



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

BEDENSEL ZARARLAR

KONUSUNDA

YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ

SEMPOZYUM

5-6 Nisan 2019

Editörler

Av. Prof. Dr. Necdet BASA

Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ

BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ

Editörler: Av. Prof. Dr. Necdet BASA
Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN

ISBN: 978-605-7848-13-0

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 382
Yayıncı Sertifika No: 15566

© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Mart 2020, 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
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)
Sertifika No: 14251

BEDENSEL ZARARLAR

KONUSUNDA

YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ

SEMPOZYUM

Editörler

Av. Prof. Dr. Necdet BASA

Av. Sema UÇAKHAN GÜLEÇ

İÇİNDEKİLER

1. GÜN

1. Oturum

Adam Çalıştıran - İşverenin Sorumluluğu

Mesut BALCI 5
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (Oturum Başkanı)

Mustafa ÖZER 6
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Süleyman ARSLAN 17
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Mehmet Fatih KAPUSUZOĞLU 26
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi-Tetkik Hâkim

İşverenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu
Zehra AYAN 37
Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri 6. Hukuk Dairesi Üyesi

1. GÜN

2. Oturum

İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu

Prof. Dr. Metin GÜNDAY 57
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (Oturum Başkanı)

Suna TÜRKOĞLU 58
Danıştay 10. Daire Üyesi

İntihar Olayları Nedeniyle Devletin Sorumluluğu

Dr. Gülşen KÖSE 73
Danıştay 10. Daire Tetkik Hakimi

Cengiz AYDEMİR 102
Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10. İdari Dava Dairesi Başkanı

1. GÜN

3. Oturum

Aile İçi Şiddet ve Sonuçları

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU 119
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Av. Sema AKSOY 123
Ankara Barosu Önceki Başkanı

Zeynep ÖKSÜZOĞLU 130
Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri 1. Hukuk Dairesi Başkanı

Yunus YILMAZ 142
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

2. GÜN

4. Oturum

Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri

Mete DUMAN 157
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Başkanı (Oturum Başkanı)

Yargıtay Uygulamasında
Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri

Hikmet KANIK 158
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Nilgün TAŞ 185
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Kadri ÖZERDOĞAN 191
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi

Mehmet Fatih KAPUSUZOĞLU 201
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

2. GÜN

5. Oturum

Hekimlik Sözleşmesinden

Tıbbi Müdahaleden Doğan Bedensel Zararlar (Malpraktis)

Prof. Dr. Ethem GEÇİM 202

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi
(Oturum Başkanı)

Nilgün TAŞ 203

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi

Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdarenin Sorumluluğu,
Bedensel Zararların Tazmini ve Türk ve Fransız Danıştaylarının
İçtihatları Üzerine Notlar

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY 218

Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.
İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

İlker KOÇYİĞİT 277

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 3. Hukuk Dairesi Başkanı

Kalender TÜREOĞLU 285

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 12. İdari Dava Dairesi Başkanı

2. GÜN

6. Oturum

Sigorta Sorumluluğu – Araç İşletenin Sorumluluğu

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN 294

Oturum Başkanı

Kadri ÖZERDOĞAN 296

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi

Mehmet EROL 303

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel Zararlardan İşleten
ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta Şirketini Sorumluluğu

Nuray YILMAZ AKDOĞAN 311

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi Üyesi

2. GÜN

7. Oturum

***Gelişim Kusuru, Yapı Malikinin Sorumluluğu ve Çevre
Zararlarından Doğan Sorumluluk***

<i>Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA</i> <i>AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i> <i>(Oturum Başkanı)</i>	348
<i>Mustafa ÇAKMAK</i> <i>Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi</i>	359
<i>Filiz PINARCI</i> <i>Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi</i>	366
<i>İsmet CAN</i> <i>Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5. İdari Dava Dairesi Üyesi</i>	375

SUNUCU- Yüksek yargı organlarımızın ve akademik dünyamızın değerli temsilcileri, sevgili meslektaşlarımız; Türkiye Barolar Birliği Danıştay ve Yargıtay'ın katkılarıyla düzenlemekte olduğumuz "Bedensel Zararlarda Yüksek Mahkeme Görüşleri" konulu sempozyuma hoş geldiniz, şeref verdiniz. (Alkışlar)

Değerli konuklar, Türkiye Barolar Birliğinin eğitim konusunda çok hassas olduğu, çok titiz bir çalışma götürdüğü tüm çevrelere ve sizlerce de bilinmekte. Bu çalışmalarımızda Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Metin Feyzioğlu'nun akademik dünyadan gelmiş olmasının, o dünyadaki saygınlığının çok büyük bir katkısı olduğunu biliyoruz. Bu çalışmalarımız meslek içi eğitim ve stajyer eğitimi çerçevesinde gelişmekte ve çok planlı düzenli sürdürülmekte. Onun başarılı sonuçlarını da derlemektediriz.

Öte yandan bu çalışmalara paralel olarak, güncel temel hukuki konularda da düzenlemeler yapıyoruz, sempozyum ve paneller tertipleniyor. O doğrultuda bugünkü çalışmamızda, bedensel zararlar konusunda yüksek mahkeme görüşlerinde var olan uygulamalarla olması gerekenlere dönük arayışların bu sempozyumda değerlendirilmesi söz konusu. Bu çalışmada iki gün sürece konu başlıklarında alt başlıklarda derinlemesine tartışılacak, sonuçları derlenecek ve bu sonuçlar ufuk açıcı sonuçlar doğuracaktır, bundan eminiz.

Bugün bir de özel günü paylaşıyoruz, 5 Nisan Avukatlar Günü. Tüm meslektaşlarımızın bu özel gününü kutluyorum, onlara çalışma yaşamında başarılar, aileleri ortamında da mutluluklar diliyorum.

Tekrar hoş geldiniz, şeref verdiniz, panelimize geçebiliriz. Saygılar, sevgiler.

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

1. GÜN

1. Oturum

Adam Çalıştıran - İşverenin Sorumluluğu

Mesut BALCI

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Başkanı (Oturum Başkanı)

5 Nisan Avukatlar Günü gibi güzel bir günde bizi buraya davet eden ve çok önemli bu sempozyumu hazırlayan Barolar Birliğine teşekkür ediyorum. Burada Avukatlar Günü nedeniyle protokol değiştirdim. Öncelikle tüm avukatları, sonra bizleri yüksek hâkimleri, Danıştay Yargıtay yüksek hâkimlerini, bölge adliye mahkemesi hâkimlerini selamlıyorum. (Alkışlar)

İlk konumuz, gerçekten işverenin sorumluluğu ve adam çalıştıranın sorumluluğunun kusur sorumluluğu mu, kusursuz sorumluluk mu, ne olduğu, dairelerin bunu nasıl değerlendirdiği, adam çalıştıranın sorumluluğuna ne gözle baktıkları burada konuşulacak.

Tabii ki daireler arasında uygulama farklılıkları olabilir. Burada bizim de tetkik hâkimimiz konuşacak. Konuşmasında hem dairemizin uygulamalarını söyleyecek, hem de dairemiz kararlarında katılmadığı bir yerde varsa konu varsa, onları da söyleyecek. Umarım diğer arkadaşlarım da hem daire görüşlerini, varsa şahsi görüşlerini açıklarlarsa, burada çok güzel bir muhakeme ortamı olup, herkes bunları değerlendirecek.

Şimdi biz daire olarak, bir şey söyleyeyim öncelikle, Borçlar Kanununun 55.maddesinin son bölümünde yer alan “hesaplanan zarar hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz eksiltilemez” gibi bir cümle var. Bu cümlenin iptali için daire olarak hâkimin yetkilerini kısıtladığı gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, iptal başvurusunda bulduk. Sonucu hep beraber bekliyoruz. Çünkü burada bir içtihadı birleştirme talebi vardı. Bakıcı giderinden indirim yapılır mı yapılmaz mı diye. O içtihadı birleştirme de bunu bekleyecek, bu talep de bunu bekleyecek.

Şimdi ben fazla uzatmadan, öncelikle değerli Yargıtay 3.Hukuk Dairesi Üyesi Mustafa Özer’e söz vermek istiyorum.

Mustafa ÖZER

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Sayın Başkanım, şahsınızda tüm katılımcıları sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

İsmim Mustafa Özer, 3.Hukuk Dairesi üyesiyim. 3.Hukuk Dairesi kusurlu sorumluluğa dayalı tazminat davalarının temyiz incelemesini yapan bir daireyiz. Kusurlu sorumluluktan doğan tazminat davaları içerisinde başta adam çalıştırmanın sorumluluğu gelmekte. Adam çalıştırma sorumluluğuyla ilgili sizlerle daire görüşlerini ve doktrinden paylaşımlar sunacağım.

Sunuma başlarken, sizlere bir soru yöneltmek istiyorum. Öncelikle şunu atladım, Avukatlar Gününü kutluyorum. Sorum da, bizi buraya sağ olsunlar Barolar Birliği davet etti, sunumumuzu yapacağız. Sunum iki gün sürecek, bu iki gün süresi içerisinde elbette aralar verilecek. Bu aralarda da çay molaları oluyor. Şimdi katılımcılarla sunumcu arasında bir olay gerçekleştiğinde, sunumculardan birisi haksız şekilde bulunursa katılımcılardan birine, acaba Barolar Birliği adam çalıştıran olarak sorumlu tutulabilecek midir?

Burada olayı somutlaştırsak biraz, ara verdik çay içmek için, çay sırasına girdi katılımcılar. Katılımcılardan bir tanesiyle sunumu sunan arkadaşlardan biri tartışmaya başladı. Çünkü sıraya uymadı sunumu yapan, geçti öne çayı almaya kalkınca, katılımcılardan stajyer bir avukat dedi ki, lütfen sıraya uyunuz dedi. O da döndü kafasını çevirdi sen kim oluyorsun dedi. Bunun üzerine tartışma büyüdü ve sinirlendi sunucu, tuttu stajyer avukata bir tokat vurdu. Bir haksız fiil gerçekleşti. Bu durumda haksız fiile uğrayan kişi stajyer avukat, ne yapabilir? Dava açabilir değil mi? Davayı açtığında biri haksız fiili gerçekleştiren sunucuya karşı açar, bir de gerekirse ikisine birlikte de açabilir. Ancak adam çalıştıran olarak Barolar Birliğine de sunumu yapan kişi eylemde bulundu, sen de bundan sorumlusun deyip dava açabilir.

Şimdi adam çalıştıran olarak Barolar Birliği burada sorumlu tutulacak mı tutulmayacak mı? Bu sorunun cevabını sizlerden almak isterdim, ancak zaman olmadığı için ben kendim cevabını vereceğim. Katılımcıların bir kısmı şöyle diyebilir. Adam çalıştıran sıfatı yoktur dolayısıyla sorumluluk da yoktur. Bir kısmı diyebilir ki, adam çalıştıran sıfatı vardır, ancak somut olayın özelliğine göre sorumluluk doğmaz diyebilir eylemin niteliğine göre. Bir kısım arkadaşlar da diyebilir ki, hem adam çalıştıran sıfatı vardır, hem de sorumluluk duvar. Şimdi biz doğru cevabı bulabilmek için, bugün 20 dakikalık sunumda bunun cevabını vermeye çalışacağım ve sunumuma başlıyorum.

Öncelikle anlatım düzeni hakkında giriş bölümü var, mevzuattan bahsedeceğim. Sorumluluğun niteliğini anlatacağım, kavramları kısaca açıklamaya çalışacağım. Sorumluluğun şartları, genel şartlar özel şartlar nelerdir bunlardan bahsedeceğim. İşletme faaliyeti nedeniyle adam çalıştıranın sorumluluğundan bahsedeceğim. Adam çalıştıranın sorumlu tutulamayacağı haller, hükmi şahısların sorumluluğu, kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu ve illiyet burada kusurlu sorumlulukta kurucu unsur olduğundan, illiyetle ilgili Yargıtay kararlarından örnekler ve Türk Borçlar Kanununun 66.maddesiyle 116.maddesinin karşılaştırmasını yapıp, aradaki farkları belirleyeceğiz ve sonuç olarak da bir değerlendirme yapacağız.

