama ve kanıt tabanlı hekimliği olan, “saygıdeğer” bir okula ait olduğu sürece geçerlidir.) Çoğunlukla, yanlış tedavi davaları bir “uzmanlar savaşına” dönüşürler. İki taraf da, soru sorulması durumunda otorite olarak konuşabilecek yeterli altyapıya sahip kendi nitelikli uzmanlarını mahkemeye getirirler ve sonrasında da ortaya çıkan standart bakım ve nedenlerle ilgili çapraz sorgu yağmurunu yönetmeye çalışırlar. Ancak çok az davada, böyle bir savaş olmaz. Bu davalar “her şey ortada”nın havalı Latince deyişiyle “res ipsa loquitur” davalardır. Eğer bir doktor hastanın yanlış bir yerini ameliyat ederse, ya da vücut içerisinde sünger ya da cerrahi bir alet bırakırsa, bu durumda dava basittir ve doktora (ve sigorta şirketine) anlaşmaya gitmeleri tavsiye edilir.

Aydınlatılmış onam teorisi üzerine kurgulanmış bir davayı kazanmak, bir yanlış tedavi davasını kazanmaktan daha zordur. Aydınlatılmış onamın temel prensibinin hastanın fiziksel otonomisini ve onurunu korumak olmasına rağmen, mahkemeler doktrinin bu hedeflerine rutin olarak gölge düşürmektedirler. Öncelikle, hastaya açıklanmayan bu bilginin, özellikle bu kişi için değil, makul her kişi için önemli olmasını istemektedirler. Buna açıklamanın önem standardı adı verilmektedir. Sonrasında, bu açıklanmamış bilginin, açıklansaydı hastanın fikrini değiştirip değiştirmeyeceği sorgulanarak hastanın kendi kaderini tayin hakkına gölge düşürülmektedir. Ve burada yine, pek çok eyalet objektif olarak makul bir kişinin aksine karar verip vermeyeceğini sorgulamaktadır. Neden? Çünkü mahkemeler, aksi takdirde hastaların mesela yüzde birlik bir

felç riski olduğunu bilseydim, ben bu operasyonu yaptırmazdım demelerinden ve de jürinin de onlara inanmasından korkuyorlar, çünkü hasta risk gerçekleştikten sonra gerçekten de böyle düşünüyor olabilir.

Ben ve pek çok ortak yazar aydınlatılmış onam konusunun değişik ülkelerde (Birleşik Krallık, Tayvan, Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada) nasıl ele alındığını karşılaştırmalı olarak inceleyen hukuki makaleler yazdık. ABD modelinin -geriye dönük nedensellikten uzak duran- anlayışını korurken, makul bir insanın bu durumda ne yapacağına karar verilirken, davacının kendi durumunun geniş ölçüde dikkate alındığı Kanada modelini en başarılı model olarak bulduk. Hastanın, söz konusu bilgi kendisinden saklanmayıp iletilmesi halinde farklı bir karar verip vermeyeceği konusunda karar verilirken, Kanada yaklaşımı, sadece hastanın tıbbi durumuna bakılarak (ABD’de olduğu üzere) değil, aynı zamanda sosyo-ekonomik koşulların daha geniş bir biçimde ele alınmasına izin vermektedir. Bu yaklaşım pek çok seçeneği olan zengin bir kişi için makul olan bir şeyin, daha büyük zorluklar çeken farklı bir kişi için daha farklı olabileceğinin farkındadır.

Sorumluluk Teorilerinden Tazminata - Yasal Değişikliklerin Etkisi

Davacının bir tazminat talebi olduğunu varsayarsak, bir sonraki soru şu olacaktır: Ne kadar ödeme yapılacak ve hangi zarar kategorilerine ödeme yapılacak? Bazıları tazminat ödenecek konuların ücret kaybı ya da hastane faturaları gibi sabit rakamlarla ifade edilebilecek şeyler olması gerektiğini düşünebilirler. Tazminatlar konusu elbette oldukça geniş olabilir, özellikle de yanlış tedavinin sonucunda ciddi ve uzun süreli sakatlıklar ortaya çıkarsa.

Elbette ki, yanlış tedavi sonucunda ortaya çıkan “kaybın” rakama dökülmesi çok daha zor, belki de imkânsızdır ama daha az gerçek değildir. Bizler burada hukukun “acı ve ıstırap” olarak kabul ettiği şeyleri konuşuyoruz. Acı, rakama dökülemese de anlaşılması kolay bir şeydir. “İstırap” ise ge-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nellikle, tam olarak iyileştirilemeyen, sıkıntılı bir yaşamı uzun bir süre yaşamak tanımlanmaktadır. İşte haksız fiil kuramının “davacıyı kazadan önceki durumuna getirme” fikri burada başarısız oluyor. Belki de parasal zararlar söz konusu olduğunda hukukun kurbanın yanında olduğunu ve bu tür zararların tazminata uygun olduklarını söylemek daha doğru olacaktır.

Ancak bu çeşit hasarların rakama dökülmesinin olanaksızlığı göz önüne alındığında, bu zararların aşırı kabul edilebileceği bir nokta var mıdır? Genel hukuk mahkemelerinin her zaman davacının tazminatının aşırı olduğuna kanaat getirerek düşürme anlamına gelen Latincesi “remittur” olan yetkisi vardır. Bazen bu yetkiyi bir hesaplama hatasını ya da açık bir kuralın uygulamasındaki hatayı düzeltmek için kullanmaktadırlar ancak keyfi olarak da kullandıkları görülmüştür (Bu problem cezai tazminatlarda daha doğrudur, ancak tamamen doğru da değildir. )

Günümüzde, eyaletlerin çoğu yanlış tedavi sonucunda hak kazanılan tazminat tutarlarına üst sınır uygulayan kanunlar yürürlüğe koymuşlardır. Bu bir “özel layiha” tipidir, eğer isterseniz, yalnızca yanlış tedavi davalarının birçoğuna uygulanabilir ve diğer kategorilerde yer alan haksız fiil sanıklarına göre, sağlık çalışanlarını korumaktadır. Bu sınırlamalar değişkenlik göstermektedir, ancak genellikle bir milyon doların yarısından az oldukları söylenebilir. Bazen bu sınırlamalar -olması gerektiği üzere- enflasyona endekslenirken, bazen de bu yapılmamaktadır. Genel olarak, bu sınırlamalar sadece rakama dökülmeleri imkânsız olan, ekonomik olmayan zararlar -manevi zararlar- için uygulanmaktadır ancak birkaç eyalette, uzun süreli bakım gibi, uzun bir hayat süresinde on milyonlara çıkabilen masraflar da dâhil olmak üzere tüm zararların bir araya toplanması kabul edilmiştir.

Indiana hukuku analiz için iyi bir model sağlamaktadır, çünkü eyaletlerin yanlış tedavi tazminatlarının üstesinden gelmek için kullandıkları birkaç değişik yol hakkında tartışmaya izin vermektedir. Öncelikle ister ekonomik olsun, ister olmasın tüm tazminat tutarları için belirlenen toplan üst sınır 1,25 mil-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yon dolardır. Bu sınır pek çok durumda yeterli olacaktır, ancak uzun süreli engellilik durumlarının olduğu daha ciddi durumlarda yetersiz kalacağı aşikârdır. Bunun sonucunda da tazmin edilemeyen bakım tutarları ya ailenin üzerine, ya da ailenin yeterli kaynağı bulunmuyorsa, toplumun üzerine kalmaktadır. Kanunun ihmali olan taraf üzerinden söz konusu masrafları neden bu şekilde dışsallaştırılmasını istediği konusu açık değildir, ancak kanun aynen bu şekilde işlemektedir.

Yasa ayrıca sanık başına da 250.000\$'lık bir sınırlama getirmektedir. Gördüğünüz üzere, eğer söz konusu davada beş adet sanık bulunmuyorsa, bu davacının - tüm verilen limiti alabilecek durumda olsa bile - açığa düşmesine neden olabilir, bu nedenle Indiana'da Hasta Tazminat Fonu adında bir fon kurulmuştur. Bu fon, doktorların yaptırımları gerekli olan sigortalarına eklenen bir ücret tarafından finanse edilmekteydi ve bu nedenle de bir risk-sahipleri havuzu ortaya çıkmaktadır.

Özetle, böylece, eyalet 1,25 milyon dolara kadarki riski, tüm risk sahipleri arasında içselleştirmektedir (yani, sağlık personelleri). Söz konusu ücret küçük olduğundan, doktorlar üzerindeki etkisi de çok mütevazıdır. Ancak söz konusu tazminat tutarı 1,25 milyon doların üzerine çıktığında, bu rakamı kamu ödemektedir.

Yine, pek çok eyalet ekonomik kayıplar için bu şekilde bir sınırlama getirmemektedir. Aynı zamanda, bazı eyaletlerde tazminat sınırlamalarına; eyalet anayasalarında bulunan güvencelerin ihlali gerekçe gösterilerek başarılı bir şekilde karşı çıkmıştır.

Artık periyodik ödemeler söz konusudur. Tazminatı belirlenmiş bir süre içerisinde ödeme fikri bir yeniliktir, çünkü genelleme yapmak gerekirse; aile hukukunda bulunan nafaka ödemeleri dışında, mahkemeler bir kere hüküm verildi mi, taraflar üzerindeki yargı yetkisinden vazgeçmek eğilimindedirler. Toplu bir ödeme, mahkeme için sorunu kesin olarak çözmek için en sağlam yoldur. Elbette ki, bu tarz ödemelerde varsayımlar mutlaka önemli yer tutmaktadırlar. Duruşma sü-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

resince, davacının hayatının nasıl değişeceği konusunda fikir yürütmek oldukça zordur ve ekonomistler de bunu çözmeye çalışmaktadırlar. Oysaki miktar belirlendiğinde bu genellikle davanın sonu anlamına gelmektedir. Ancak, yanlış tedavi davalarına her geçen gün artan bir şekilde farklı bakılmaya başlanmıştır. Ana hatlarıyla söylemek gerekirse; kanunlar, toplam tazminatın belirli bir oranın gelecekte ödenmesini sağlayabilirler. Genellikle, bu tarz periyodik ödemeler iki farklı kategoride incelenmektedirler:

1. Gelecekte devam edecek olan tıbbi bakım ya da uzun süreli bakım ve
2. Davalının davranışları nedeniyle, davacıda ortaya çıkma riski bulunan bu durumun gerçekleşip gerçekleşmediğinin takibinin gerektiği, tıbbi takip durumu.