Hukukumuzda borçların kaynağı, sözleşme haksız fiil sebepsiz zenginleşme ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiş olup, haksız fiilden doğan tazminat davaları eski Borçlar Kanununda 41-60, yeni Borçlar Kanununda 49-76.maddeler arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Haksız fiil kısaca, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Haksız fiilleri düzenleyen kurallar sorumluluk hukukunu oluşturur. Dolayısıyla geniş anlamda haksız fiili, dar anlamda haksız fiili, geniş anlamda da kusursuz sorumluluğu da içerir.

Sorumluluk hukukunun konusu, zarar verenin zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermektir. Bu anlamda sorumluluk hukukuna tazminat hukuku da denilir. Zararın başka bir kimseye yükletilmesini haklı gösteren sebeplere sorumluluk sebepleri denir. Sorumluluk sebepleri üçe ayrılır; kusur, sözleşme, kanun

hükmü. Bazen bir kanun ya da kanun hükmü sorumluluk sebebi olabilir. Kanun sorumluluk sebebi olduğu hallerde, zararın başka bir kişiye yükletilmesi için bunun bir sözleşme veya kusurlu davranıştan doğması gerekmez. Kusursuz sorumluluk halleri, bu tip sorumluluk sebebine dayanır. Türk Borçlar Kanununun 65.maddesinde hakkaniyet sorumluluğu, 66.maddesinde adam çalıştıranın sorumluluğu, 67. maddesinde hayvan bulunduranın sorumluluğu, 69. maddesinde yapı malikinin sorumluluğu ve 71. maddesinde tehlike sorumluluğu kanunla düzenlenmiş. Ayrıca Medeni Kanunda 369.maddede, aile başkanının sorumluluğu veya diğer özel kanunlarda noterin hukuki sorumluluğu ve benzeri düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sorumluluğun en önemli amacı, kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelmiş eksilmeyi, aynı ve nakdi olarak gidermektir. Adam çalıştıran ve yardımcı müteselsilen sorumlu olurlar. Zarar gören adam çalıştırana karşı hem haksız fiile dayalı olarak, hem de adam çalıştırana kadar birlikte dava açabilir. Adam çalıştıran, çalıştırdığı yardımcısının kusurunu ispatlayarak ona rücuda da bulunabilir. Dava açılması iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Eski Borçlar Kanununda “istihdam edenlerin mesuliyeti” başlığı altında 55. maddede konu düzenlenmiş, yeni Borçlar Kanunumuzda ise, “özen sorumluluğu” ana başlığı altında adam çalıştıranın sorumluluğu düzenlenmiş bulunmaktadır. Önceki kanunda iki fıkra halinde düzenlenmişken, yeni kanunda dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, adam çalıştıranın faaliyetinin görülmesine ve yürütülmesine katılan çalışanların davranışından doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Eski Borçlar Kanununda, kavramlar yönünden farklılık var. İstihdam eden yerine adam çalıştıran getirilmiş, yine mahiyetinde istihdam ettiği kimseler ve amele şeklindeki ifade de, çalışan terimi olarak değiştirilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında, kurtuluş beyyinesi getirilmiştir. Adam çalıştıran çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken zararın doğmasını engellemek için

gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Gerekçe de şöyle denilmektedir, önceki kanunda ikinci cümlede kurtuluş beyyinesi olarak getirilen yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olmayacağını ispat ederse mesul olmaz hükmü, illiyetle ilgili bulunduğundan yeni kanunda hükme alınmamıştır.

3. fıkra ise yeni bir düzenlemedir. İşletmenin organizasyon sorumluluğunu düzenlemiştir. Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olan zararı gidermekle yükümlüdür. İşletmesinde zarar doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurmamış olan adam çalıştıran, Türk Borçlar Kanunu 66/2.maddesinde kendisine tanınan kurtuluş beyyinesi hakkından yararlanamayacaktır. Maddenin son fıkrasında ise, adam çalıştıranın çalışanın kusuru nedeniyle rücu hakkı tanınmıştır. Ancak bu rücu hakkı kapsamı bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlı tutulmuştur.

İkinci bölümümüz, sorumluluğun niteliği. Adam çalıştıranın sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. Burada sorumluluk yönünden haksız fiillerdeki kurucu unsur olan kusur unsuru burada yer almamakta, kusur unsuru yerine illiyet geçmiştir. Nitekim bu husus Yargıtay içtihadı birleştirme kararının 57 tarihli, şöyle vurgulanmıştır. Adam çalıştıranın tazminatla sorumlu tutulması için kendisinin kusuru olması şart olmadığı gibi, kullandığı adamın dahi kusuru aranmaz, bu bir şart değildir deniyor. Yine kararda, Borçlar Kanunu 55.maddesi hükmünün kusura değil sosyal tehlike esasına dayandığı vurgulanmıştır bulunmektedir.

Kusura dayanan sorumlulukta sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararlı söz konusu olay arasında illiyetin gerçekleşmiş olması sorumluluk için yeterlidir. Öğretide kusursuz sorumluluk halleri, bazı yazarlar tarafından olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu gibi ikili ayrıma tabi tutulurken, bazı hocalar tarafından üçlü ayrıma tabi tutulmakta. Hakkaniyet sorumluluğu, nezaretle ihtimam gösterme hükmünden doğan sorumluluk ve tehlike sorumluluğu olarak belirtilmektedir.

Kusursuz sorumluluk, olumsuz bir tanımla sorumlu kişinin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanmakta-

dır. Burada sorumluluk kusur yerine kanunun öngördüğü belli bir olguya bağlanmıştır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, kusurdan bağımsız olarak doğmaktadır. Dairemizin bir kararında, sorumluluğun doğması için objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağıını bulması yeterli kabul edilmiştir. Sorumluluk objektif özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu karinesine dayanmaktadır. Bu karinenin aksini adam çalıştırın ispatlamak zorundadır.

Federal mahkeme de bu sorumluluk türünde, iş sahibi ve yardımcısının kusurunun aranmayacağı düşüncesindedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğunda kusur bir şart olmadığı gibi, ayırt etme gücüne sahip olmayan iş sahibi veya çalışanın da sorumluluğu doğmaktadır.

Kanun koyucunun kusur sorumluluğundan ayrılışının temel sebebi, hakkaniyet düşüncesidir. İş sahibinin emrinde çalışan kişiler zararlı sonuçlara yol açmaktadır. Çıkar çalıştırana ait olduğuna göre, sonucuna da katlanması gerekli düşüncesinden hareket edilmektedir. Yine zararın doğmasına hem çalıştırının, hem de çalışanın hiçbir kusuru olmaması durumunda, zarar görenin üzerinde kalacağından yükümlülük, bu da hakkaniyetli görülmemiştir.

Kusurlu sorumlulukta etkisi var mıdır? Elbette kusursuz sorumluluk olduğu için, zaten adam çalıştırın bahsettiğimiz hususlardan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak kendi kusuru da mevcutsa, bu kusura doktrinde ek kusur veya munzam kusur deniyor. Kusur bulunması halinde, adam çalıştırın bazı haklarını kaybediyor. Bunlar kurtuluş beyyinesi getirme imkânını ortadan kaldırıyor, tazminatın indirilmesini engelliyor bu durum. Adam çalıştırın maddenin 2.fıkrasından yararlanmayacak, ek kusuru bulunan adam çalıştırın zarar gören kişiye karşı sorumluluk anlaşmasına dayanamayacaktır. 4. Hukuk Dairesinin bir ilamında eski bir tarihli, olayın meydana gelmesinde davacının birlikte kusurunun da olması, maddi ve manevi tazminat takdirini engelleyen yasal bir neden olmayıp, ancak tazminatın kapsamını etkiler denilmektedir. (Yargıtay 4. HD'nin 2.10.1978 T.E. 1977/11751 K 1978/10)

Diğer bir bölümümüz kavramlar bölümü. Kanun metni içerisinde bazı kavramlar geçiyor, bunların da bilinmesinde fayda

mülâhaza edilmektedir. Bir kere adam lafı geçiyor. Adam nedir? Lugatta diyor ki, insan veya insanoğlu diye tanımlanmış veya kimse kişi anlamında da kullanılmaktadır. Bunun için insanın tanımını yapabiliriz. İnsan, fiziki kimyevi biyolojik psikolojik ve ideolojik bir varlıktır. Bu nedenle de davranışları vardır. Davranışları olumlu veya olumsuz olabilir. Olumsuz davranışlar hukuki sonuçlar doğurur.

Ben geçen bir boşanma dosyasında, boşanma sebebine baktım, kadın kocasına demiş ki “sen adam mısın be” demiş, hâkim de bunu boşanma sebebi olarak kabul edip, geçimsizlikten karı kocayı boşamış. Demek ki adam gibi adam olmak gerekiyor. Bu halk arasında da ve toplumumuzda da adam gibi adam ol, yani işini düzgün yap doğru yap. Eğer işini düzgün doğru yaparsan olumsuz sonuçlardan kurtulabilirsin, olumlu sonuçlara gebe kalmazsın anlamı çıkıyor.

Şimdi adam çalıştıran kavramı burada, işlerini gördürmek amacıyla çalışma ilişkisi olduğu bir kişinin hizmetine başvuran, onun hizmet ediminden yararlanan, ona talimat verme onun üzerinde gözetim ve denetim yetkisi olan kişidir. İşveren kısaca başkasını istihdam eden kişi ya da kuruluşlardır. Başka bir anlatımla, işçi çalıştıran işyeri sahiplerine de işveren denir. Adam çalıştıran kavramı daha geniş kapsamlı, işveren kapsamı ise daha dar kapsamlıdır. Çalışan kavramı nedir? Adam çalıştıran, yararını ve çıkarına olarak bağımlılık ilişkisiyle onun buyruğu ve gözetimi altında işi yapana yürütene yardımcı kişi denir. Örneğin, oğlun babasının ticarethanesinde çalışmasında durum böyledir. Keza askeri kumanda yetkisiyle komutanın ere özel bir otoyolu kullanılması da, adam çalıştıran niteliğini kazandırır. Arada bir sözleşme ilişkisi olmasını gerektirmemektedir.

Adam çalıştıran ilişkisi ise, çalıştırmanın buyruğu altında olması, onun gözetim ve talimatına bağlı olarak iş yapılmasıdır. Adam çalıştıran çalıştırdığı kişiyi bir hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi veya eser sözleşmesiyle çalıştırabilir. Ücretli veya ücretsiz olabilir, kısa süreli veya uzun süreli de olabilir. Aralarında hizmet ilişkisi olması yeterlidir. Özen ödevi, çalışana zarar vermemesi için halin gerektirdiği bütün önlemlerin alınmasıdır. Kanununun 66/2. maddesinde, bu husus kanun koyucu tarafından sayılmış. Bunlar

çalıştırılanın seçiminde özen, talimat vermede özen, gözetim ve denetimde özendir.

Yine kanunun 66/2.maddesinde, bu özen görevinin yerine getirilmediği takdirde, adam çalıştırana kurtuluş beyyinesi getirme imkânı tanınmış. Kurtuluş beyyinesi kavramı ise, sorumlu kişinin olumlu şartlar gerçekleşse dahi adam çalıştırana zararın doğmaması için, hal ve maslahatın gerektirdiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna engel olamayacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Kurtuluş kanıtı iki karinenin çürütülmesine yöneliktir. Birincisi, bu özen görevinin ihlaline ilişkindir, ikincisi ise illiyet bağının kesilmesine ilişkindir.

Sorumluluğun şartları bölümünde ise, genel şartlar kusur unsuru isnat edilirse, hem haksız fiilde hem de kusursuz sorumlulukta hemen hemen aynıdır. Bunlar eylem, zarar, zararla eylem arasında illiyet bağı, eylemin hukuka aykırı olmasından ibarettir. Kusursuz sorumlulukta en kurucu unsur illiyet unsurudur. İlliyet yoksa sorumluluk da yoktur.

Bu genel şartları yazmıştım sunumumda, ancak zaman darlığı nedeniyle başlık olarak vererek geçmek istiyorum. Eylem şartı hukuki değerlerin ihlali ve bundan doğan zarar insan fiiline insan davranışına deniyor. Zarar şartı, çalışanın hukuka aykırı davranış sonucu üçüncü bir kişinin zarara uğraması durumudur. Meydana gelen zarar maddi veya manevi zarar olabilir. Uygun illiyet bağı şartı, gerçekleşen zararlar çalışanın fiili ve objektif özen yükümlülüğünün ihlali arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekmektedir sorumluluk için. Yine hukuka aykırılık şartı, kanunun 49/1.maddesinde, kusurla ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren bu zararı gidermekle yükümlüdür denilerek, kusur sorumluluğunda hukuka aykırılık ifade edilmiştir.

Zarar gören kusurlu sorumlulukta önce bu genel şart olarak dört şartın ispatını yapacak. Daha sonra 50.maddeye göre, daha sonra ise özel şartlar olumlu şartlar var bu şartları, bir de olumsuz şartlar var. Bu şartların gerçekleşmesine bakacak. Olumlu şartlar, adam çalıştırana çalışanın arasında çalıştırma bağımlılık ilişkisinin bulunmasıdır. Hizmet ilişkisinin bir sözleşmeye dayanması

veya sözleşmenin yazılı olması şartı yoktur. Adam çalıştırmanın çalışanın fiili nedeniyle sorumlu tutulmasının sebebi, onu seçmede talimat vermede ve denetlemede dikkatsizliği ve özensizliğidir. Adam çalıştırmanın çalışan üzerinde gözetim ve denetim hakkı vardır. Buna karşın bağımsız olarak çalışan eser ve vekalet akitlerinde bağımlılık ilişkisi yoktur. Bu nedenle müteahhit ve vekil yardımcısı kişi sayılmaz. Ancak eser sözleşmesinde eğer sözleşmede bir hüküm varsa, adam çalıştırmanın emir ve talimatı dahilinde hareket ediyorsa yüklenici, bu durumda da adam çalıştırmanın sorumluluğu gerçekleşecektir.

Ancak dostluk ilişkisi içinde yapılan işlerde bağımlılık ilişkisi yoktur. Dolayısıyla sorumluluk da yoktur. Tüzel kişilerin organları da yardımcı kişi değildir, fakat tüzel kişinin yetkili organlarının denetim ve gözetiminde yardımcılarının verdiği zarardan adam çalıştırıcı olarak tüzel kişi sorumlu tutulacaktır.

Adam çalıştırıcı ilişkisinin varlığı da aranmaktadır. 4.Hukuk Dairesinin bir kararında, başkasının hizmetinden yararlanma, yani adam çalıştırma ilişkisi çoğu kez sözleşmeye dayanır. Ne var ki, adam çalıştırıcının sorumluluğu için arada bir sözleşme ilişkisinin varlığının aranması mutlak değildir. Yardımcı bir insan gücünden eylemli olarak yararlanmakla, Borçlar Kanununun 55.maddesi şartları gerçekleşmiş olur. Örneğin, bir kimsenin bir araç sahibinin arabasını yardım olsun diye itirmesi veya bir çocuğun yardım amacıyla bir çiftçinin ürününü toplamasında adam çalıştırıcı kavramı gerçekleşmiş denilmektedir. Yine çalışanın iş yerinde sigortalı olmaması veya görevinin kapsamı dışında bulunması, adam çalıştırıcı olmadığı anlamına gelmiyor. (Yargıtay 4. HD. 12.11.1984 T.E. 1984/7360-8310)

İkinci olumlu şart, zarar yardımcı kişinin işi gördüğü sırada veya o mekânda gerçekleşmiş olması gerekecektir. Örneğin, bir binada boya yapan boyacının boya kutusunu yoldan geçenin üzerine düşürmesi olayında zararlı görülen iş arasında bağ mevcuttur. Müteahhit işçinin verdiği bu zarardan sorumludur. Yine yardımcı kişinin çalıştırıcının talimatı dışında davranması ve talimatı yanlış yorumlaması ya da kendi inisiyatifıyla hareket etmesi hallerinde görülen işle zarar arasında görev bağı mevcut ise, çalıştırıcının sorumluluğu vardır. Aksi halde sorumluluk yoktur.

3.Hukuk Dairesinin bir kararında denilmiştir ki, mesai saatleri bitiminde işyeri dışında meydana gelen yaralama olayı nedeniyle Türk Borçlar Kanununun 66.maddesi uyarınca davalının adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğundan bahis olunmaz denilmektedir. Zararlandırıcı eylemle ve hizmet arasında amaç ve görev yönünden sıkı bir bağ olmalıdır. Sadece orada gerçekleşmiş olması yetmemektedir. Yine 4.Hukuk Dairesinin bir kararında, davalı Kaan'ın babasının yanında ücretle çalışıp çalışmaması ve aralarında irs bağı, adam çalıştıran için etkili değildir. Olayda davalı Kaya'ya verilen işle zararın ortaya çıkması arasında işlev bakımından amaç bakımından sıkı bir bağ vardır denilmiştir. (Yargıtay 4. HD. 13.3.1985 tarih ve E. 1984/9973 K.1985/2112)

Bir başka kararda yine, zararlandırıcı eylemle hizmet arasındaki erek ve görev yönünden sıkı bir bağ olmalıdır, görülen işin adam kullanan buyruğu ve gözetimi altında yapılmış olması sorumluluk için yeterlidir denilmektedir.

Evet, olumsuz şarta geçiyoruz. Olumsuz şartta ise, illiyet bağının kesilmesi halinde sorumluluk ortadan kalkacaktır. 66/2. maddesinde özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi dedik ki bir karinedir. Bunun aksine davalı adam çalıştıran ispatlamak zorundadır. Eğer ispatladıysa takdirde sorumluluk doğacaktır.

Şimdi Başkanım uyardı, dedi ki zamanın az kaldı. Ancak ben sizlerden özür dileyerek birkaç dakika fazladan süre istiyorum. İşletme faaliyeti nedeniyle adam çalıştırmanın sorumluluğu da 3.maddede...

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Mustafa Bey şöyle, ben size zaten 25 dakika verdim, herkesin hakkı 20 dakikaydı. Toparlarsanız...

Mustafa ÖZER (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi)- Sonuç olarak adam çalıştırmanın sorumluluğu için, adam çalıştıranla çalıştırılan kişi arasında bir hizmet ilişkisi olmalı. Kişinin eylem ve hukuka aykırı olmalı, zarara sebep olmalı, illiyet bağı bulunmalı ve adam çalıştıranla çalıştırılan arasında bağımlılık ilişkisi bulunmalı, buyruğu ve gözetimi altında olmalı ve adam çalıştıran gerekli objektif özen görevini yerine getirmemiş olmalıdır.

Adam çalıştırmanın sorumlu tutulmayacağı haller hukuka uygunluk halleridir. Bunlar zaten kanunda da belirtilmiştir, ben de buraya almıştım geçiyorum. Hükmi şahıslar da az önce belirttik. Dedik ki, organlarını çalıştırdığı kişiler yönünden adam çalıştırın olarak sorumludurlar. Kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu, kamu tüzel kişileri de özel hukuk hükümleri çerçevesinde çalıştıkları takdirde, adam çalıştırın sıfatıyla sorumludurlar. Ancak hizmet kusuru olursa dava açılmaz, ancak idari yargıda açılabilir.

İlliyet yönünden Yargıtay kararlarından örnekler verecektim, ancak burada zaman yetmedi tabii 20 dakika. Çalıştırının sorumlu tutulması için zarar verici eylemle çalıştırılan işçi arasında fonksiyonel, işlevsel bağlılık bulunması yeterlidir. Yine adam çalıştırının sorumlu tutulabilmesi için, zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararın çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Her zaman işyerinde meydana gelen olayda da illiyet bağı kabul edilemez. Somut olayda zarar doğuran olayın işyerinde işinin görüldüğü işverenin emir ve talimatı dahilinde hareket edildiği sırada ve hizmetle ilgili olarak oluşmuş olup, hukuka aykırı olduğu, hukuka aykırı eylemle zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunduğu Hukuk Genel Kurulunda belirtilmiştir.

İlliyet kesilmişse sorumluluk da yoktur. Talimat verilmesi durumunda da illiyet var kabul edilmektedir. Adam çalıştırının sorumluluğuyla, yardımcı kişilerin fiillerinin sorumluluğu birbirinden farklıdır. Adam çalıştırının sorumluluğu 66.maddede, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk ise Türk Borçlar Kanununun 116.maddede hüküm altına alınmıştır. En önemli aradaki fark, adam çalıştırının sorumluluğunda zarar görenle adam çalıştırın arasında bir sözleşme ilişkisi yok. Ancak 116.maddedeki sorumlulukta ise, adam çalıştırınla zarar veren arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle de zamanaşımı bakımından haksız fiillerde ikili uygulanırken, burada sözleşme zamanaşımı uygulanarak 10 yıl çıkmaktadır.

Sonuç ve değerlendirme bölümüne geçiyorum, hemen Başkanım bitiriyorum. Adam çalıştırın, çalışanın işin görülmesi sırasında verdiği zararı gidermekle yükümlüdür, birinci maddemiz

bu. Bu yükümlülük kusursuz sorumluluk ilkesine dayanır. Türk Borçlar Kanunu 66/2.maddesine göre kurtuluş beyyinesi getirme hakkı tanınmıştır adam çalıştırana. Adam çalıştıran özen görevini yerine getirmemişse, yardımcısının verdiği zarardan sorumludur. Bunlar seçmede özen, talimatta özen, denetim ve gözetimde özen, en önemli olarak da seçim talimat ve nezaretten başka istihdam eden kişi işin organizasyonu esaslı ve doğru bir şekilde kurmakla da ödevli ve yükümlüdür. Bu aynı zamanda 3.maddede de işletenin işyerinin sorumluluğu bakımından önemlidir.

Yine adam çalıştıran olayda nedensellik bağının bulunmadığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. Türk Borçlar Kanunu 66/3. maddesinde, işletenin işletme faaliyeti nedeniyle sorumluluğu düzenlenmiştir. Son maddesinde ise, rücu etme hakkı tanınmıştır.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Sayın Mustafa Özer'e çok güzel sunumundan dolayı teşekkür ediyorum.

Şimdi benim bir sorum olacak da, şimdi samimiyetimize sığınarak söylüyorum. Şimdi ben arada gidip hemen çayı kapıp çıkıyordum. Şimdi çıkınca dayak yeme ihtimalimiz doğdu. Araya girersek... Şimdi bu durumda adam çalıştıran Barolar Birliği sorumlu. Nasıl olsa Barolar Birliği sorumlu diye şimdi garson bizi perişan edebilir. Burada benim size sormak istediğim, acaba Mustafa Bey de azmettiren olarak sorumlu olur mu olmaz mı? Şimdi araya biraz neşe katalım, uyanalım diye söylüyorum.

Şimdi çok değerli 4.Hukuk Dairesi Üyesi Süleyman Arslan'a sözü veriyorum. Buyurun Sayın Arslan.

Süleyman ARSLAN

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Sayın Başkan, Türkiye Barolar Birliğinin değerli temsilcileri, kıymetli katılımcılar; saygılarımı sunar, bu çalıştayın faydalı, çözüm odaklı ve verimli geçmesini dilerim. Bir gün dahi olsa avukatlık ruhsatına sahip bir avukat olarak da Avukatlar Gününüzü kutluyorum. Sunumuma bu şekilde başlamak istiyorum.