Ancak, davalıların periyodik ödemeler yapma talepleri aşırı durumlara da yol açabilmektedir. Missouri'de bir davada, mahkeme ödemelerin 50 yıla bölünmesine ve yıllık sadece %0,75 faiz oranına hükmetmişti. Eyalet yüksek mahkemesi dosyayı tekrar alt mahkemeye yollayarak, ödeme yıllarında düzeltme (daha kısa bir süre ve daha yüksek ödemeler) ve daha yüksek bir faiz oranına karar verilmesini istemişti.

### Hayatta Kalma Şansının Kaybı Nedeniyle Sorumluluk

Üzerine konuşacağımız son konu şans kaybıdır. Bu konudaki tipik vakalar gecikmiş teşhisler, her zaman olmamakla beraber kanser hastalıklarıdır. Hasta öldüğünde, bazen geride kalanlar dava açabilmektedirler. Ancak buradaki sorun, hastanın zaten, bazen de çok yüksek bir olasılıkla, her ne olursa olsun öleceği riskinin bulunmasıdır. Peki, böyle bir belirsizlik durumunda, hukuk nasıl davranmalıdır?

Bu çalışmada daha önce tartışılan, eyaletlerin sorunları çözmek için kanunlar yürürlüğe soktukları tazminat sınırlamalarının aksine, bu alandaki gelişmeler genellikle genel hukuk içerisinde cereyan etmiştir. Bu gelişmeden dolayı, hiç şüphesiz, doktrin pek çok eyalette hasta (ve ailesi) lehine gelişme göstermiştir.



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Aslında, pek çok eyaletteki kural basitti: ihmal nedeniyle yanlış tanı konulduğu zamanda, hastanın yaşama şansı %50'den fazlaysa, tam haksız ölüm tazminatına hükmedilir; eğer söz konusu şans %50'den düşükse, herhangi bir tazminata hükmedilmezdi. Bu ya hep ya hiç sistemi savunulabilirdi, çünkü şu soru sorulabilirdi: Ölüme daha çok ihmal neden olmadı mı? Davacının, söz konusu hatalı teşhis konulmasaydı bile yüksek olasılıkla ölmeyecekse, o zaman bu sorunun cevabı hayırdır.

Ancak son yıllarda, mahkemeler bu yaklaşımı hak ettiği eleştirileri yapmaya başladılar. Sonuçta, hastanın %50'den yüksek olasılıkla ölmesi beklenen bazı davalar varken, hastanın %50'den yüksek olasılıkla yaşaması beklenen davalar da bulunmaktadır. Ve bu kuralın bir sıkıntısı da bazı uzmanları cezalandırırken (kurtulma şansı çok düşük olan kanser türleri ile uğraşan uzmanlar gibi) kurtulma şansı yüksek olan kanserlerle ilgilenen uzmanları korumaktadır.

Bu konudaki son yaklaşım, şans kaybını, bir yaralanma gibi kabul etmek ve kaybedilen orana bağlı olarak tazminata hükmetmek şeklindedir. Bu genellikle davacının tüm zararlarını olmasa da, hiç bir şey almamak yerine, bir miktar tazminat alması anlamına gelmektedir. Ve bazı mahkemeler daha da serbest bir yaklaşım uygulayarak, jürinin, tazminat tutarına karar verirken, söz konusu fırsat kaybını bir delil olarak kabul etmesine izin vermektedir. Bu yaklaşımın; sağ kalma oranları, kanser vakalarının sayısı, hastalıkların hangi aşamada tespit edildikleri (ya da tespit edilemedikleri) ve davacının psikolojisinin kendine has özellikleri gibi değişkenleri olduğundan zorlukları bulunmaktadır.

### Sonuç Kanaatleri

Genel olarak, yanlış tedavi davalarındaki davacılar sürecin hemen her aşamasında zorlu engellerle karşılaşmaktadırlar. İstatistikler de bu sonucu destekler niteliktedirler. Zorlukların nedenleri bu çalışma içinde tartışılmıştır. İhmalin tesis edilmesi teamül kuralları yüzünden zorlaşmıştır. Aydınlatılmış onam



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

doktrini, temel gerekçelerinin öngördüğü kadar yardımcı değildir. Üst sınırlamalar sadece tazminat tutarlarını azaltmakla kalmıyor, aynı zamanda avukatların daha en baştan davayı alma olasılıklarını da (dava avukatlarının genellikle kazanılan tutarın belli bir yüzdesini alarak çalışıyor olmaları ve daha küçük bir potansiyel tazminatın, avukatların daha az para kazanmaları anlamına gelmesinden dolayı) azaltmaktadır. Bu konudaki ufak bir teselli, doktrinin hastalar lehine gelişmekte olduğu, şans kaybı konusundadır.



## COMPENSATION FOR MEDICAL MISADVENTURES: THE U.S. EXPERIENCE

*Professor John CULHANE*

Medical malpractice law in the U.S. is unruly –more accurately, it is unruly in fifty ways, because each state has its own, idiosyncratic law (and so does the District of Columbia, giving the number 51!).

This paper emphasizes just a few points about the complexity of U.S. medical malpractice law. First, I will provide a few statistics that will put the issue into context. In brief, there is no huge problem with medical malpractice liability in the U.S. These cases comprise a very small percentage of all tort claims, and a very small part of health care costs. But there *is* a big problem with injuries caused by health care workers in hospital settings.

Next, I will discuss the two primary bases for claims – medical malpractice for injuries caused by the physician (or others working for the MD), and the failure to provide informed consent. As we will see, often these two theories are present in the same case, for reasons to be explained.

Next, the paper takes on the subject of tort reform that has resulted in damage caps on non-economic loss, focusing only on the caps that are in place for medical malpractice. Examples will be adduced to show how dramatically these caps can affect future recovery. On a related note, I will discuss the move from

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

a lump sum payment once a verdict is reached to a schedule of periodic payments. This statutory change also has the effect of diluting recovery and perhaps making it less likely that claims will be brought in the first place. It is also unusual in tort law, as I will explain.

Finally, I will discuss one common law modification to medical malpractice liability that has actually aided injured parties – the emergence and development of loss of a chance theory.

### *Injuries to Patients in the Hospital Setting, and the Incidence of Claims*

A recent study by the researchers publishing in the Journal of Patient Safety used available hospital data to estimate that 400,000 premature deaths occur each year because of preventable medical errors.<sup>1</sup> The study, which was published in 2013, was startling to most people, who had been using older estimates of 100,000-200,000. The researchers also estimated that something on the order of 10 to 20 times that number of needless “lesser” harms result annually.<sup>2</sup>

Yet there are far, far fewer malpractice claims filed each year than there are medical errors. Though estimates vary widely, one recent number was something on the order of about 85,000 per year.<sup>3</sup> And the number is falling, based on data from states that provide it. For instance, in PA the number dropped from 2,600 to about 1,500 from the beginning to the end of the first decade of this century.<sup>4</sup> Some of this decline is because of the tort reform laws I will be discussing; how much, it is hard to determine.

---

<sup>1</sup> John T. James, A New, Evidence-Based Estimate of Patient Harms Associated with Hospital Care, 9 J. Patient Safety 122 (2013).

<sup>2</sup> Id.

<sup>3</sup> Sabriya Rice, Harmed in the Hospital? Should You Sue?, CNN, March 24, 2011 (citing statistics provided by the Kaiser Family Foundation for 2009).

<sup>4</sup> Steve Twedt, Medical Malpractice Suits Drop but Take a Toll, Pittsburgh Post-Gazette, July 18, 2010, available at [www.post-gazette.com/pg/10199/1073354-28.stm](http://www.post-gazette.com/pg/10199/1073354-28.stm)

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

There is some reason to think the number will begin to expand, as the Patient Protection and Affordable Care Act<sup>5</sup> (popularly known as “Obamacare”) begins to make insurance available to more and more people. By one estimate, about 11 million are newly insured since the beginning of 2014, when the health exchanges were created;<sup>6</sup> and about one-half of the remaining 30 million uninsured are eligible to be insured.<sup>7</sup>

No matter the number of suits, though, the percentage of cases that succeed is, and is likely to remain, quite low.

### *Theories of Liability*

With all these medical “misadventures,” what are the legal routes to recovery? Principally, two: medical malpractice and a failure of informed consent. To illustrate how these two theories often mesh, we can use a very famous case, *Canterbury v. Spence*,<sup>8</sup> which is a staple of every first-year torts book). This is a 1967 case from the D.C. that has come to be very influential in many states on the law of informed consent, but it also turns out to provide a good way of looking at negligence itself.

The facts, in brief, were as follows: A young man was experiencing back pain, and his MD decided that the best way to relieve that pain was through a procedure called a laminectomy, which enlarges the spinal canal to relieve pressure on the spinal cord or nerves. He agreed to the procedure, but was not told of the risk of paralysis. After the surgery, he was left unattended in his hospital room, and fell. Shortly thereafter –within hours – he experienced an extreme version of paralysis. And the question is: What happened, and was the result anyone’s fault?

---

<sup>5</sup> Public Law 111-148 (2010)

<sup>6</sup> Rachel Garfield and Katherine Young, *Adults Who Remained Uninsured at the End of 2014*, Kaiser Family Foundation, Jan. 2015, available at: <http://files.kff.org/attachment/issue-brief-adults-who-remained-uninsured-at-the-end-of-2014>

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

As the case developed, there were at least four possible causes of the problem in this case: first, the procedure might have been negligently performed; second, the lack of supervision that (arguably) led to the fall; third, the procedure itself, even though *skillfully* performed, because of the undisclosed one-percent risk that paralysis could occur even in that case; and fourth, the natural progression of the underlying condition.

We can now tie these several possible causes into the possible theories of recovery. Obviously, if the paralysis were simply the culmination of the underlying disease state, there would be no liability. But that is unlikely given how soon after the operation and the fall the young man became paralyzed. If the paralysis was caused by a negligent operation or by the failure to supervise, then we have a clear case of negligence; either straightforward medical malpractice or a failure of hospital protocol. In either case, liability would be proper.

But if it the paralysis was the result of the small but statistically possible chance that the skillful operation was responsible, then liability is only proper if the court adopts a theory of informed consent -- which the court in *Canterbury v. Spence* did, thereby breaking new ground in tort law.