Bilindiği üzere Türk Borçlar Kanununa göre kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu başlıkları altında düzenlenmiştir. Hakkaniyet sorumluluğu, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin verdiği zarardan sorumluluk hallerini düzenlemekte, tehlike sorumluluğu ise çağımızdaki gelişme ve sanayileşmenin sonucu olarak ortaya çıkmış, çalışma ve faaliyetleri nedeniyle bizzat tehlike ve zarar verme kabiliyeti olan yüksek teknolojinin kullanıldığı fabrika tesis ve işletmelerin oluşturduğu zararların tazminini amaçlar.

Özen sorumluluğu, ise hakkaniyet ve tehlike sorumluluğu dışında kalan kusursuz sorumluluk hallerini içerir. Bunlar neler? Adam çalıştıranın sorumluluğu, yapı malikinin, ev başkanının, taşınmaz malikinin, noterin gibi Medeni Kanunda ve Borçlar Kanununda düzenlenmiş değişik özel kanunlarda düzenlenmiş kusursuz sorumluluk halleridir.

Burada sorumluluğun kaynağı, hâkimiyet ilişkisinden doğmakta; yani adam çalıştıran sorumlu kişinin belirli bir kişi veya kişiler üzerinde ya da bir şey üzerindeki hâkimiyet ilişkisinden kaynaklanmakta. Bizim üzerinde duracağımız konu, tabii ki bu oturumda adam çalıştıranın sorumluluğu.

Bir kişinin kendi işlerini tek başına görmesi ve yürütmesi, günümüzde çoğu zaman mümkün değildir. Bu işin hacmi, niteliği, teknik bilgi ve ihtiyaçlar, bunun yürütülmesinde başka kişilerin

yardımlarını da gerektirebilmektedir. Adam çalıştıranla yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişki, bir kamu hukuki ilişkisi olabileceği gibi, bir özel hukuk ilişkisi de olabilir. Keza özel hukuk ilişkisinde de kişi bağımlı ya da bağımsız bir şekilde adam çalıştıran lehine iş üretebilir.

Türk Borçlar Kanununun 66.maddesinde, adam çalıştıranın bir özel hukuk ve bağımlılık ilişkisi içerisinde çalışanlarının kendilerine bırakılan işleri gördükleri sırada, hukuka aykırı bir fiille üçüncü kişilere vermiş oldukları zarardan sorumluluğu düzenlenmiştir. Yani 66.maddede özel hukuk ilişkisi olacak ve bağımlılık ilişkisi olacak. Buradaki sorumluluğun niteliği, yani kanun koyucu burada adam çalıştıranla genellikle bir özen borcu, özen yükümlülüğü getirmiştir. Yani çalışanını seçerken her türlü dikkat ve özeni gösterecek, denetim ve gözetiminde gerekli dikkati gösterecek. Böyle bir sorumluluk niteliği var.

Borçlar hukukunda yardımcı kişinin işinin görülmesi sırasında başkalarına vermiş olduğu zarardan, adam çalıştıranın sorumluluğu biraz önce Mustafa Beyin de açıkladığı gibi iki ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki 66.maddede düzenlenen ve yardımcı kişinin sözleşme dışı sorumluluğu kapsamında zarar vermesi. Burada zarardan önce adam çalıştıranla zarar gören arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.

İkincisinde ise, yani Borçlar Kanununun eski 116.maddesinde düzenlenen, zarar gören alacaklıyla borçlu adam çalıştıran arasında daha önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi var. Adam çalıştıran yardımcı kişinin sözleşme kapsamında verilen işi gördüğü sırada alacaklıya vermiş olduğu zarardan sorumlu tutuluyor. Burada adam çalıştıranın sorumluluk şartlarına baktığımızda, genel şartlar ve özel şartlar şeklinde ikiye ayırmamız mümkün. Genel şartlar, her haksız fiilde olduğu gibi zarar unsuru, uygun illiyet bağı, hukuka aykırılık. Bu zarar maddi ve manevi şeklinde tanımlanabilir. Uygun illiyet bağı ise, zararlı çalıştırılan kişinin eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması. İlliyet bağını kesen herhangi bir sebep olması halinde, tabii ki sorumluluk ortadan kalkar. Örneğin, mücbir sebep gibi, üçüncü kişinin kusuru gibi, zarar görenin ağır kusuru gibi, yine hukuka aykırılık şartlardan bir tanesi. Emredici bir hukuk normunun ihlal edilmesi.

Özel şartlar ise, çalıştıranla çalışan arasında bir çalıştırma, bağımlılık ilişkisi mevcut olmalı. Başka bir kişinin işlerini onun emir ve talimatı gözetimi, yani bağımlılık ilişkisi içinde iş gören kimse çalışan, işlerini gördürmek için bağımlılık ilişkisi içerisinde üçüncü bir kişinin yardımına hizmetine başvuran kişiye de adam çalıştıran diyebiliriz. Bu iş sürekli olabileceği gibi geçici bir iş de olabilir. İvazlı olabileceği gibi ivazsız da olabilir. Bir sözleşmeyle ikisine dayanabileceği gibi, biraz önce örneğini verdiği gibi arkadaşımızın, fiili bir ilişkiye de dayanabilir. Bir aile hukuku ilişkisine dayanabilir. Burada önemli olan husus, çalışanın adam çalışanın menfaatine bir iş üretmesi, dikkat edeceğimiz husus bu. Bağımlılık doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Yani elemanları vasıtasıyla, yardımcı elemanlar vasıtasıyla da kişi üzerindeki gözetim ve denetim devam edebilir.

Yine gerçek ve tüzel kişiler adam çalıştıran sıfatını haiz olabilir. Bir kamu tüzel kişisi de çalışanla arasındaki ilişki özel hukuk ilişkisi olmak şartıyla tabii, adam çalıştıran sıfatını taşıyabilir. Yani devlet, belediye, il özel idaresi, üniversite vesaire bir özel hukuk ilişkisi içerisinde birisini çalıştırdığı takdirde, adam çalıştıran olarak değerlendirilmekteyiz.

66.maddeye göre hizmet sözleşmesine göre çalıştırmada, işçiyle işveren arasında bağımlı kişi ilişkisi her zaman vardır. Bağımlı eser ve vekâlet sözleşmelerinde de yüklenici ve vekil arasında bağımlılık ilişkisi vardır. Buna karşılık yüklenici ve vekilin bağımsız olarak çalıştıkları eser ve vekâlet sözleşmeleri, bağımlılık ilişkisi kurmaz. Bunlar bağımsız çalıştıkları için işlerini çalıştıranın emir ve talimatlarına göre yapmadıkları gibi, onun gözetimine denetimine tabi olmazlar, dolayısıyla adam çalıştıranın da sorumluluğu olmaz. Keza dostluk ilişkisi içinde yapılan işlerde de durumun aynı olduğunu söyleyebiliriz.

Zarar çalışanın işi gördüğü sırada hukuka aykırı bir davranışla meydana gelmelidir. Çalışana verilen işle bunun ifası arasında meydana gelen zarar arasında doğrudan doğruya işlevsel bir bağ bulunmalıdır. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, dosyadan edindiğim isimlerle bu örneği vermek istiyorum. Bahçesinde yol açtırma işini veren Kamil Beyin çalışanı kepçe operatörü Remzi usta, iş makinesiyle çalışmam yaparken tarlasından dönmekte

olan köylüsü Necati'yi göremediğinden, üzerine hafriyattan çıkan toprağı boşaltmak suretiyle zarar vermesi olayında, doğrudan bir işlevsellik bağı kurulabilirken, aynı olayda hasmı olan Necati'nin üstüne kepçeyle hareket etmesi ve cismani zararına sebebiyet vermesinde işte işlevsellikten bahsedilemeyeceğini düşünmekteyim.

Görülen işle, meydana gelen zarar arasında işlevsel bir bağ var ise, çalışanın işverenin talimatından ayrılması, verilen emri yanlış yorumlaması, hatta inisiyatif alarak hareket etmesi, kendi başına birtakım şeyler denemesi hallerinde dahi kusursuz sorumluluk hali devam eder. Çünkü burada da yine dediğimiz gibi adam çalıştırmanın menfaatine kendisine verilen işi görmektedir.

Zarar biraz önceki örnekte olduğu gibi, sadece bu işi fırsat bilerek veya vesile ederek verilmişse, başka bir anlatımla işin görülmesi nedeniyle bir zarar değilse, bunda adam çalıştırıcı değil, doğrudan doğruya çalışan Borçlar Kanununun yeni 49'a göre sorumlu olur.

Değerli katılımcılar, adam çalıştırıcının aynı zamanda kurtuluş kanıtının getirilmemiş olması gerekmekte. Yani burada Borçlar Kanunumuz kanun koyucumuz, adam çalıştırıcı lehine bir kolaylık sağlamıştır. Bir kurtuluş kanıtı getirmesi halinde kusursuz sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanımıştır. Tabii burada işverenlerin işletmelerinde ya da herhangi bir işin yapılması sırasında gerekli tedbirleri almalarını sağlamaya yönelik bir düşünce var.

Adam çalıştırıcı zararın meydana gelmemesi için somut durum gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni göstermiş olduğunu ispat ederse, sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmektedir. Buradaki dikkat ve özenin kapsamı, yani çalışanın seçiminde gerekli özenin gösterilmiş olması, işe uygun adamın seçiminde gerçekten dikkat etti mi? Neye bakması gerekir? Kişinin üniversite eğitimine belki bakması gerekir, belki diplomasına bakması gerekir, o işe elverişli olup olmadığı, bilgi birikimine bakması gerekir. Yani işi ehline verdiğiniz takdirde kısmen de olsa birtakım zararların meydana gelmesinden kurtulma imkânına sahipsiniz. Dolayısıyla bu özeni göstermek durumundasınız adam çalıştırıcı olarak.

İşle ilgili yine talimat vermede gerekli özen gösterilmesi. Kişiye yapacağı işle ilgili her türlü bilginin daha önceden verilmiş olması, kendisinden nasıl bir işin istendiğine dair talimatların verilmiş olması, nelere dikkat edecek nelere etmeyecek o hususta aydınlatılmış olması. Yine denetlemede gerekli özenin gösterilmiş olması. İşçi bir gözün sürekli üzerinde olduğu hissini taşıyacak. Bu durumda işini daha düzgün yapacaktır diye düşünüyoruz. Bu denetim önemli, her işte önemli.

İşletme düzeninin yine zararın doğmasına önlemeye elverişli olması hususu da, yeni Borçlar Kanunumuza eklenmiş durumdadır. İlliyet bağının kesilmesi halinde sorumluluk ortadan kalkar ya da mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuruyla zarar görenin kusuru illiyet bağını kesebilir. Bütün bunlardan sonra kurtuluş kanıtı getiremedi sorumlu oldu, zararı karşılamak zorunda kalan adam çalıştıran kusurlu ise çalışanına rücu edebilir Rücu davası tazminatın tamamının ödendiği tarihten itibaren iki yıl, herhalde 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

Ben burada konuyu biraz daha somutlaştırmak adına, dairemizin bazı kararlarından örnekler vermek istiyorum. B.A.Ş'ye ait otelde güvenlik görevlisi olarak çalışan dava dışı R.S'nin turist rehberi olarak otelde kalan davacıya yönelik cinsel saldırıda bulunması halinde, kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasına dayalı manevi tazminat davasında, mahkemece şöyle bir değerlendirme yapılıyor. İstihdam eden davalının zararlandırıcı eylemde bulunan dava dışı işçi R.S'nin gerek eğitilmesinde ve gözetiminde gerekli özenin gösterildiği, eylemin işçinin yapması gereken işi dolayısıyla meydana gelmediği, sorumlunun tamamen özel amaçla hareket eden dava dışı işçide olduğu gerekçesiyle adam çalıştıranın sorumlu tutulamayacağı belirtilerek davanın reddine karar verilmiş.

Karar davacı vekilince temyiz edilince dairemize gelmiş. Daire öncelikle Borçlar Kanununun 55.maddesi hükümlerini zikrettikten sonra, biraz önce yukarıda da bahsettiğimiz gibi talimat vermede seçmede denetlemede gerekli özeni göstermesi gerektiğinden bahsettikten sonra şunu dedi: Olay tarihinde davalıya ait işyerinde çalışan dava dışı işçinin, aynı eylemden sabıkasının bulunduğu ve bu nedenle önceki işyerinden ayrılmak zorunda

kaldığı -yani işten atılmış- her ne kadar işçi işe alınırken eylemini gizlemiş ise de, önceki işyerinden ve adli sicil kaydından bu işçinin genel davranış biçimi hakkında gerekli bilgi alınması mevcut iken, davalının işe alımında gerekli özeni göstermediği anlaşılmaktadır dedi ve uygun bir manevi tazminat verilmesi gerektiği sonucuna vardı.

Yine başka bir kararda, Mısırlı Kazancı Ercan davası diyelim. Bir çay ocağı işletmesinin sahibi Kazancı, çalışanı Ercan, mahalle esnafı olan müşterileriyle çay kahve servisine ilişkin iletişimi sağlamak için sokaktaki elektrik direğine diafon bağlıyor. Tabii elektrik kaçağı var, yağmurun da etkisiyle çay istemek için gelen Mısırlı düğmeye bastığında elektriğe çarpılıyor ve ölümüne sebebiyet veriyor. Mısırlı'nın mirasçıları maddi ve manevi tazminat isteminde bulundular. Dedi ki mahkeme, burada Kazancı'nın bir sorumluluğu olmaz. Kazancı'nın haberi bile yok o diafonun takıldığından dedi, husumet yokluğundan davanın reddine karar verdi. Yeni temyiz üzerine dairemize geldiğinde, dairemiz Borçlar Kanunu 55.madde uyarınca işçinin seçiminde gözetiminde denetiminde ve talimat vermede gerekli özeni göstermedi dedi ve Kazancı'nın da, işçisinin bu eyleminden dolayı müştereken müteselsilen tabii kusursuz sorumlu olarak sorumlu olduğuna hükmetti.

Başka bir örneğimizde, yine Elektrik Mepa ve Reşitler Şirketi alacak davasından örnek verebiliriz. Burada da yine her ne kadar adam çalıştırmanın sorumluluğuna ilişkin davalar 3.Hukuk Dairesine çoğunlukla gitmekteyse de, bu tür olaylar halen bizim dairemizin de önüne gelmekte. Burada iki şirket var, şirketlerin birisi bir iş alıyor, yani yol yapım çalışması işini alıyor ve bunu üçüncü şirkete devrediyor, bu işi yapma işini devrediyor, taşeron olarak veriyor. Bu taşeron çalışmasını yaparken elektrik trafosuna, yani Sakarya Elektrik A.Ş'ye ait elektrik trafosuna zarar veriyor. Bu zararın tazmini için açılan davada, şimdi davalı Mepa ihaleyle aldığı yol yapım işinin bir bölümünü diğer davalıya sözleşmeyle devretmiş ise de, onun tarafından yapılan işi kontrol ve denetim yükümlülüğü bulunduğundan 818 sayılı Borçlar Kanununun 55. maddesi uyarınca adam çalıştırmanın kusursuz olarak sorumludur demişiz. Yani burada davalı Reşitler, haksız fiil faili olarak sorumlu. Çünkü gitti trafoya iş makinesiyle çarptı yıktı. Ona işi veren Mepa da kusursuz sorumlu müşterek müteselsil olarak.

Yine bu da bir önceki örneğe benzer bir örneğimiz, istisna akdiyle işi devretti Süperonline İletişim Hizmetleri A.Ş. Gülaş İnşaat Harfiyata işini devretti. Gülaş İnşaatın elemanları çalışma yaparken Türk Telekom'un fiberoptik kablolarına zarar verdiler. Burada da yine her iki şirketin sorumlu olduğu sonucuna vardık. Yani diyoruz ki burada, işi istisna sözleşmesiyle diğer davalıya devretmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz, aksine müteselsilen sorumlu olmaya devam edeceğinin dikkate alınması gerekir. bu yönden davanın kısmen kabulüne karar verilmesi gerekir, istemin reddi doğru olmamıştır demişiz.

Sonuç olarak değerli katılımcılar, adam çalıştırmanın sorumluluğu için, adam çalıştıranla çalıştırılan arasında bir hizmet ilişkisi olmalı. Çalıştırılan hizmeti yürütürken bir zarara sebebiyet vermeli, çalıştırılan kişinin eylemi hukuka aykırı olmalı, zararlar çalıştırılan kişinin eylemi arasında illiyet bağı bulunmalı, adam çalıştıranla çalıştırılan arasında bağımlılık ilişkisi bulunmalı, buyruğu ve gözetimi altında olmalı ve adam çalıştıran gerekli objektif özen görevini yerine getirmiş olması gerekir. Yine işletmesinde zarar doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurmamış olması halinde sorumluluk doğmakta, kurtuluş kanıtı getirmemiş olması halinde yine sorumluluğuna hükmedilecektir.

Ben burada sunumumu bitirdim, ancak Mustafa Beyin sorusuna ben de cevap vermek isterim, ama uygun olursa. Şimdi stajyerle Barolar Birliği arasında adam çalıştıran çalışan ilişkisi olduğunu düşünmüyorum. Dolayısıyla stajyer bizim gibi herhangi birisi gibi, burada... Yani bağımlılık ilişkisi olduğunu düşünmüyorum burada. Ancak bu binanın çalışanlarından bir tanesi zarar verecek olursa buradaki herhangi bir kişiye, adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olabilir diye düşünüyorum.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Şimdi stajyerin avukat icra dairesine gönderdi, şu işi yap diye. O da gitti icracıya bir yumruk patlattı, ne olur?

Süleyman ARSLAN (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Olur orada, çünkü orada şey var, stajyerle avukat arasında bir hukuki ilişki var.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Adı ne?

Süleyman ARSLAN (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Sözleşme olabilir, yardımcı kişi olabilir, yardımcı kişi sorumluluğu var orada.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Süleyman Beye ufak sınav yapardım, ama kusura bakma samimiyetten...

Süleyman Beye çok teşekkür ediyoruz sunumundan dolayı. (Alkışlar)

Biz tabii buraya oturum başkanı oturduk, ama bazı bilgiler de vermemiz lazım. Bilgi olarak değil de, gelişmeler olarak söylememiz lazım. Şimdi bir içtihadı birleştirme kararı çıktı. Buradaki arkadaşlar da tabii oraya katıldılar. Biz eskiden 506 sayılı Kanuna göre ana babaya gelir bağlanması için sağlığında onlara bakmak gerekiyordu. Sonra bu değişti, kendi gelirleri olmamak kaydıyla, kendi aylıkları yoksa geçimini sağlayacak, öyle başladı.

Biz de eski içtihadı sürdürerek diyorduk ki, ana babaya kurum gelir bağlamadıysa bunun nedeni, kendi gelirleri vardır, bu nedenle bağlanamıştır. Bu nedenle destek ihtiyaçları da yoktur, ama aksi kanıtlanırsa bir destek payı yine hesaplanabilir diyorduk. Yani destek ihtiyacı olacak ki destek olsun. Fakat içtihadı birleştirme kararı dedi ki, çocuk dedi öldü ana babanın elini öpüyordu, ona çiçek götürüyordu, kadınsa gidip bulaşıklarını yıkıyordu, ziyaret ediyordu dedi. Bu manevi şeyleri el öpmeyi bile paraya çevirdi. El öpmenin bir bedeli olur mu? Sevdiğinden öpersin, komşunun elini de öpersin. Bunların maddi değeri yoktu. Ama bu içtihadı birleştirme kararı ne yazık ki bizi de bağlayıcı.

Şimdi peşin değer hesabı yapıldı, hisse hesaplandı zarar çıkmadı veya gelir bağlanmadı, destek ihtiyacı yok. Biz ne yaptık? Şimdi bu el öpmek, ziyaret etmek, çiçek götürmek, böcek götürmek onlar paraya çevrilir bir şey mi? Değil. Dedik ki, o zaman hâkim bir hesap yapmadan eğer gelir bağlanmamışsa, bunları hesaplanabilir bir şey olmadığı için, paraya çevrilir de denildi, çevir paraya bir miktar takdir et dedik, hâkimin takdirine bıraktık. Yine bir içtihat farklılığı oluştu. Biz içtihadımızın doğru olduğuna inanıyoruz, zaten inanmasak böyle bir kararı vermeyiz.

Bu kısa açıklamadan sonra şimdi Yargıtay bir okul aynı zamanda, biz de o okulda yetiştik. O okulda başarılı tetkik hâkimleri var,

bunların geleceklere de var. Yani önemli bilgilere ve donanıma sahipler. Bunlardan bir tanesi de benim dairemde tetkik hâkimi pırıl pırıl bir genç, bakmayın kafasında saç yok ama... Mehmet Fatih Kapusuzoğlu, Şimdi dairemizin uygulamasını anlatacak. Karşı görüşleri varsa tabii onları da söylesin. Arkadaşlarımız hiç daha eleştirmediler, her Şey mükemmel herhalde. Biz de mükemmel mi değil mi bakalım. Söz sizde Fatih Bey...

Mehmet Fatih KAPUSUZOĞLU

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi-Tetkik Hâkim

Öncelikle herkese hoş geldiniz diyorum, Avukatlar Gününüzü tebrik ediyorum. Başkan Beye de benim hakkındaki değerli düşünceleri için ayrıca teşekkür ediyorum.

Bizim bugünkü konumuz, bedensel zararlardan sorumluluk konusunda daha dar bir alan, adam çalıştırana göre daha dar bir alan, işverenin sorumluluğu. Sizi burada işveren kimdir, işçi kimdir, bunu açıklamakla vaktinizi almayacağım, kısaca söyleyecek olursak, işverenle işçi arasındaki ilişkiye biz iş ilişkisi diyoruz. Bu iş ilişkisi sırasında işçi ve işveren arasında tabii değişik sorunlar doğabilmekle birlikte, bizim bugünkü konumuz işverenin bedensel zarar, sigortalının veya ölümü halinde hak sahiplerinin uğradıkları bedensel zararlardan veya ölmüşse destekten yoksun kalma zararlarından sorumluluğu, bu sorumluluğun hukuki sebepleri ve kapsamı.

İş ve sosyal güvenlik hukuku anlamında baktığımızda, sigortalıyı bedensel zarara uğratabilecek olaylar iki grup altında toplanabilir. Bunlardan bir tanesi iş kazaları, diğeri meslek hastalığı. Ben yine iş kazalarının ne olduğunu tanımlayıp sizi sıkmak istemiyorum, uzatmak istemiyorum. Kısaca söyleyecek olursak, işçinin iskeleden düşmesi, elini pres makinesine kaptırması veya işveren tarafından sağlanan servis aracında bulunan işçilerin aracın kaza yapması neticesinde yararlanmaları veya ölmeleri şeklinde gerçekleşen olaylar kural olarak ekstrem bir durum yoksa iş kazası olarak kabul ediliyor.

Diğer bedensel zarara uğratabilecek nedenden bahsedecek olursak, bunlar da meslek hastalıkları. Meslek hastalıkları 6331 sayılı Yasadaki tanımına göre, işçinin mesleki risklere maruziyeti nedeniyle onda meydana gelen hastalıklara biz meslek hastalığı

diyoruz. Bunlara da örnek verecek olursak, bizim kanun yolu denetiminde en çok karşılaştığımız meslek hastalığı, ocak içi maden işlerinde işçilerin toz soluması nedeniyle onlarla meydana gelen pnömokonyoz meslek hastalığı, bizim dairemizin genel olarak meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarının nedenlerini oluşturuyor.