Some reflection reveals the reason plaintiffs in similar cases typically bring claims under both malpractice and lack of informed consent -- because at the time of filing, it will often be unclear exactly how the plaintiff came to be injured. By pleading several claims, it is left to the discovery phase of the case to determine exactly which of these possible causes most likely resulted in the plaintiff's injury.

To state a claim for medical malpractice, the plaintiff needs to show that the health care provider (a term not limited to physicians) has failed to reach the standard of care required of a competent health care provider in their field. One point of note in this context is that physicians receive the benefit of a legal rule that other defendants -- even other professionals -- do not. As long as the doctor acts in accordance with generally prevail-

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ling custom (and does so non-negligently), the conduct will be deemed reasonable. In other words, courts will not substitute their own judgment as to whether the custom itself is reasonable. Rather, they defer to the medical profession. (Even if there are competing schools of thought as to how a certain medical condition is to be addressed, this legal “safe harbor” of custom applies as long as the approach the doctor followed belongs to a “respectable” school; one that has a sufficient basis in practice and evidence-based medicine.)

Often, medical malpractice cases turn on a “battle of the experts.” Each side gets their experts qualified by the court as possessing a sufficient background to speak authoritatively to the issue in question, and then tries to navigate a barrage of cross-examination as to standard of care and causation. But in a few cases, there is no such battle. These are cases that go by the Latin term “*res ipsa loquitur*,” which is just a fancy way of saying that the “thing speaks for itself.” So if an MD operates on the wrong body part, say, or leaves something inside the body, such as a sponge or surgical instrument, the case is easy, and the physician (and the insurer) is well-advised to settle the case.<sup>9</sup>

It is much more difficult to prevail on a theory of informed consent than it is to win on a theory of malpractice. Although the foundational principle of informed consent is the patient’s right to physical autonomy and dignity, courts routinely compromise these goals of the doctrine. First, they require that the information not disclosed be important to a reasonable person – not necessarily to this particular patient. This is the so-called materiality standard of disclosure. Then the patient’s right to self-determination is further compromise by requiring that the non-disclosed information would have resulted in a different decision. And here again, the question most states ask is

---

<sup>9</sup> For a comprehensive summary of cases invoking the doctrine in the medical malpractice cases, see H.H. Henry, Physicians and surgeons: *res ipsa loquitur*, or presumption or inference of negligence, in *Malpractice Cases*, 82 A.L.R.2d 126 (originally published 1962, continually updated).

whether an objectively reasonable person would have made the contrary decision. Why? Because courts are afraid that otherwise patients will *say* they wouldn't have undergone the procedure had they known of, say, a 1% risk of paralysis, and the jury might believe them – because the patient might actually think it true, after the fact.

Several co-authors and I wrote a comparative law article looking at how informed consent is handled in several nations: the United Kingdom, Taiwan, the United States, and Canada.<sup>10</sup> The Canadian model we found best, as it keeps the insight of the U.S. model – fear of backward-looking causation – while allowing the plaintiff's own situation to be broadly considered in assessing what a reasonable person in that position might have decided. In addressing the issue whether the patient would have made a different decision had he or she been told the information that was not disclosed, the Canadian approach allows for consideration not only of the patient's medical condition (as the U.S. does) but also of broader socio-economic issues. This approach recognizes that what might be reasonable to a wealthy person with many options might look quite different to a person facing other, more difficult challenges.

*From Theories of Liability to Recovery – the Effect of Statutory Modifications*

Assuming the plaintiff has a claim for which recovery can be granted, the next question is: How much might be awarded, and for what categories of damage? One might think that recovery would include the kinds of damages to which we can attach a hard number, like lost wages or hospital bills. These can of course be quite extensive, especially in the case where the malpractice causes serious, long-term disability.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Toward a Mature Doctrine of Informed Consent: Lessons from a Comparative Law Analysis, 1 British J. Am. L. Stud. 551 (2012).

<sup>11</sup> If death is the result, then in the U.S. and other common law countries, for instance the U.K., then recovery is based not on the common law but on what are called the wrongful death and "survival" statutes. That's because the common law, oddly, did not recognize the death of a person as



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Of course, much of the “damage” caused by medical malpractice is much harder, perhaps impossible, to quantify – but it is no less real. Here we refer to what the law refers to as “pain and suffering.” Pain is easy to understand, if hard to quantify. “Suffering” is the often long-term consequence of living in a diminished condition that can’t be fully remediated, if it can be helped at all. And here the tort idea of “restoring the plaintiff to the pre-injury position” fails. It is perhaps more accurate to say that money damages are the way that the law stands with the victim, and recognizes the injury as one for which compensation is appropriate.

But given the impossibility of quantifying such damages, is there a point at which these damages can be excessive? Common law courts have always had the power of *remittur*, which is a Latin word to state that plaintiff’s compensation was excessive, and must be reduced. Sometimes *remittur* is to fix a purely computational error, or to correct a mistake in applying a clear rule, but at other times it has seemed arbitrary. (This problem was more true of punitive damages, but not completely.)

Today, a majority of states have enacted laws that apply damage caps to medical malpractice awards. This is a kind of “special pleading,” if you will, that applies in many cases *only* in medical malpractice cases and therefore favors medical providers over other categories of tort defendants. The amounts of these caps can fluctuate substantially, but it’s fair to say they are usually less than half of one million dollars. Sometimes the caps are indexed to inflation – as they should be – but sometimes they are not. In general, these apply only to non-economic damages – pain and suffering, which is the only kind of da-

---

an actionable injury; and the action that a person had “died” when the plaintiff or the defendant did. Today, the actions “survive” – so the estate gets whatever claim the now-dead “person” had; and the wrongful death action recognizes that the death is also an injury to the family, which is compensated for the pecuniary loss suffered, and, in most states, also for the emotional distress. That latter category of recovery is especially important in the case of children, whose death otherwise confers an economic – but only an economic – benefit on the parents.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

mage that is impossible to quantify – but in a few states, they apply to the aggregate of all damages, including line items such the cost of long-term care, which can run into the tens of millions over a long lifetime.

The Indiana law provides a good model for analysis, because it permits discussion about a few different ways that states have tried to deal with medical malpractice costs. First, there is a total cap of \$1.25 million on all damages – economic and non-economic.<sup>12</sup> This cap will be adequate for most cases, but obviously not for those cases involving the most serious, long-term disabilities. The net result is to shift the cost of additional, non-compensated care to the affected family or, if those resources prove inadequate, to the public. It is not clear why the law requires that costs be externalized from the negligent parties in this way, but that is precisely what the law achieves.

The law also imposes a limit of \$250,000 per provider.<sup>13</sup> As you can see, this might leave a plaintiff in a shortfall situation – even taking the overall limit as a given – if there are not five available defendants, so Indiana has created something called the Patient Compensation Fund. This is funded by a surcharge to the insurance paid by doctors in obtaining their required coverage, and therefore establishes a pool of risk-creators.<sup>14</sup>

In sum, then, the state internalizes the risk up to the \$1.25 million, at least among all risk-creators (i.e, health care providers). As long as the surcharge is small, the effect on physicians is likely modest. But as to any amount above \$1.25 million, it is the public that pays.

Again, most states do not limit recovery for economic losses in this way. Also, in some states damage caps have been successfully challenged as violating guarantees, under state constitutions, of access to the courts.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ind. Code Ann. 34-18-14-3 (2015).

<sup>13</sup> Ind. Code Ann. 34-18-14-3 (b).

<sup>14</sup> Ind. Code Ann. 34-18-15 (2015).

<sup>15</sup> For an analysis of cases discussing the constitutionality of such caps, see

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

A word about periodic payments is now in order. The idea of paying out compensation over a period of time is an innovation, because generally speaking courts, outside of the family law context in which support payments are in issue, prefer to relinquish jurisdiction over the parties once a case has been decided. A lump sum payment is the surest way for the court to resolve a matter with finality. Of course, one problem with such payments is that guesswork is necessarily involved. It is hard to say, at the time of trial, how the plaintiff's life is going to turn out, and economists are kept busy trying to figure this out. Once a sum is reached, though, that is usually the end of the litigation. Increasingly though, medical malpractice are treated differently. In broad outline, statutes may provide that a certain percentage of the total recovery be paid out in the future. Generally, such periodic payments usually fall into two categories:

1. On-going future medical treatment or long-term care; and
2. Medical monitoring, where the plaintiff is in a condition that is going to require periodic assessment to see whether a risk that the provider's conduct created has materialized.

The ability of providers to call for periodic payments can lead to extreme cases, though. In one Missouri case, the court allowed payments spread out over 50 years, and established an interest rate of only .75%/year. The state supreme court sent this case back to the lower court for a more realistic assessment of the number of years (fewer years at higher amounts), and a higher interest rate.<sup>16</sup>

### *Liability for Loss of a Chance of Survival*

The final topic to discuss is loss of a chance. The typical case here involves a delayed diagnosis, usually but not always of

---

Jennifer W. Terry, *Caps off to Juries: Noneconomic Damage Caps in Medical Malpractice Cases Ruled Unconstitutional*, 62 Mercer L. Rev. 1315 (2011).

<sup>16</sup> *Watts v. Cox*, 376 S.W.3d 633 (Mo. 2012).

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

cancer. When the patient dies, those left behind will sometimes sue the provider. But the problem is that there was already a chance, sometimes a high-percentage chance – that the patient was going to die in any case. So, how should the law respond in the face of this uncertainty?

In contrast to the restrictions on recovery previously discussed in this paper, where states have enacted statutes to deal with perceive problems, the developments in this area have mostly been at common law. No doubt as a result of this *judicial* involvement – the doctrine has, in many states, shifted in favor of the patient (and family).<sup>17</sup>

Originally, the rule in most states was simple: If, at the time of the negligent misdiagnosis, the patient had a greater than 50% chance of survival, the estate could recover full wrongful death damages; but if the chance was below 50%, then no recovery was possible. This all-or-nothing was defensible, because the question might be phrased this way: Did the negligence *more likely than not* cause the death? Where the plaintiff was more likely than not going to die even without the malpractice, the answer to that question is no.

But in recent years courts have given this approach the criticism it deserves. After all, there are some cases over 50% where the patient would have died, and some cases under 50% where the patient would have lived. And the rule had the effect of insulating some categories of specialists (say, those who dealt with low-survival cancers) while leading to liability in most cases of high-survival cancers.