Bunun dışında otomotiv sektöründe çalışanların sürekli kollarını aynı şekilde hareket ettirmeleri nedeniyle onlarda oluşan karpal tünel sendromu veya akü üretim işyerinde çalışanların kurşun zehirlenmesine bağlı vücudunda oluşan aksaklıklar meslek hastalığı olarak kabul ediliyor sayılabilir.

Peki, işverenin iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan sorumluluğunun hukuki dayanağı nedir diye soracak olursak, öğretide ve Yargıtay'da çeşitli tanımlamalar görüş farklılıkları olmakla birlikte, bizim Yargıtay olarak görüşümüz; işverenin bu konudaki hukuki sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa yaklaşan bir kusur sorumluluğu olduğu yönünde. Bunun doğal bir sonucu olarak olayın bir iş kazası olması, elbette işverenin her halükârda o kazadan sorumlu olacağı sonucunu doğurmamaktadır. Dairemiz zannedersen 2002 tarihli bir kararında, intihar şeklinde gerçekleşen bir iş kazası, yani intihar sonuçta biz baktığımız zaman intihar bir iş kazası gibi durmayabilir, ama işyerinde gerçekleştiği takdirde bunun iş kazası olarak kabul edilme ihtimali var kurum tarafından. İntihar şeklinde gerçekleşen iş kazasında, olayın salt iş kazası olmasının işverenin sorumluluğunu doğurmak konusunda yeterli olmayacağını belirtmiştir.

Bunun dışında işverenin gerçek kişi olması durumunda, karşılaşılan bedensel zararlardan işverenin sorumluluğu asıl olarak haksız fiil sorumluluğudur. Yine işverenin tüzel kişi olması durumunda, şirket ortağının bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için dairemiz şahsi kusurunun bulunması gerektiğini aramaktadır. Salt şirket ortağı olması onun kusurlu olacağı anlamına gelmemekte veya sorumlu olacağı anlamına gelmemektedir. Kural olarak söylemek gerekirse, şirket ortağı meydana gelen bir iş kazasında, dolayısıyla yapılan ceza soruşturması ve akabindeki ceza yargılamasında ceza almış, bu ceza da Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmişse, dairemiz gerçek kişi ortağın şahsi kusuru bulunduğu görüşündedir, o yönde kabul etmektedir.

İşverenin Borçlar Kanunu hükümlerine göre hizmet akdinden kaynaklanan sorumlulukları bulunduğu gibi, 4857 sayılı Yasada, bu yasanın mülga 77.maddesinde, 6331 sayılı Yasanın 4.maddesinde de işverenin yükümlülükleri tanımlanmıştır. İş kazası veya meslek hastalığının önlenmesi için yapılan işin niteliğine göre, işyerinde alınması gereken tedbirlerin neler olduğu, bu tedbirlerden hangisinin işveren tarafından alındığı, hangilerinin alınmadığı, işçinin bu tedbirlere uyup uymadığı gibi hususlar... Tabii kusur bizim iş kazasından kaynaklanan maddi manevi tazminat davalarında son derece etkili. Neden? Maddi tazminat hesaplanırken kusura baktığımız gibi, manevi tazminatın takdirinde de kusur öncelikli değerlendirilen hususlardan bir tanesi. Bu işyerinde alınan önlemlerin alınıp alınmadığı, işçinin uyup uymadığı gibi şeyler, kusurun aidiyeti ve oranının belirlenmesinde dikkate alınıyor.

Sigortalının zararlandırıcı olayın meydana gelişinde tamamen kendisinin kusurlu olduğunu kabul etmesi, kusur değerlendirmesinde dikkate alınmıyor. Neden? Hepimiz dosyalara baktığımızda görüyoruz ki, mesela örnek olarak verecek olursam; işçi olayın hemen akabinde ceza soruşturması için kollukta ifade verirken, değişik Saiklerle olay tamamen benim kusurumdan kaynaklandı, başkaca kimsenin kusuru yoktur, ben kimseden davacı ve şikâyetçi değilim diyor. Eğer biz işçinin bu beyanının kendisini bağlayıcı olduğunu kabul edersek, yüzde 100 kusur işçide, illiyet bağı kesildi dava ret demek zorunda kalırız. Tabii uygulamada böyle olmuyor, işverenin işyerinde alması gerekli önlemleri alıp almadığı her halükârda işçi açıkça kendisi kabul etse bile kusuru yapılıyor. Yine diğer bir bakış açısı, kazaya uğrayan işçinin son derece deneyimli bir işçi olması da, işverenin yasaca kendisine yüklenen yükümlülükleri almak konusundaki sorumluluğunu ortadan kaldırmıyor.

Yine işverenin bedensel zararlardan asıl olarak kusur sorumluluğuna dayandığına göre, illiyet bağının bulunmaması durumunda işverenin sorumluluğundan söz edebilmek mümkün değildir. Örnek olarak Hukuk Genel Kurulunun bir kararından bahsetmek istiyorum. Bir işçi düşünelim, bu işçi bir damacana su satım işyerinde çalışıyor ve gitmiş bir alışveriş merkezine, oradaki suları

dağıtmış, daha sonra işveren buna demiş ki git alışveriş merkezinde dağıttığın suların paralarını topla gel. İşçi gidiyor buraya, asansörün düğmesine basıyor alışveriş merkezinde, kapı açılıyor alt katta asansör, işçi düşüyor ve orada ölüyor. Şimdi biz burada illiyet bağının kesilmesi nedeniyle işverene kusurun yüklenemeyeceği görüşüyle işverenin sorumlu olmayacağını belirttik, illiyet bağının kesildiğini belirttik.

Yine kanun yolu denetimde karşılaşılan yanılğılardan bir diğeri de, işverenin bedensel zararlardan sorumluluğunun yalnızca kusur sorumluluğu olduğu yönündeki düşüncedir. İşverenin bu sorumluluğu asıl olarak kusur sorumluluğu yanında, neredeyse kusur sorumluluğu kadar belki onunla yarışacak kadar kusursuz sorumluluğu doğuran haller de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, diğer konuşmacıların da bahsettiği gibi adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu.

Bu diğer açıklamalar ayrıntılı olarak yapıldığı için, ben sadece birkaç örnek vermekle yetineceğim. Örnek olarak, dairemizin 2018 tarihli bir kararında, aynı işyerinde bir kavga meydana geliyor, işçinin bir tanesi diğer işçiyi dövüyor. Hastaneye kaldırılıyor ve hastanede vefat ediyor. İşveren hakkında dava reddedilmişti illiyet bağı bulunmadığından dolayı, biz orada işverenin adam çalıştırarak aslında sorumluluğu, kendi kusuru bulunmasa bile kusursuz sorumluluğu bulunduğunu kabul etmiştik.

Hemen hızlıca benim aklımda yer eden çok değişik bir olayı, dosyayı anlatmak istiyorum. Türkiye çapında bilindik bir taşımacı firma diyelim, bir tırla sigara taşıyorlar. Aynı işyerinin işçisi arkadaşlarıyla biri plan yapıyor, diyorlar ki biz bu sigaraları çalacağız. Sigara taşıyan tırı kullanan bir tane şirket işçisi, yanında yedek şoför arkadaşlarıyla birlikte yolda el ediyorlar, arkadaşını tanıdığı için duruyor. Bir ilçeye gidiyorlar, çok affedersiniz lavabo ihtiyacım var diyor duruyor tır. Arkadan o arada saldırıyorlar, şoförün birisini öldürüyorlar, diğerini yaralıyorlar. Bu davada mahkeme işveren açısından illiyet bağının kesildiğinden bahisle davanın reddine karar vermişti. Biz faillerden bir tanesinin aynı işyerinin çalışanı olduğunu gözden kaçırdığı için mahkemenin, aslında adam çalıştırarak işverenin sorumlu olduğunu söylemiştik.

İşverenin araç işleteni olarak sorumluluğuna geçecek olursak, trafik iş kazası olaylar sadece klasik iş kazası olarak gerçekleşmiyor, karşımıza gelen olayların bir çoğunluğu trafik iş kazası gerçekleşen olaylardan da oluşuyor. Olayın bir trafik iş kazası şeklinde gerçekleşmesi durumunda, aynı olay içerisinde işverenin adam çalıştıran ve işleten olarak sorumluluğu aynı anda birlikte bulunabiliyor. Bu nasıl olacak diye sorarsanız, tabii ki mesela az önce verdiğim gibi, işveren bir servis aracı, temin ettiği servisi yine kendi işçisi kullanıyor, araçta kendi işçileri var. Servis işçisinin yüzde 100 kusurundan dolayı araç devrildi, içindekiler yaralandı. Mahkeme baktı ki, yüzde 100 kusur servis şoföründe. Tabii işverenin burada adam çalıştıran olduğunu gözden kaçırdı, işveren açısından dava reddedildi. Halbuki açıkladığımız hususlardan dolayı işveren adam çalıştıran olarak aynı zamanda araç kendisine aitse veya finansal kiralamaıyla kiraladıysa veya uzun süreyle kiraladıysa işleten olarak burada sorumlu.

Kanun yolu denetimde sıkça karşılaşılsa da, işverenin işyeri devri nedeniyle bedensel zararlardan sorumluluğu da var. Bunu zamanını almamak için uzatmıyorum. Uygulamada sıkça karşılaşılan, daha doğrusu benim karşılaştığım en çok sorun, asıl işveren alt işveren meselesinde karşımızsa gelmektedir. Asıl işveren alt işverenin işçisinin, daha doğrusu işçisinde meydana gelen bedensel zararlardan dolayı kendi kusuru bulunmasa bile, alt işverenden dolayı kusursuz olarak sorumlu. Asıl işverenle alt işveren ilişkisini saptamak her zaman burada benim şu şöyledir bu böyledir şekilde anlattığım kadar aslında kolay değil. Bu tür durumlarda dosyalarda taraflar arasında akdedilen sözleşmeler, tanıkların işin nasıl yürütüldüğüne dair beyanları ve tarafların açıklamaları titizlikle denetlenmesi önemli.

Dairemizin uygulamasına bakacak olursak, her ne kadar taraflar arasında, daha doğrusu aralarında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu iddia edilen taraflar arasındaki ilişkiye her ne kadar anahtar teslimi götürü bedeli olarak ifade edilmiş ise de, aradaki sözleşmede asıl işverene olağan denetim sınırlarını aşan, olağanüstü yetkiler verilmişse, her ne kadar sözleşme anahtar teslimi götürü bedeli olarak belirlenmişse de, biz o olağanüstü yetkileri bulunan kişileri asıl işveren olarak kabul ediyoruz.

Olağanüstü yetkiler ne diye soracak olursanız, alt işverenin işçisini işten çıkarma yetkisi, iş güvenliği anlamında işçi kendi iş güvenliği uzmanlarına denetlettirme yetkisi, sözleşmenin sebep göstermeksizin feshedilme yetkisi sayılabilir. Yine dairemizin, iş sahibinin inşaat işini bölümlere ayırıp vermesi konusunda da işi yaptıranın inşaatı yaptıranın asıl işveren olduğu yönünde bir görüşü var. Örnek olarak açıklayacak olursam, ben bir inşaat yaptırıyorum, bu inşaatın kaba işçiliğini birisine verdim, penceresini birisine verdim, elektrik tesisatını birisine, çatısını birisine, diğer sıhhi tesisat işini de başkasına verdim. Bu durumda dairemiz inşaatı yaptıran kişinin müteahhitliğe soyunduğu, dolayısıyla asıl işveren olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşünde.