The more recent approach is to regard the lost chance *itself* as the injury, and allow recovery according to the percentage lost. This usually means that the plaintiff recovers something rather than nothing, but not full damages. And a few courts

---

<sup>17</sup> For a general discussion of the issue, with cases collected, see John D. Hodson, *Medical Malpractice: Loss of a Chance Causality*, 54 A.L.R.4th 10 (originally published 1987; updated 2015).

have taken an even more permissive approach, allowing the jury to regard the lost chance as a piece of evidence – important but not dispositive – of the amount to be recovered. This approach has the virtue of recognizing that survival rates and odds are a moving target, given the number of cancers, the stages at which they're found (or not found), and the idiosyncracies of the plaintiff's own physiology.

### *Concluding Thoughts*

In general, plaintiffs in medical malpractice cases face daunting obstacles at almost every step. The statistics bear out this conclusion. The reasons for the difficulties have been discussed throughout this paper. Establishing negligence is made difficult by the custom rule. The doctrine of informed consent is not as helpful as its underlying justifications would suggest. Damage caps not only reduce recovery, but make it less likely that an attorney will take the case in the first place (given that plaintiffs' attorneys are generally compensated a percentage of the award; a smaller potential award means less potential payout for the attorneys). One small consolation is in the area of loss of a chance, where developing doctrine has generally moved in the direction of the patients.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-**  
Prof. Dr. John Culhane'e teşekkür ediyorum. Sözü Ankara  
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Zarife  
Şenocak'a veriyorum. Buyurun.

## AĞIR BEDENSEL ZARAR VE ÖLÜM HALİNDE YAKINLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ

*Prof. Dr. ZariŒe ŒENOCAK*

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Saygıdeğer hocalarım, saygıdeğer meslektaşlarım ve sevgili öğrenciler; benim tebliğimin konusunu ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarının manevi tazminat talebi teşkil etmektedir.

Şimdi tabii oturumumuzun konusu tıbbi müdahalelerden dolayı bedensel zararlarla ilgili olduğu için, konuyu tıbbi müdahalelerden dolayı sorumlulukla ilişkilendirmek gerekir. İlk önce kısaca bir giriş yapmak istiyorum.

Tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluk hakkında bilindiği üzere Türk hukukunda özel bir hüküm yok. Yani burada kast ettiğim tabii tazminat sorumluluğu özel hukuk anlamında. Özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada hastanın özel hastanede mi, hekimin serbest muayenehanesinde mi, yoksa kamu hastanesinde mi tedavi olduğuna göre, farklı kanun hükümleri devreye girmektedir. Eğer hekim serbest çalışıyorsa ve hasta serbest çalışan bir hekim tarafından tedavi edildiyse, Borçlar Kanunumuzun vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre; özel hastanede tedavi gördüyse, yine özel hastane işletmecisine ve hekime karşı Borçlar Kanunu hükümlerine göre; buna karşılık kamu hastanesinde tedavi gördüyse, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrası gereği kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdikleri zararlardan dolayı ilk planda

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

idareye karşı dava açıldığında, idari yargıda idareye karşı tazminat davası açılmaktadır.

Tabii ki burada hekimin eğer kişisel kusuru varsa, adli yargıda dava açılabilir. Burada idari yargıda idareye karşı açılacak davalarda, kamu görevlisinin bir hizmet kusuru söz konusu olması lazım. Yani kamu hizmetinin, sağlık hizmeti de bir kamu hizmeti; hiç işlememesi, kötü işlemesi veyahut da gecikerek işlemesi gibi bir hizmet kusuru söz konusu olması lazım. Bu hizmet kusuru olarak nitelendirilemeyecek kişisel kusurlarında ise ne yapılıyor? Adli yargıda doğrudan doğruya hekime karşı dava açılıyor. Hizmet kusuru olması durumundaysa, ilk önce idareye karşı dava açmak şart, ancak kamu görevlisinin kusuru varsa idare daha sonra kamu görevlisine rücu ediliyor.

Tabii bu kişisel kusur uygulaması Yargıtay'ımızda biraz karışık. Bu hekim sorumluluğu durumlarında bütün malpraktist olaylarında kişisel kusur olarak nitelendiriyordu hemen hemen ve kişisel kusuru şöyle nitelendiriyordu: suç teşkil eden fiilleri hekimin. Şimdi hekimin zaten bütün, yani illa kasti olması gerekmiyor, taksirle de adam yaralamaya sebebiyet verebilir. Dolayısıyla o fiilleri de aynı şekilde kişisel kusur olarak nitelendirilip, adli yargıda hekime karşı dava açılabilir kabul ediliyordu. Fakat bu durum ne yapıyordu? İdari yargının uygulama alanını daraltıyordu. Sonra Yargıtay görüş değiştirdi, fakat yine de kısmen farklı kararları var, tam netleşmiş değil. Sanırım üye değişimiyle birlikte görüş de değişiyor.

Şimdi evet, burada bütün bu durumlarda, ister özel hastanede hasta tedavi görsün, ister özel muayenehanede, hekimin özel muayenehanesinde tedavi görsün, isterse kamu hastanesinde, hemen hemen sorumluluğun şartları aynı. Hekimin kusurlu bir davranışı veya bir kusursuz sorumluluk olgusu; yani adam çalıştırmanın ya da borçlunun ifa yardımcılarını sorumluluğu gibi, 116 ve Borçlar Kanunu 66 çerçevesinde. Onun dışında tabii idari yargıda bu hizmet kusuru adını alıyor. Kusurla zarar arasında uygun illiyet bağı ve hekimle ya da hekim-



## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

le hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olup olmamasına göre de sözleşmeye aykırılık ya da hukuka aykırılık şartları gerekiyor.

Sorumluluğun şartları doğduğunda, gerek idari yargıda açılan tam yargı davalarında, gerek adli yargıda ilgili sorumlu kişiye karşı maddi ya da manevi tazminat davası açılabilir. Eğer maddi zarar söz konusuysa maddi tazminat, manevi zarar söz konusuysa manevi tazminat davası.

Şimdi bu çerçevede hangi hükümler, yani maddi ve manevi tazminat davaları dayanaklarını hangi hükümler oluşturur? Bunu ikiye ayırarak incelersek, mesela tıbbi müdahale sonucu eğer hasta ölürse veya yaralanırsa; böyle bir durumda, şimdi ölüm halinde tabii ki Borçlar Kanununun eğer bir sözleşme ilişkisi yoksa 49. maddeye göre bir haksız fiil söz konusu olacağından, burada destekten yoksun kalanlar ne yapacaktır? Bir maddi tazminat davası açabileceklerdir.

Şimdi 53. maddeye göre, 3. fıkrada ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar diyor. Dolayısıyla bu hükme dayalı olarak hastanın gerçek ya da farazi desteğinden yoksun kalanlar ne yapabilecekler? İdari yargıda hem adli yargıda destekten yoksun kalma tazminatı açabileceklerdir.

Bunun dışında ölüm halinde, bu 53. maddenin 2. fıkrası, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleriyle, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar diyor. Bir şeye dikkatinizi çekmek istiyorum. Bu 3. fıkrada ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler dava açıyor. 2. fıkrada ise, düşünün hasta hemen ölmemiş, bir yanlış ameliyat üzerine yapılan ikinci bir ameliyat, yapılan tedavi masrafları vesaire ne oluyor? Ölümden önce bu maddi tazminat ve gerekirse manevi tazminat kendi şahsında doğuyor değil mi? Ölümüyle birlikte mirasçılara geçiyor. Dolayısıyla bu 2. fıkrada sözü edilen, aslında mirasçıların isteyebileceği. Bunlar ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler olmayabilir, yani ölen kişi tarafından desteklenen kişiler olmayabilir. Dolayısıyla ikisini farklı olarak nitelendirmek lazım veyahut da tabii ki örtüşebilir de. Ölenin

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

desteğinden yoksun kalan kişiler de pekala onun miras bırakanın şahsında doğan maddi manevi tazminat taleplerinin kendisine geçtiği kişiler olabilir.

Şimdi ölüm halinde bunun dışında Borçlar Kanunumuzun 56. maddesinin 2. fıkrasına göre, ölenin yakınları ne talep edebiliyor? Manevi tazminat talep edebiliyor, ölenin yakınları manevi tazminat talep edebiliyor. Burada yakın kavramı, daha sonra da değineceğiz. Ölenin ailesi kavramından daha farklı bir kavram, ille de aile ilişkisi olması gerekmiyor. Burada hastayla ölen arasında, ölen hastayla dava açacak kişi arasında manevi tazminat iddiasında bulunan kişi arasında bir yakınlık duygusal yakınlık ilişkisi olması önemli.

Şimdi bunun dışında, evet eğer kişi hasta ölmez, fakat bir bedensel zararı söz konusu olursa, bu durumda tabii ki kendisi eğer hekim veya hastaneyle arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, ne yapacaktır? Borçlar Kanununun 112. maddesi uyarınca tazminat talep edecektir. Yoksa Borçlar Kanununun 49. maddesi uyarınca maddi tazminat talep edebilecektir.

Burada talep edebileceği bedensel zararlarsa 54. maddede sayılmış. Kuşkusuz bunu hepimiz biliyoruz. Bu haksız fiillere ilişkin bölümde yer alan hükümler, Borçlar Kanunu 114/2 gereği sözleşmesel sorumlulukla da uygulama alanı buluyor. Şimdi burada tazmini talep edilebilecek bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarılmasından doğan kayıplar.

Bunun dışında yeni Borçlar Kanunumuzda, yani bedensel zarar halinde yeni Borçlar Kanunumuzun 56. maddesinin 1. fıkrasına göre hâkim bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önüne tutarak, zarar görene uygun miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir diyor. Dolayısıyla durum ve şartları gözeterek bedensel zarara uğrayan kişi bizzatı zarar gören ne yapabilir? Manevi tazminat davası açabilir.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kuşkusuz 56. maddenin getirdiği en önemli yenilik, 2. fıkra. 2. fıkraya göre; ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun miktar para ödenmesine karar verilebilir.