Bu konuda bahsedilmesi gereken diğer bir önemli husus da, uygulamada sıkça karşılaşıldığı gibi, asıl işverenle alt işveren arasında sorumluluğun alt işverene ait olduğu konusunda yapılan anlaşmanın, kazalıya veya ölmüşse hak sahiplerine karşı ileri sürülemeyeceğidir. Biz temyiz dilekçelerinde, özellikle bizim aramızdaki sözleşmede sorumluluğun alt işverene ait olduğuna dair kayıtlar var şeklinde sıkça karşılaşmaktayız. Ama bilinmesi gereken hususu, bu sözleşme sadece kendi taraflarını bağlar, bu sözleşmenin tarafı olmayan işçiyi sigortalıyı veya ölmüşse hak sahiplerini bağlamaz.

İşverenin kaçınılmazlıktan dolayı sorumluluğu, yine burayı kısa geçeceğim. Kaçınılmazlık her türlü önlemin alınmasına rağmen, iş kazasının veya meslek hastalığının meydana gelmesi önlenemiyorsa, burada biz kaçınılmazlık olduğunu söylüyoruz. Ancak iş kazalarında genel olarak kaçınılmazlıktan pek bahsedemsek de, kaçınılmazlık asıl meslek hastalıklarını, özellikle bu ocak içi madden işçiliğinde toz solunmasına bağlı pnömokonyoz hastalığında, tozun ocaktan tamamen uzaklaştırılması mümkün olmadığı için, bir miktar kaçınılmazlığın bulunduğu kabul ediliyor.

Peki, kaçınılmazlıktan işverenin sorumluluğu ne olmalıdır? Yargıtay'ın bu konudaki görüşü, yüzde 50'den az olmaması gerektiği konusunda. Ama tabii bizim dairemiz işverenin kaçınılmazlıktan sorumluluğunu yüzde 60 olarak belirliyor. Biz yüzde 60 sorumludur diyoruz, kaçınılmazlığın yüzde 60'ından işveren sorumludur diyoruz hakkaniyet gereği.

Teknik arızayı, işyerindeki makinelerin teknik arızasından kaynaklanan iş kazalarında, biz teknik arızanın işvereni sorumluktan kurtaran bir neden olarak kabul etmiyoruz. Bütün bu açıklamalardan sonra işverenin sorumluluğunun hukuki sebeplerini genel hatlarıyla belirlediğimize göre, işverenin sorumluluğunun birden fazla, daha doğrusu iş kazasının birden fazla kişinin kusurlu hareketiyle meydana gelmesi durumunda, işverenin sorumluluğunun ne olduğunu açıklayacak olursak, işveren diğer kazanın meydana gelmesinde kusuru bulunanla birlikte müştereken müteselsilen sorumlu. Yine müştereken müteselsilen sorumluluğu hepimizin bildiğini varsayıyorum ve anlatmıyorum sorumluluk ne şekildedir diye. Burada sadece meslek hastalıkları açısından ayrı bir açıklama yapacak olursam, birbirinden farklı işyerlerinde değişik şartlarda çalışan işçide bir meslek hastalığı meydana geldi. Bu meslek hastalığının meydana gelmesinde her bir işyerinin ayrı ayrı katkısı var. Biz bu farklı işyerlerinin arasındaki sorumluluğun müteselsil sorumluluk olmadığını, her işverenin kendi kusuru oranında sorumlu olması gerektiğini düşünüyoruz. Bu durum sadece meslek hastalığından kaynaklanan bedensel zararlara has bir konu.

İşverenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran haller, sigortalının kusuru. Burada yine bunun detayına girmeyeceğim, ama sadece akılda kalıcı bir örnek vermek istiyorum. Sigortalının kusuru elbette tam kusur değilse, tazminatın miktarının belirlenmesinde çok önemli bir husus. Ancak sigortalının kusuru eğer yüzde 100'ü buluyorsa, biz burada illiyet bağının işveren açısından kesildiğini söylüyoruz.

Şöyle bir açıklayayım, okuduğum dosyalardan bir tanesinde çok güzel bir örnek vardı. Büyük bir içecek firmasının çalışanı şirkete ait aracı kullanıyor, kendisi şoför. İşte İstanbul Maltepe'de gittiyseniz bilirsiniz, orada dar yollar. Uzun bir trafik kuyruğu, kendisinin acelesi olduğunu düşünüyor müteveffa. Kırmızı ışıkta önünde üç-dört araç beklemesine rağmen, birden direksiyonu sola kırıp onları geçmek amacıyla gaza basıp karşıdan gelen minibusle çarpıştığı olayda, biz müteveffanın yüzde 100 kusuru nedeniyle gerek karşıdaki minibüs şoförü, gerekse işveren arasındaki illiyet bağının kesilmesi nedeniyle davanın reddi gerektiğini söylemiştik; bu herhalde iki-üç senelik bir içtihat.

Üçüncü kişilerin kusuru yine yüzde 100'ü bulduğu takdirde illiyet bağıını kesiyor. Bazen salt kazalıyla üçüncü kişi müşterek kusurla kaza meydana gelmişse, yine işverenin illiyet bağıını kesiyor. İş kazasının aynı işverenin, tabii burada önceki yaptığımız açıklamaları da hatırlatacağım. Bir iş kazası var, bu iş kazasının meydana gelişinde kazalı dışındaki birisinin yüzde 100 kusuru var. Eğer bu birisi dediğimiz üçüncü kişi işverenin kendi işçisi ise, burada illiyet bağıının kesildiğinden bahsedemeyiz. Neden? Çünkü o işveren o işin kusurundan zaten adam çalıştıran olarak sorumludur. Burada üçüncü kişiye kusur illiyet bağıını kesti diyemeyiz.

Mücbir sebep, yine bu mücbir sebep uygulamada kaçınılmazlıkla sıklıkla karıştırılıyor. Ancak mücbir sebep sevgili katılımcılar, mücbir sebebi kaçınılmazlıktan ayıran husus, mücbir sebebin öngörülemez olmasıdır. Kaçınılmazlık öngörülebiliyor, ancak ne yapılırsa yapılsın önlenemiyor, ancak mücbir sebep önlenememesi mümkün değil. Burada fazla detaya girmeden hemen örneklerden açıklama yapacağım. Bir hortum şeklinde meydana gelen fırtınada, biz o hortumun meydana geldiği yerde doğal afet olarak çok sıklıkla karşılaşılması nedeniyle, hortumun işçilerin kullandığı konteynırı alıp en yakındaki tepenin eteklerine fırlatmasından ve eşinin ölmesinden dolayı mücbir sebep nedeniyle illiyet bağıının kesildiği sonucuna varmıştık. Çünkü burada hortum gerçekten o bölgede sıkça karşılaşılan bir doğa olayı değildi, Antalya gibi değildi mesela.

Gelelim tam tersine olayda mücbir sebebin olması, her zaman... Daha doğrusu olayda bir doğal afetin olması, her zaman mücbir sebep nedeniyle illiyet bağıının kesilmesini gerektirmez. Yine bir dosyamızda, dışarıda hortum şeklinde bir fırtına olduğunu gören işverenin, kül tablalarının düşüp kırılmaması için işçisini dışarıya yollayıp kül tablalarını toplamasını istemesinde ve işçinin rüzgar nedeniyle düşüp bileğini kesmesinde, biz mücbir sebep nedeniyle davayı reddeden mahkemenin kararını, işverenin burada kusuru olduğundan bahisle bozmuştuk.

İhale makamının sorumluluğu, buna fazla değinmeyeceğim, şeye beraber değineceğim daha doğrusu; işin tamamının anahtar teslimi verilmesi. İşin bir kamu kuruluşu tarafından ihaleyle veril-

mesi ve anahtar teslimi olarak tamamının yaptırılması durumunda, işi veren durumunda olan gerçek veya tüzel kişi sonucunda oluşan bedensel zararlardan dolayı kural olarak sorumlu değildir. Çünkü bu gibi durumlarda işverenin işçi çalıştırdığı bir işyeri ve dolayısıyla işveren sıfatı yoktur. Ancak ihale eden kurum, asıl işinin bir parçasını vermişse, artık olayın ihaleyle verildiği veya anahtar teslimi götürü bedelle verildiği kapsamından çıkıyor, asıl işveren ve alt işveren ilişkisini doğuruyor.

Bunun dışında sözleşmeye anahtar teslimi yazılmasına karşın işçi temini sonucunu doğurması gibi muvazaalı işlemler söz konusu ise, elbette kendini ihale makamı olarak adlandıran dahi sorumlu olacaktır.

Başkanım hızlı hızlı geçiyorum, ama bu bahsettiğimiz konular bizim dairemizin bütün konusu olduğu için, bütün gün konuşulabilir, ben sadece kısa zamana sığdırmaya çalışıyorum.

Son konuya geçtim, işverenin bedensel zararlar nedeniyle sorumluluğunun kapsamı nedir diye soracak olursak, biz bu kapsamla iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davaları olarak karşılaşıyoruz. Maddi tazminat davalarının neler olduğu yarınki konuşmamın konusu, hesabın nasıl yapılacağı, kusur raporu, kusur tespitleri ne şekilde uygulama yapılacağı yarınki konuşma konusu olduğundan burada detaya girmeden, sadece maddi zararın kapsamının geçici iş göremezlik zararı, sürekli iş göremezlik zararı, bakıcı giderleri ve ölmüşse destekten yoksun kalma zararları olarak gruplandırabiliriz.

Bunun dışında iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici veya sürekli iş göremez duruma gelen sigortalı veya ölüm söz konusu ise hak sahipleri, Türk Borçlar Kanununun 56.maddesine göre manevi tazminat isteyebiliyorlar. Burada özellikli bir durumdan bahsetmek istiyorum. Eski Borçlar Kanununda manevi tazminat talep etme hakkı sadece kazalıya tanınmışken, Yargıtay uygulamasıyla ağır bedensel zarar durumunda kazalının yakınlarının da manevi zarar isteyebileceği kabul ediliyordu.

6098 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde, maddeye bunu aldı. Artık ağır bedensel zarar durumunda işçinin yakınlarının da manevi tazminat isteyebileceği kabul ediliyor. Bunun dışında iş kazası

sonucu oluşan sürekli iş göremezlik oranı yüzde sıfır olsa dahi, bu işçinin manevi yönden bir zarar gördüğü ve manevi tazminat talep etme hakkı bulunduğu hiçbir zaman gözden kaçırılmamalı.

Ben konuşmamı burada sonlandırıyorum. Beni dinlediğiniz için herkese çok teşekkür ederim, umarım faydalı olabilmiştir diye düşünüyorum. (Alkışlar)

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Fatih Beye çok teşekkür ediyorum. Araya girip bir şeyler ben de söyleyeyim, şuraya oturduk biraz katkımız olsun.

Şimdi bizim toplumda avukata önceden danışma, bir işi yapmadan önce bu danışmayı yaparak bilgi alma kültürü yok. O yüzden bizde uzlaşma diye çok güzel bir kelime var, uzlaşma çok güzel. Fakat bedensel zararlarda, zarar görenle... Şimdi CMK Ceza Muhakemesi Kanununda uzlaşma müessesesi var. Şimdi basit müessif veya taksirli sayılan fiillerde savcılık dosyayı uzlaştırma büroları oluştu şimdi, bunlara gönderiyor. Bu uzlaştırma bürolarında yetkili olanlar, yani arabuluculuk gibi bir müessese bu. Yetkili olanlar, mesela benim iki tane personelim şimdi uzlaştırmacı. Şimdi bunlar, bunun içinde dolandırıcılık filan da var da, bedensel zararı da kapsadığı için söylüyorum.

Şimdi burada CMK 253 olacak, madde hükmüne göre uzlaştırmacının önünde imza attığınız zaman maddi ve manevi tazminat konusunda imza, ben aldım ve imza attığınız zaman dava açamazsınız diye hüküm var. Bu uzlaşma sonunda da bize davalar geliyor. Şimdi bu uzlaştırmacılar sanki bu müessese bir ceza müessesiymiş gibi, sadece ceza müessesesi olarak eğitiliyorlar. Bunun hukuki sonuçlarını bilmiyorlar. Zaten bunlar hukukçu da değil. Bilmedikleri için burada bedensel zarara uğrayanlar hak kayıpları olabilir. Yani toplumun da bu konuda, sadece avukatların değil halkın insanlarımızın da bilgi sahibi olması lazım. Oradaki attıkları imzanın bağlayıcı olduğunu, toplum kültür olarak edinmeli.