Şimdi önceden Borçlar Kanunumuzun bu 56. maddeye denk gelen hükmü 47. maddeydi ve diyordu ki; hâkim bu halleri nazara alarak, cismani yani bedensel zarara uğrayan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete uygun tazminat verilmesine karar verebilir diyordu. Dolayısıyla önceki Borçlar Kanunumuzun 47. maddesinde, bedensel zarar halinde sadece zarar görene manevi tazminat talebi tanınmıştı. Buna karşılık, ölüm halinde ailesine manevi tazminat talebi tanınmıştı. 47. madde neyi içermiyordu? Kişinin ölmesi değil de yaralanması halinde, kendisi yanında yakınlarının da manevi tazminat talep edebileceği hususunu düzenlememişti. 56. maddenin 2. fıkrası hükmü buna bir açıklık getirmektedir.

Her ne kadar düzenlenmemiş olmakla birlikte uygulamada kabul ediliyordu. Fakat öğretilerde tartışmalar vardı bu hususta. Şimdi burada bir görüş, bu bedensel zarar halinde yakınların manevi tazminat talebinde bir yansıma zararının tazmini talebi olarak görüp, 47. maddenin içeriğinde düzenlenmediği için ve yansıma zararın ancak hani normu koruma amacı ya da hukuka aykırılık teorisinden hareketle tazmin edilebileceğinden hareketle reddediyordu bu yakınların manevi tazminat talebini.

Diğer görüş ise ve uygulamada da buna dahil; burada 47. madde çerçevesinde yakınların ağır bedensel yaralanma halinde manevi tazminat talebini kabul ediyordu. Şundan hareketle: Kişilik değerlerine, Medeni Kanunumuzda düzenlenmiş olan kişilik değerlerine, kişinin yaşam vücut bütünlüğü, işte sır alanı vesaire yanında, duygusal kişilik değerlerinin de dahil olduğunu kabul ediyordu. Dolayısıyla duygusal kişilik değerleri, yani bir kişinin yakınının ağır yaralanması sonucu duyduğu acı ıstırap, duygusal kişilik değerleri içerisinde ele alınıyor ve dolayısıyla böyle bir yaralanma halinde bizatihi bu yakının kişilik değeri ihlal edilmiş kabul ediliyor ve bu doğrudan zarar

olarak nitelendiriliyordu yansıma zarar olarak da değil. Bizatihi kendisinin kişilik değeri, duygusal kişilik değeri zedelendiği için. Doğrudan zarar olarak nitelendiriliyordu. Yargıtay da bu görüşteydi.

Diğer bir görüş ise, burada manevi tazminatı kabul etmekle birlikte, bunu 58 eski 49. maddeye dayandırmaktaydı aile ilişkilerinin ihlalini. 58, eski 49. maddeye dayandırmaktaydı. Şimdi yeni Borçlar Kanunumuzdaki düzenlemeyle birlikte, artık bu tartışmaların pratik önemi kalmamaktadır. Tabii ki teorik önemi devam etmektedir, yani yansıma zararın doğrudan zararın, ama sonuçta 56. maddenin 2. fıkrasında, ağır bedensel zararın halinde yakınların da manevi tazminat talep edebileceği açıkça düzenlenmiş olup, bu konudaki en azından hani talep edebilir mi edilemez mi? O tartışmalara son verilmiştir.

Şimdi burada tabii yakınları, şimdi düşünün bir hasta bir ameliyat sonucu sakat kaldı veyahut bir ışın tedavisi sonucunda yüzünde kalıcı iz veya estetik ameliyat sonucu düzelemeyen yüzde bir durum ortaya çıktı çocuğunda mesela veyahut bir doğum hekimini düşünün, işte çocuğu doğum yaptırırken ya da hemşirenin, sakat kalmasına sebep olması vesaire. Böyle durumlarda bir ölüm söz konusu değil. Ölüm durumunda zaten manevi tazminat talep edebiliyordu. Bunu ağır bedensel zarar olarak bu durumları nitelendirebiliriz. Bu tür ağır bedensel zarar durumlarında ne yapabilecek? Yakınları da artık manevi zarar talep edebilecek. Yani kişinin kendisi yanında, hani kendisi zaten ağır bedensel zarara uğradığı için, hem maddi tazminat hasta isteyecek, hem de manevi tazminat isteyecek. Bunun yanında ne yapabilecek? Yakınları da manevi tazminat talep edebilecek.

Burada sorumluluğun şartları, klasik şartlar. Yani işte zarar, kusur ya da kusursuzluk, kusursuz sorumluluk durumunu doğuran bir olgu veyahut da... Bunun yanında uygun illiyet bağı ve haksız fiil sorumluluğunun da hukuka aykırılık sözleşmeden doğan sorumluluk da, sözleşmeye aykırılık şartlarının varlığı gerekecek. Bu genel şartlar içerisinde 56. maddenin 2. fıkrası çerçevesinde, önemli olan şu özel şartlar. Birincisi, ma-

nevi tazminat talebi için yakınların, ağır bedensel zarar gerektiriyor. Yani herhangi bir bedensel zarar değil, bu zararın ağır bir nitelik taşıması gerekiyor. İkincisi ise, tazminat talep edilebilecek olan kişilerin manevi zarara uğramış olması gerekiyor. Üçüncüsü de, bu kişilerin ağır bedensel zarara uğrayan kişinin neyi olması gerekiyor? Yakını olması gerekiyor.

Şimdi ağır bedensel zarar deyince ne anlaşılacak? Tabii ki bu somut olayın hal ve şartları çerçevesinde zararın niteliğine göre değerlendirilecek bir husus. Böyle çok kısa süreli ve giderilmesi telafisi mümkün zararlar ağır bedensel zararlar olarak nitelendirilemez. Ama kalıcı ve hani nispeten uzun tedaviyi gerektiren zararlar, ağır bedensel zarar olarak nitelendirilirler. Kuşkusuz burada hâkim takdir edecektir ağır bedensel zarar olup olmadığını tespit. Bunun dışında, tabii ki bu ağır bedensel zarara uğraşan kişinin yakınlarının söz konusu olması gerekiyor. Bunların illa aile üyeleri olması gerekmiyor, aile üyesi de olabilir. Fakat bir sevgilisi ya da nişanlısı dahi olabilir. Önemli olan ağır bedensel zarara uğrayan kişiyle bu manevi tazminat talep eden kişiler arasında bir yakınlık ilişkisinin, yani aralarında bir duygusal bağın olmuş olması bazen aile üyeleri arasında da bu duygusal bağ kesilmiş olabilir. Bu durumda onların manevi tazminat talebi istemesi söz konusu olamaz.

Yalnız burada Yargıtay'ın bir kararında, tabii olayı bilmiyoruz karardan ayrıntılı özelliklerini. Aynı evde mesela oturulması sebebiyle bir kardeşi diğer kardeş ağır bir iş görmezlik durumuna uğramış, bir haksız fiil sonucu ve Yargıtay burada kardeşlerin aynı evde oturmaması sebebiyle manevi tazminata hükmetmemiş. Burada hani gözden ırak olan gönülden de ırak olur düşüncesinden hareket etmiş gibi gözüküyor, ama ben bu görüşe katılmıyorum. Yani ille de kişilerin bir yakınlık ilişkisi içerisinde olması için aynı evde oturmaları gerekmez.

Bunun dışında tabii ki yakınların manevi bir zararının söz konusu olması gerekiyor. Tabii bu manevi zararın hukuki niteliğine göre bunun tanımı değişir. Eğer siz manevi zararı bir kişilik haklarına yapılan saldırı sonucu sübjektif görüş çerçevesinde duyulan acı elem ıstırap şeklinde tanımlarsanız, burada

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bu yakınların olması gerekir, bu acı ıstırap duyması şeklinde manevi zararı tanımlarsınız. Buna karşılık eğer objektif görüş çerçevesinde hani bir kişilik değerinin ihlal edilmiş olması yeterli dersiniz, acı ıstırap duyulması gerekmez dersiniz, bu çerçevede eğer bu duygusal bağlar, duygusal aile ilişkileri, duygusal kişilik değeri olarak kabul edilirse, bunun ihlali bizatihi. Yani hani acı elem ıstırap duyulup duyulmadığına bakılmaksızın, manevi tazminatın kabulüne yol açar dersiniz. Fakat tabii ki burada ağır bedensel zarar kavramı içerisinde bu yine de tabii ve yakınlık ilişkisi içerisinde bu acı elem ıstırap duyup duymaması, manevi tazminat talep edenin çok da gözden ırak olmaz. Yani onu da dikkate alırsınız.

Ben öğle saati olduğu için kısa keseceğim.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Zarife hocama teşekkür edip, hemen sözü Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Emel Badur'a bırakıyorum. Hekimin sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan tazmin yükümlülüğü konusunda bize bilgi verecek. Buyurun.





## HEKİMİN SÖZLEŞMENİN İHLALİNDEN KAYNAKLANAN TAZMİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR*

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Teşekkürler Sayın Hocam. Ben de tüm konukları saygı ve sevgilerimle selamlayarak sözüme başlamak istiyorum. Bu arada verimli olduğu kadar uzun sürmüş bir oturumun son konuşmacısı olmanın bütün baskısını üstümde hissettiğimden emin olabilirsiniz. Mümkün olduğunca az zaman içerisinde anlatacaklarımı anlatıp, bitirmeyi amaçlıyorum. Öncelikle bu konuda içleriniz ferahlatayım isterim.

Benim bugün sizlerle paylaşacağım, üzerinde durmayı amaçladığım konu, hekimin akdin ihlalden (sözleşmeye aykırılıktan) kaynaklanan sorumluluğudur. Hekimle hasta arasındaki hukuki ilişkiye dayanak aramaya kalkacak olursak, biri ya da diğeri şeklinde, birkaç dayanak birden bulabilmemiz mümkündür. Bunlardan en yaygın olanı, doğal olarak sözleşmedir. Ben bu nedenle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu paylaşmayı ve sizlerle bu konuyu tartışmayı tercih ettim.

Hastayla hekim arasındaki hukuki ilişkinin dayanağı sözleşme dışında, başka neler olabilir? Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk olabilir. Yani sözleşmenin bir adım öncesinden kaynaklanabilir hekimin sorumluluğu. Eğer hekim hastayla yürüttüğü sözleşme görüşmelerinde herhangi bir kusurlu davranışıyla hastaya zarar verecek olursa, culpa in cont-

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rahendo adını verdiğimiz sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk nedeniyle, tazmin yükümlüsü olması çok olasıdır.

Hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu nasıl ortaya çıkar, çıkması mümkün müdür? Evet mümkündür. Özellikle hekimin aydınlatma yükümlüne ilişkin yaptığı eksiklikler, akdin kurulmasından önceye kadar uzayacaktır bizim için. Eğer bu sırada hekim, bir zarara sebebiyet verecek olursa, culpa in contrahendo sorumlusu olarak karşımıza çıkabilir.

Hekimin sorumluluğu açısından yaygın olan bir diğer sebep, haksız fiil sorumluluğudur. Eğer hastayla hekim arasında bir sözleşme ilişkisi göremiyorsak, hekimin verdiği zararları yine nereye dayandıracacağız? Haksız fiil sorumluluğuna dayandıracacağız. Son olarak hekimin sorumluluğunun bir diğer sebebi de, vekâletsiz iş görme olabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 526 ve devamı maddelerince, başkası hesabına vekâleti olmaksızın iş gören kimse, iş sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun davranmakla yükümlüdür. Özellikle hekim, varsayılan iradeye aykırı bir davranış sergilemişse, vekâletsiz iş gören sıfatıyla sorumlu olabilecektir.

Dediğim gibi, bunların içerisinde en yaygın olanı, hastayla hekim arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan durumdur. Bu durumda, bu sözleşmeye ne isim verelim meselesi hemen gündeme gelir. Doğrusunu isterseniz benim konuşma boyunca tercih edeceğim ve kullanacağım isim, "teşhis ve tedavi sözleşmesi" ismi olacaktır.

Yalnız bu teşhis ve tedavi sözleşmesinin geniş kapsamlı bir sözleşme olduğunu, bu sözleşmenin tarafının hekimin yanı sıra sağlık kuruluşları olabileceğini söyleyen bir görüş de vardır ve gayet haklıdır. Yani teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafları sadece hekim ve hastadan ibaret değildir. Benim konuşmam açısından bu sözleşmenin tarafları hekim ve hastayla sınırlandırılacaktır. Ama başka örneklere baktığımız ve sözleşmenin adını bu şekilde kabul ettiğiniz zaman, karşınıza akit taraf olarak, bir özel sağlık kuruluşunun veya bir özel hastanenin de çıkması mümkündür.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu eleştiriyi bertaraf etmek isteyenler, hekimle hasta arasındaki sözleşmeye başka bir adla “hekimlik sözleşmesi” diyorlar. Bu isim, doktrinde oldukça geçer kabul görmüş bir sözleşme adı olarak karşımıza çıkar. Ben hekimlik sözleşmesi terimini tam benimsemiyorum. Çünkü hekimlik sözleşmesi, bana sözleşmenin içeriğini yeterince yansıtmıyormuş hissiyatını veriyor. Sonuçta hekimlik sözleşmesinde de bu sözleşmenin temel amacı, hekimin yürüteceği teşhis ve/veya tedavi faaliyeti olacaktır. Bu nedenle ben, teşhis ve tedavi terimini başlığa çıkartmanın daha doğru olduğunu düşünüyorum.

Şimdi teşhis ve tedavi sözleşmesinin tanımını yapalım. Hekimle hasta ya da hastanın yetkili temsilcisi arasında yapılan, hekimin teşhis ve/veya tedavi fiilini üstlendiği, hastanın da bunun karşılığında belirli ya da belirlenebilir bir ücret ödemeyi yükümlendiği sözleşmedir. Tarafları, özellikle bu konuşma açısından sınırlandırıyorum. Taraflar bizim açımızdan serbest çalışan bir hekimdir. Hekimlik kriterlerine girmiyorum (Türk vatandaşı olmak, tıp fakültesi mezunu olmak, tabip odasına kayıtlı olmak gibi çeşitli hekimlik kriterleri var). Sözleşmenin diğer tarafı da hastadır. Hasta kimdir? Hemen belirteyim ki hastayı da oldukça geniş yorumluyoruz. Hasta bizim için, mutlaka ve sadece şifa peşinde koşan kişi değildir. Yani tıbbi bir sorunla karşılaşmış kişi, tıbbi sıkıntılar içerisindeki kişi olarak tanımlanmamalıdır.

Nerede hasta tanımına ilişkin bağlayıcı bir düzenleme bulabiliriz? Hasta Hakları Yönetmeliği’nde hasta için “Sağlık hizmetinden faydalanma ihtiyacı duyan kişidir.” denilmektedir. Kabul etmemizin önünde sakınca olmayan iyi bir tanımdır. Çünkü zaman zaman hasta dediğimiz kişi, örneğin canlı organ vericisi olarak karşınıza çıkıyorsa, hepimizden sağlıklı bir kişi olması mümkündür. Zira canlıdır, sağlıklıdır ve bu şartlar altında organ verecektir.

Şimdi sözleşmenin taraflarını da geçtikten sonra, sözleşmenin tipi veya tipikliği başlığını açıyorum. Hekimin sözleşmeyi ihlalinden kaynaklanan tazmin yükümlülüğünün, hangi hükümlere göre çözüleceği bu tespite bağlıdır. Önce sözleşme

acaba tipik midir, atipik midir? Ya da tipikse hangi tiptedir sorusuna yanıt arayalım ki; o sözleşme tipine ilişkin kuralların uygulanacağını söylemekte rahat olalım.

En az kabul görmüş görüş, teşhis ve tedavi sözleşmesinin, bir hizmet sözleşmesi olduğu görüşüdür. Hekimle hastanın arasında bir hizmet sözleşmesi olduğu ileri sürülmüşse de; bu pek kabul görmemiştir. Çünkü hekimin hastaya tabi, onun emir ve talimatlarıyla çalışan bir işçi ve hastanın da bu anlamda bir işveren olduğunun kabulü, işin hukuki niteliğine çok da uygun değildir.

Bir diğer görüş, eser sözleşmesi görüşüdür ki, bu görüş Yargıtay'ın bazı kararlarıyla da desteklenmiştir. Uygulamada özellikle plastik cerrahiye ilişkin bir operasyon karşısında ya da protez organların takılmasında, hatta diş hekimlerinin diş doldurma, diş protezi, köprü vesaire gibi sonuç garanti edilmesi söz konusu müdahalelerinde bu görüş benimsenmiştir. Bu ve benzeri durumlarda Yargıtay ve doktrin diyorlar ki, karşınızda bir eser (istisna) sözleşmesi vardır. Ama hekimlerin büyük bir grubu da bu görüşe pek sıcak bakmıyorlar. Diyorlar ki, canlı dokuyla çalıştığımız sürece, ne kadar sonuç garanti edebiliriz? Doğrusunu isterseniz ben bu eleştiriyi ciddiye alanlardanım ve eser sözleşmesinin de pek bizim sözleşmemizin niteliğine uygun olmadığını düşünüyorum.

Üçüncü görüş, hastayla hekim arasındaki ilişkinin bir vekâlet sözleşmesi olduğu görüşüdür. Doktrin görüş birliğine yakın bir düzeyde, yani çok büyük bir çoğunlukla hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin, vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi de, özellikle bu birtakım eser sözleşmesine ilişkin kararları hariç bırakacak olursak, vekâlet sözleşmesinin arkasındadır.

Vekâlet sözleşmesi aslında benim de çok uzak olduğum bir görüş değildir. Ama ben sözleşmenin tipikliği konusundaki tartışmada, bu sözleşmenin içerdiği temel edimin ne olduğunun tespitiyle işe başlanması gerektiğini savunuyorum. Bu sözleşmenin temel edimi, biraz sonra unsur olarak da karşımı-

za çıkacak, teşhis ve tedavidir. Bu bizim açımızdan herhangi bir kanunda düzenlenmiş bir unsur mudur? Hayır.

Sözleşmemiz tipik olmak zorunda mıdır? Sözleşmemiz tipik olursa bizim sorunlarımızı daha mı rahat çözer? Açıkçası bu sorulara da yanıtım, hayır. Bu nedenle ben teşhis ve tedavi sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme, atipik bir sözleşme olduğunu düşünüyorum. Atipik sözleşme gruplarının içerisinde de kendine özgü yapısı olan, yani sui generis bir sözleşme olduğunu kabul ediyorum.

Şimdi peki sen bunu kabul ediyorsun da, sonuç değişiyor mu sorusunu soracak olursanız; hayır, sonuç değişmiyor. Çünkü ben bu sözleşme atipik bir sözleşmedir, sui generis bir sözleşmedir desem dahi; Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 2. fıkrasını yok sayabilecek durumda değilim. 502. maddenin 2. fıkrası bize neyi söylüyor? Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır diyor.

Tamam, o zaman bizim elimizdeki sözleşme bir iş görme sözleşmesi mi? Evet, tartışmasız. İster Yargıtay'ın dediği gibi doğrudan vekâlet sözleşmesi diyelim, ister biraz daha dolandırıp içerdiği bir unsur kanunda düzenlenmemiştir, bu nedenle atipik ve kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir diyelim, dönüp dolaşıp vardığımız yer, sözleşmenin niteliğine uygun düştüğü sürece uygulayacağımız hükümlerin vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler olduğu gerçeğidir.

Sözleşmenin üç temel unsuru vardır. Hak ve yükümlülüklerle zaman kısıtı nedeniyle tam giremeyeceğim, onun için unsurlara hak ettiği önemi vereyim. Sözleşmenin ilk unsuru hekimin tıbbi müdahaleye ilişkin bir eylemde, edimde bulunmasıdır. Tıbbi müdahale tanımlanması, başının sonunun çizilmesi oldukça zor bir terimdir. Onun için tıbbi müdahale tanımına tam girmeden, şunun söylenmesinde yarar vardır: Hekimin edimi neye ilişkin olmalıdır? Bir teşhis koymaya ve/veya tedaviye yönelik olmalıdır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İkinci unsur olarak, bu teşhis ve/veya tedavi karşılığında, hasta tarafından hekime bir ücret ödenmelidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinin 3. fıkrasında, sözleşme veya teamül varsa vekil ücrete hak kazanır düzenlemesine yer verilmiştir. Sözleşmede yer almasa bile bizim açımızdan teamül gerektirdiği için hekim sözleşme de ücrete hak kazanacaktır.

Üçüncü ve son unsurumuz, tarafların anlaşmasıdır. Şimdi biz tarafların anlaşması başlığını açtığımız zaman, genellikle bu başlık altında şekil kurallarından söz ederiz. Ama teşhis ve tedavi sözleşmesi için herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Taraflar sözleşmeyi akdederken, isterlerse bir şekil benimseyebilirler. Bizim için taraf iradelerinin birleşmesi, sözleşmenin kurulması açısından yeterlidir.

Hatta bir adım daha öteye gideyim. Hekim açısından örtülü (zımnî) kabul müessesesi düzenlenmiştir. Bunu nereden çıkartıyoruz? Bunu da Türk Borçlar Kanunu'nun 503. maddesinden çıkartıyoruz. Eğer kendisine işin görülmesi önerilen kişi, bu iş görme konusunda resmi bir sığata sahipse ya da işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu işleri kabul edeceğini önceden duyurmuşsa, kendisine yapılan öneriyi hemen reddetmediği halde kabul etmiş sayılır.

Şimdi hekim, hem resmi sığata sahip, hem mesleği gereği iş gören ve büyük olasılıkla da bu işleri kabul edeceğini önceden duyurmuş kişidir. Yani vekil için düzenlenmiş olan örtülü kabul, hekimi de bağlayacaktır. Eğer hekim kendisine önerilen teşhis ve tedavi sözleşmesini kurmak istemiyorsa; ret beyanını, ret iradesini hemen ortaya koymalıdır.

Tıp hukukunun özel bir terminolojiye sahip ve hatta biraz da kavramların iç içe geçtiği bir alan olduğu göz ardı edilmemelidir. Şu anda üzerinde durulan, sözleşmenin kurulması basamağındaki iradedir. Ama bu sözleşme kurulduktan sonra, hekim hastadan bir kez daha rıza alacaktır. Bu kez hastanın vereceği rıza, sözleşmeye dayanan tıbbi müdahalenin yapılmasına dair olacaktır. Şimdi burada birbirine karıştırılmaması gereken iki irade beyanı vardır.

## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sözleşme herhangi bir geçerlilik şartına tabi kılınmamıştır. Yani rızai, tarafların anlaşmasıyla kurulabilecek bir sözleşmedir. Diğerine gelindiği zaman, hastanın tıbbi müdahaleye rıza vermesi kısmında, bu rıza da kural olarak şekli tabi değildir. Ancak yasa koyucu bazı hallerde söz konusu rızanın yazılı olması gerektiğini aramıştır. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde, özellikle büyük cerrahi girişimler açısından yazılı rıza aranmaktadır.

Sözleşmenin niteliğinin üstünde kısaca duralım. Sözleşme rızai bir sözleşmedir, şekle tabi değildir, iş görme amacı güder. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir, ani ve sürekli edimler içerir. Genellikle ani edimler içerdiği ileri sürülürse de, sürekli edim de içeren bir sözleşmeyle karşı karşıyayız. Özellikle hekimin bazı yükümlülüklerine baktığımız zaman, sadakat ve sır saklama yükümlülüğü gibi, bu edimlerin sürekli nitelik taşıdığını görürüz.

Bu basamağa gelene kadar sözleşmeyi kurduk ve hukuken sözleşmenin nerede durduğunu netleştirdik. Peki bu sözleşmeden hekimin tazmin yükümlülüğünün doğması için ne gerekir? Bir, ortada geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme olması gerekir. Tamam, ilk adımımız buydu ve şu ana kadar bunu gerçekleştirdik. İki, bir akde aykırılık meydana gelmesi gerekir. Hekimin sorumluluğundan bahsettiğimize göre, söz konusu akde aykırılık (borca aykırılık) fiili, hekim tarafından yapılmalıdır. Bizim için hekimin gerek asli edim yükümü olan teşhis ve tedaviye, gerekse tali edim yükümlülüklerine ilişkin ihlalleri bu çerçevede değerlendirilir ve tazminat borcunu doğurur.

Hekimin teşhis ve tedavi sözleşmesinden kaynaklanan pek çok yükümlülüğü vardır. Örneğin hekim, hastayı aydınlatacak, aydınlatmanın akabinde rıza alacak, hesap verecek, sadakatle bağlı olacak ve sır saklayacaktır. Dokümantasyon da hekimin görevlerinden bir tanesidir. Bunlara ek olarak, hekimin en önemli yükümlülüklerinden bir diğeri de özen yükümlülüğüdür.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu arada özen yükümlülüğüne ilişkin Türk Borçlar Kanununun vekâlet sözleşmesinde bir değişiklik vardır. 1 Temmuz 2012 öncesinde bizim için vekilin özen yükümlülüğü, işçinin sorumluluğuna dair hükümlere tabiyken; Türk Borçlar Kanunu gereğince vekil, basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışı göstermelidir. Yani artık işçinin özen yükümlülüğünden çıkmış, basiretli bir vekil açısından özel bir özen yükümlülüğü getirilmiştir. Hekim, bu sayılan yükümlülüklerden herhangi birini ihlal ederse, tazminat yükümlüsü olabilir.

Peki hekim bu edimlerden birini, başka birine yaptırırsa ne olur? Karşımızda iki seçenek var. Başka birine yaptırmaktan kastımız, eğer bir ifa yardımcısı kullanmaksa; ifa yardımcısının verdiği zararlardan bizim için her zaman borçlu sorumludur, hekim de bu kurallara göre sorumlu olur. Diğer seçenekte yetkili olmadığı halde başka bir hekime bu edimi teşhis veya tedavi edimini yaptıracak olursa, bu defa da vekâlet hükümlerine ilişkin 507. maddeye bakmak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 507. maddesinde; vekilin yetkisi olmaksızın görmeyi üstlendiği işi, başka bir kişiye gördürmesi halinde; o kişinin verdiği zararlardan kendisi yapmış gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bizim hekimimiz de aynı şekilde sorumlu olacaktır.

Hekimin sorumluluğu için gerekli unsurlar, sözleşmeye aykırı davranışın yanı sıra, akde aykırılıktan bir tazminat yükümü doğması için aranan klasik şartlardır. Elbette ortada bir zarar olmalıdır, akde aykırılığı (borca aykırılığı) gerçekleştiren taraf kusurlu olmalıdır ve şüphesiz ki borca aykırılıkla zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Başka bir ifadeyle, nedenselliği kesen sebeplerden herhangi birine somut olayda rastlanmamalıdır.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğundan söz ederken, bir de sorumsuzluk anlaşmalarının üstünde durmak gerekir. Bu konu da Türk Borçlar Kanunu'nun değişen alanlardan birisi olduğu için, önemle üzerinde durmak gereklidir. Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesi, borçlu açısından sorumsuzluk anlaşmasını; 116. maddesi ifa yardımcısı açısından sorumsuzluk anlaşmasını düzenler.



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Her ikisinin 3. fıkrasında da, eğer uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek, sanat; ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyorsa ifadesiyle, yapılacak tüm sorumsuzluk anlaşmalarının (hafif kusura dair sorumsuzluk anlaşmalarının dahi), kesin hükümsüz olacakları düzenlenir. İster hekim açısından, ister hekimin kullandığı sekreter hemşire vb. gibi bir ifa yardımcısı açısından olsun, sorumsuzluk anlaşmaları kesin olarak hükümsüzdür. Hekim yaptığı sözleşmeye böyle bir sorumsuzluk kaydı koymak konusunda yetkili değildir.

Sözlerimi sonlandırırken, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte tıp hukuku alanında yaşanan birtakım gelişmeler üzerinde, çok kısa, durmak isterim. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, önüne gelen uyuşmazlıklarda, tüketici işleminin tanımından yola çıkarak dikkat çekici kararlar vermeye başladı. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketici işlemi terimi tanımlanırken, tüketiciyle vekil arasındaki vekâlet sözleşmesinin de bir tüketici işlemi olduğu söylendi yasa koyucu tarafından.

Zaten Yargıtay hekimle hasta arasındaki ilişkinin, bir vekâlet sözleşmesi olduğunu söylüyordu. O zaman hasta doğrudan doğruya tüketicidir ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinden yararlanabilir şeklinde kararlar verilmeye başlandı. Bunun bir diğer yansıması da hekimin sorumluluğuna ilişkin davaları görmekte yetkili mahkemenin tüketici mahkemeleri olarak belirlenmesidir. Hatta bu durum kararda tam olarak şöyle söyleniyor: 6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki zararlar için genel mahkemeler yetkilidir, ondan sonraki zararlara tüketici mahkemeleri bakmalıdır.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.



**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA  
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

---

*Beşinci Oturum  
Soru - Cevap Bۆlümü*



**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ediyorum. Şimdi oturuma başlarken tabii diğer oturumun vaktine kaydırmama şeklinde bir amaçla oturduk, aşağı yukarı da tutturduk gibi görünüyor.

Ama bir kısa süreli şöyle bir soru-cevap faslı açmayı arzu ediyorum. Ama dediğim gibi o amacımızı gerçekleştirmek üzereyiz, onu bozmamak kaydıyla, öyle rica ediyorum.

Sizden alalım buyurun, öncelikle.

**KATILIMCI-** Hastanın rızasını ve aydınlatmasını ne şartla arıyoruz? Bir de biz çok inceliyoruz sağlık hukukçuları olarak. Bir olası yehova şahidi durumunda, hastanın daha önceki açıklamış olduğu isteğini doktor ne şekilde dikkate alıyor ve Amerikan hukukunda siz bunu nasıl değerlendiriyorsunuz?

**Prof. Dr. John CULHANE-** Anladığım kadarıyla bilgilendirilmiş onamın nasıl yapıldığı konusunu soruyorsunuz. Soruyu tam olarak anladığımdan emin değilim ancak, hasta tarafından doldurulacak bir form her zaman olacaktır ya da doldurulacak bir form her zaman olmalıdır ancak bunun yapılıyor olması her zaman bilgilendirilmiş onamın şartlarının yerine getirildiği anlamına gelmez. Yani, eğer soruyu doğru anladıysam; doktorun hastası ile oturup konuşması gerekiyor, bilgilendirilmiş onam bir formalite ya da bir formun doldurulması değildir, hastanın söz konusu ameliyat ile ilgili tıbbi risklerin farkında olduğundan ya da söz konusu yöntemin içeriğini anladığından emin olmak demektir ve bu konuşmanın yöntemin içerdiği riskleri, yararları ve kullanılabilecek diğer alternatifleri de içeriyor olması gerekiyor.

Okay, I think you're asking about informed consent and how that's communicated. I'm not much completely sure I un-

derstand the question, but so there will always be a form that's filled out by the patient or there should always be a form filled out, it doesn't always happen but that's not sufficient for informed consent. So the doctor needs to have a conversation with the patient and really informed consent is not about a formality or filling out a form but it's about making sure that the patient is made aware of all the material risks that the surgery or the other that the procedure entails and it has to do with communicating the risks of the procedure, the benefits and the alternatives that might be used instead, if I understood the question.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Lütfen buyurun.

**Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)-** Başkanım sorumu Zarife hocama yöneltmek istiyorum. Ahmet yolcu araçta kaza yapıyor, bacağı kesiliyor. Bu Ahmet manevi tazminat davası açıyor, burada hâkim bir manevi tazminata hükmedecek. Aynı Ahmet bu kazada vefat ediyor. Karısı ve iki çocuğı manevi tazminat açıyor. Mantık anlamında hangi olayda hâkim daha fazla tazminata hükmetmeli? Bizzat acı çeken yaralıya mı? Yoksa geride kalan eşi ve çocuğına mı?

Bağlantılı ikinci sorum hocam; malumunuz olduğı üzere manevi tazminatta hâkimlerin sınırsız bir yetkisi vardır. Ancak aynı mahkemede iki hâkim, çok farklı manevi tazminatlara hükmedebiliyorlar. Kendi vicdani görüşleri gereğı, saygı duyuyoruz. Ancak sorumdaki amaç şu: Hâkimlerin sınırsız yetkisini daha minimize etmeye yarayacak, örneğın bir PDF tablosu gibi bir tablo oluşturulursa, örneğın sakat kalan bacağı giden Ahmet'in açacağı davada, yaşı maluliyet oranı ve kusuruna göre bir tablo oluşturularak hâkimin takdirini minimize edip, hata imkânını daha aza indirmemiz mümkün olabilir mi?

Teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Ben teşekkür ediyorum. Tabii ilk önce ikinci sorunuzdan başlayayım. Sizinle aynı görüşteyim. Yani manevi tazminat davalarında da o tespit edilen manevi tazminat miktarı

denetlenebilir nitelikte olmalı, biraz objektivite de olmalı, objektiflik. Böyle hani aynı mahkeme değil, bir şehirden şehre de yani bir mahkemeden başka bir mahkemeye de değişmemeli. Bir denetlenebilirlik olmalı diye düşünüyorum.

İlk sorunuzda, şimdi sesli düşünüyorum. Dediniz ki bacağı kesildi ve normalde bacağı kesildiği anda kendisinin tabii ki maddi manevi tazminat talep etme hakkı doğar. Ve sonra ölümle birlikte Medeni Kanunumuza göre manevi tazminat talebi mirasçılara ne şekilde geçer? Bunu şey yapmış, manevi tazminat talebini karşı tarafa bildirmişse değil mi? Ve mirasçılara geçtiğini düşünelim bu şekilde. Burada tabii bir de eğer ölümü daha sonra o, yani yanlış tıbbi müdahale bacak kesilmesi ona eşlik eden bir olay olarak mı düşündünüz bağlantılı? Sonra ölüyor.

**Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)-** Bacağı kesildi, dava açtı asliye hukukta. Hâkim bir manevi tazminata hükmedecek. Şimdi bu Ahmet'in o kazada yaralanmadığını fakat öldüğünü düşünüyörüz, aynı kazada yaralanmadı öldü. Aynı hâkime 1. Asliye Hukuk Mahkemesine düştü, eşiyile iki çocuğu açtı manevi tazminat davası. Mantık anlamında hâkim hangi olayda daha fazla manevi tazminata hükmetmeli? Yaralanan Ahmet'in acısı daha fazladır 100 bin lira, hayır Ahmet öldü, ama karısı ölene kadar çocukları ölene kadar babasızlık kocasızlık ıstırabı çekecek, onlara da 200 bin vermeliyim. Yani mantık anlamında hangisinde daha fazla manevi tazminata hükmetmeli hâkim?

**Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Bence burada ikisi birbiriyle yarıştırla... Şimdi bacak kesilme ağır bir durum ve dolayısıyla hani sakat kalma, takdir edilecek miktar fazla olmalı. Ama şimdi mesela örnek değiştiğinde sorunun cevabı değişecek. Yani daha böyle küçük bir yaralanma düşünün, küçük bir yaralanmayla ölüm halinde yakınlarına ödenecek tazminatta mesela ölene daha fazla ödenmesi, yani ölenin yakınlarına daha fazla ödenmesi gerekir. Ama sakatlık değil de kalıcı nitelikte olmayan, hani bir vücut yaralanması diyelim, onda bir manevi tazminat o kişiye ödense bile daha az olacaktır.

## YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ama yani bu benim tamamen şeyim, hani kişisel vicdanımdan hareket ederek cevap veriyorum. Ama şimdi sakatlık halinde tabii ki yani bence ilgili kişiye daha fazla tazminat, kalıcı bir sakatlık varsa ömür boyu bunu yaşayacak her gün verdiğiniz örnekte, her gün yaşayacak. Ölenin yakınları zamanla unutup... Yani pek hukuki bir cevap olmadı da, hani siz böyle sorduğunuz için. Ölen sakatlık durumunda, hani ben hâkim olsam dediğim gibi her gün yaşayacağı için bu acıyı, unutmayaacağı için ona daha fazla. Ölüm halinde ise, nihayetinde bir destekten yoksun kalma tazminatı var. Destekten yoksun kalma dolayısıyla uğradıkları zararlar için, onun dışında manevi zarar için ise tabii ki böyle hani kişilerin bir ölüm olayının acısını ölene kadar sürekli yaşaması söz konusu olmadığı için hafif olacaktır diye düşünüyorum.

Bilmiyorum, tabii hâkim meslektaşlarımız var, onlar ne düşünürler.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Başka soru yok galiba. Var mı? Çok kısa olması kaydıyla lütfen, çünkü yemeğe geçilmesi gerektiği konusunda uyarı aldık. Aslında uyarıyı almamız gereken grup biz değiliz tabii, bizden önceki grup. Bir 45 dakikalık sarkıttığı için, ama sonuçta fatura bize kaldı. O yüzden mümkün olduğu kadar kısa bir soru alırsam memnun olurum.

**Av. Emre EREN (Ankara Barosu)-** Emel hocama soracağım. Şimdi son 3 yıldır doktorlar için hekimler için kanun gereğince zorunlu mesleki sorumluluk sigortası getirildi. Şimdi zorunlu sigortalar deyince trafik sigortaları zorunlu olur ya, tehlike ilkesi risk ilkesi olduğu için sigortanın sorumluluğuna doğru gidiyoruz. Ama doktorda illa haksız fiil ve kusur arıyoruz. Adli tıp kurumuna gittiği zaman da, hocalarımızın belirttiği gibi bir orada çuvalımız var, komplikasyon çuvalı. Her şey bu çuvalın içine atılıyor. O zaman burada tazminat açısından tamamen hukuken ölü bir alan burası. Yani komplikasyon zaten oradaki bilirkişiler de doktor, çuvalımız geniş. Bu komplikasyon, o komplikasyon... Çok kasıt derecesine belli bariz bir şey olma-



## YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dıkça, her şey komplikasyon burada. Ama kanun koyucu bir yandan da demiş ki, sen tehlikeli riskli bir iş yapıyorsun ve seninkini ihtiyari mesleki sorumluluk sigortası getirmiyorum. Sana zorunlu mesleki sorumluluk sigortası getiriyorum. Çok güzel ve bunun zaten bu sigorta primlerini de ben devlet olarak Sağlık Bakanlığı ben ödüyorum. Yarısını devlet, yarısını da bağlı olduğu dernek ödüyor doktorun.

Şimdi doktorun prim şeyi de çıkmıyor. Ama mesela biz avukatlarda sana demiş zorunlu değil, bize ihtiyari tutmuş. İstersen yaparsın. Şimdi bunu zorunlu tutması, buranın tehlikeli risk ilkesi kapsamında sigorta açısından, biz sigortaya dava açıldığı zaman doğrudan doğruya doktora demiyorum. Sağlık Bakanlığına idari yargı da demiyorum. Ticaret veya tüketici mahkemesine ve ticaret mahkemesi olduğunu düşünüyorum. Ticaret mahkemesinde doğrudan doğruya doktorun zorunlu mesleki sorumluluk sigortasına dava açtığımızda, burada tehlike risk ilkesi mi değerlendirilecek sizce? Yoksa yine haksız fiil kusur durumuna göre mi bir değerlendirme yapılacak? Sorum bu.

Teşekkür ediyorum.

**Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)-** Ben de teşekkür ederim. Şu çekinceyle cevap vermek isterim. Ben bir ticaret hukukçusu ve sigorta hukukçusu değilim, ama şahsi fikrimi soracak olursanız bu kayıt altında, hekimin haksız fiil sorumluluğunun önde geldiğini ve sigorta sorumluluğunun da ancak bu ilke çerçevesinde gözlemlenebileceğini düşünüyorum.

Özet olarak şunu söylüyorum: Şu anki mevzuatımızda hekime ilişkin herhangi bir kusursuz sorumluluk hali düzenlenmemiştir. Hekim, gerek borca aykırılığında olsun, ister haksız fiilinden ya da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan söz ediyor olalım, her birinde ancak kusuru varsa sorumlu tutulabilir ortaya çıkan zarardan.

Teşekkürler.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Bu konuyla ilgili sorduğunuz soruyla ilgili Zehra hocama da bir söz vereceğim.

**Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)-** Komplikasyon teşhisi deyip buna başa çıkabilmek için, ben daima şunu savunuyorum. Herkes kusursuz sorumluluktan yola çıksın lütfen. İdare kendi hastanelerinde, kamu hastanelerinde vuku bulan bu tip olayları kusursuz sorumluluktan ödesin. Avukat hizmet kusuru vardır diye dava açtığı zaman, davacı hizmet kusurunu teknik olarak zaten ispat edemiyor. Karşı taraftan da rapor komplikasyondur, herkesin başına gelebilir, görülebilecek olaydır deyince davacı mağduriyetiyle baş başa kalıyor. Onun için hâkimlerimizi de bu şekilde bakmaya, bu şekilde karar vermeye davet ediyorum. Sosyal devlet isek, anayasamızda yazdığına göre, idare kendi kamu hastanelerinde devlet hastanelerindeki bu tip ispat edilemeyen komplikasyon adı altında örtülen vakalarını, sosyal devlet olmamız açısından kusursuz sorumluluğa giderek lütfen ödesin.

Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Oturum Başkanı)-** Değerli katılımcılar, teşekkürlerimi sunarak bu oturumu kapatıyorum. Afiyet olsun herkese.