Bize şöyle geliyor. Yüzde 23 malul iş kazası. Gitmiş almış uzlaştırmacı, taksirli ya çakmış imzayı, işte 5 bin lira üzerinden anlaştılar diye. Şimdi bilmiyor ki, biz de tekrar dava açınca tabii o maddeye dayanarak hâkim reddetti biz de bozduk. Dedik ki, ar-

kadaş bu müessesede diyor ki, maddi ve manevi tazminat konusunda uzlaşacaklar. Sen bir para alıp vermişsin adı yok, ne olduğu belli değil. Bu dava görülür. Sen zararı hesapla, manevi tazminata da hükmet dedik. Şimdi diğer dairelere geliyor mu bilmiyorum, ama çok böyle davalar gelecek. Avukatların önüne de iş gelecek.

Şimdi bu konu çok önemli, bu konuda Üstün Hocamız var, profesörümüz var, yazan çizen de yok. Sadece ben bir yerde yazmıştım. Bu konu çok önemli, herkes üzerinde durması gereken bir mesele.

Şimdi bu Yargıtay bir okuldur, bir ekoldür dedim. Bu okulda ekolde yetişen çok değerli hâkimler beraber, biz tetkik hâkimliği de yaptık, beraber çalıştık. Daha sonra bizim dairemizden iş dairesine gitti, oradan genel kurula tetkik hâkimliğine gitti, oradan da BAM üyeliğine gitti. Hem iş hukukunda, hem de sosyal güvenlik hukuku alanında Türkiye’de yetişmiş en iyi hukukçulardan birisi olarak tanımlayacağım Sayın Zehra Ayan’a söz vermek istiyorum. Buyurun Sayın Ayan.

İŞVERENİN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

Zehra AYAN

Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri 6. Hukuk Dairesi Üyesi

I- İŞVERENİN BEDENSEL ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

İş kazaları ve meslek hastalıkları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce,

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332. maddesi),

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 ila 87. maddeleri,

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. vd. maddeleri (mülga 506 sayılı Kanun'un 11 ila 26. maddeleri),

Olmak üzere üç temel düzenleme var idi. 4857 sayılı İş Kanunu'nun iş güvenliğine ilişkin 77. ve devamı maddeleri 6331 sayılı Kanun'un 37. maddesi uyarınca 01.01.2013 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverenin sorumluluğu genişletilmiştir. Ancak, mülga 4857 sayılı Kanun'un 77. ve devamı maddelerinin uygulandığı dönemde de, Yargıtay içtihatları ile işverenin sorumluluğunu 6331 sayılı Kanun hükümlerine benzer şekilde yorumlanmıştır.

Yargıtay uygulamasında, ilk kararlarda işverenin iş kazaları ile meslek hastalıklarından doğan sorumluluğunun haksız fiile dayandığını kabul etmişken, zamanla işçinin daha yararına olan akdi sorumluluk esasını benimsemiştir. Sosyal, ekonomik ve kültürel alanda meydana gelen gelişmeler nedeniyle akdi sorumluluğun da yetersiz kalması üzerine, Yargıtay uygulamalarında istikrarlı şekilde tehlike sorumluluğu görüşünü kabul etmektedir. Zira, sanayinin gelişmesi ve yurt düzeyine

yayılması sonucunda işyerlerinde kullanılan teknik ve motorlu araçların her geçen gün daha fazla artması ve bu nedenle de alınabilecek her türlü önlemlerle dahi önüne geçilmesi olanağı bulunmayan tehlikelerin ortaya çıkması, dolayısıyla iş kazaları ve meslek hastalıklarının büyük artışlar göstermesi karşısında kusura dayanan sorumluluk ilkesinin yetersiz kaldığı, modern toplum hayatının ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmüştür. İşte son zamanlarda kendisini yoğun bir biçimde hissettiren teknik ve teknolojik alanlardaki bu gelişmeler, kusursuz sorumluluğun bir türü olan tehlike sorumluluğu kavramını ortaya çıkarmıştır. Tehlike sorumluluğunu savunanlar işverenin özen borcunu ideal ölçüler içinde yerine getirmesi halinde dahi, meydana gelen zarardan yine de sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır (Yargıtay 21. HD. 10.05.2011, 2010/11670-2011/4482)

Öte yandan, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları gereğince, cismani zarar ve ölüm olaylarında ödenecek tazminat sosyal sigortalarca karşılanmayan zararın giderilmesi ilkesine dayanır. Ancak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.06.2018 tarih 2016/5 Esas - 2018/6 Karar sayılı kararında, anne ve/veya babanın çocuğunun haksız fiil ve veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminat davalarında, destek ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağı, destekten yoksun kalma tazminat davalarında çocukların anne ve/veya babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiği kabul edilmiştir. İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesine göre, "Destekten yoksun kalma tazminatının doğumu için destek ile tazminat talebinde bulunan kişi arasında bir destek ilişkisi bulunmalıdır. Burada bahsedilen destek ilişkisi hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar. Destek ilişkisinin varlığında destek olunanın ihtiyaçlarının sürekli ve düzenli olarak karşılanması yer almaktadır. Burada ifade edilmek istenen süreklilik ve düzenlilik hali yardımın belirlenen zamanlarda ve belirli miktarlarda yapılması değil, eğer destek ölmeseydi yardımların devam edeceğine dair bir beklentinin bulunmasıdır. Eğer yardım devamlı destek saiki ile değil de, tek seferlik, geçici, düzensiz ya da gelişigüzel zamanlarda yapılıyor ve ileride yardımın devam edeceğine dair bir beklenti yaratmıyorsa, bu durumda desteğin sürekli ve düzenli olduğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır."

Anılan içtihadı birleştirme kararı sonrasında, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, farazi desteğin karine olduğu kabul edilerek, 6098 sayılı Türk

Borçlar Kanunu'nun 50. ve 51. maddeleri uyarınca, somut olayın özelliğine göre anne ve baba yararına, anne ve babanın birbirlerinden gördükleri destek ile varsa diğer çocuklarından alabilecekleri destekler de dikkate alınarak hakkaniyete uygun makul bir maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Yargıtay 21. HD. 24.12.2018, 2018/3392-2018/9597).

II- İŞVERENİN BEDENSEL ZARARLARDAN SORUMLULUĞUNU SONA ERDİREN VEYA SINIRLAYAN (DARALTAN) HALLER

1) İLLİYET BAĞININ KESİLMESİ

İş kazası nedeniyle işverenin sorumlu olması için, işverenin iş güvenliği önlemlerini alma ve özen gösterme yükümlülüğüne aykırı davranışı veya ihmâl göstermesi sonucu kaza meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir deyişle, işverenin iş kazasından sorumlu tutulması için kusurunun kanıtlanmış olması gerekir. Özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. İşverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez.

Kusur sorumluluğunda ise üç halde illiyet bağı kesilebilir. Bunlar, mücbir neden, zarar görenin ve üçüncü kişinin ağır kusurudur. Öğretide illiyet bağını kesen nedenlerin bütün sorumluluk halleri için geçerli olduğu vurgulanmaktadır.

Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir (Yargıtay 21. HD. 06.06.2017, 2016/1135-2017/4959).

a) Sigortalının ağır/tam kusuru

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi hükmüne göre, "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."

Yargıtay içtihatlarına göre, teknik bilgi gerektiren hallerde mahkemelerce konusunda uzman kişilerden bilirkişi raporu alın-

ması gerekli olmakla birlikte, bilirkişilerin raporundaki değerlendirmelerin mahkemelerce denetlenmesi, gerektiğinde mahkemece ek rapor alınması, ek rapora rağmen bilirkişi değerlendirmesinin oluşa uygun düşmediği tespit olunması halinde ise, gerekirse bir başka bilirkişi heyetine olayın incelenmesi gerekir (*Yargıtay 21. HD. 21.03.2017, 2016/9785-2017/2262; 28.02.2017, 2016/1108-2017/1492; 27.12.2016, 2015/21672-2016/15660; 27.12.2016, 2015/20789-2016/15663; 16.05.2017, 2016/10914-2017/4039; 07.09.2015, 2015/1499-2015/15871*).

b) Üçüncü kişilerin ağır/tam kusuru

Olay salt kazalı işçi ve üçüncü kişinin müşterek kusurları ile meydana gelebilir. Bu durumda da illiyet bağı ortadan kalkacağından işveren sorumluluktan kurtulur. Ancak, iş kazası, (işveren ile aralarında hizmet ilişkisi bulunan kişiler dışında kalan) üçüncü kişilerin kasti veya kusurlu eylemleri ile meydana gelmişse ve illiyet bağı varsa, bu kişiler de kusurları oranında sorumlu olurlar.

Üçüncü kişilerin istihdam edenleri de, ayrıca istihdam eden sıfatı ile sorumlu olurlar.

Bir trafik-iş kazası olayında üçüncü kişiye ait araç sürücüsünün tam kusurlu olması halinde veya olayın tamamen kazalı araç sürücüsü işçi ile üçüncü kişi araç sürücüsünün birlikte kusurları ile gerçekleşmesi halinde işveren sorumlu olmayacaktır (*Yargıtay 21. HD. 02.12.2013, 2013/16516-2013/22361; 11.05.2017, 2016/16707-2017/3822; 07.02.2011, 2010/791-2011/785*).

c) Mücbir sebep

Mücbir sebep, sorumlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, borcun ihlaline mutlak olarak kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (Eren, Fikret, Sorumluluk s. 96).

Mücbir sebebin, sorumluluğu daraltan bir neden olarak öğretide ifade edilen "kaçınılmazlık"tan farkı ise, mücbir sebepte harici etken şiddetli (yoğun) iken, kaçınılmazlıkta bu şiddet (yoğunluk) aranmaz. Başka bir ifade ile, kaçınılmazlık öngörülebilir iken, mücbir sebep öngörülemez.

Deprem, Yargıtay içtihatlarında mücbir bir sebep olarak kabul edilmiştir (21. HD. 03.10.2002, 2002/7848-2002/8013).

Zelzele, yıldırım düşmesi, şiddetli kış, pek şiddetli ve anormal yağmurlar, sel, anormal fırtına, kasırga, hortum vs. gerçekleşmesi öngörülmemiyorsa mücbir sebep kabul edilebilir. Mücbir sebep teşkil eden olay, doğal bir olay olabileceği gibi savaş, genel grev gibi sosyal bir olay da olabilir.

2) İHALE MAKAMININ SORUMLU OLMAMASI

“İhale makamı” ile “asil işveren-alt işveren” kavramları uygulamada birbiri ile karıştırılmaktadır.

4857 sayılı Kanun’un 2/6. maddesi ile işçilerin İş Kanunu’ndan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları, 5510 sayılı Kanun’un 12/6. maddesi ile de Kurumun alacakları ve işçinin sosyal güvenlik hakkı daha geniş koruma-güvence altına alınmak istenmiştir.

Asil işveren ile alt işverenin birlikte sorumluluğu “müteselsil (dayanışmalı) sorumluluktur”. Asil işveren, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrası gereğince alt işverenin işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan alt işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan alt işverenin işçisi veya ölümü halinde mirasçuları tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asil işveren ve alt işverene karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asil işverene veya alt işverene karşı da açabilirler.

Öte yandan, asil işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçuları da bağlamaz.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin 6. fıkrası ile Yargıtay içtihatlarına göre, alt işverenden söz edebilmek ve asil işvereni, alt işverenin (aracının) borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.

- a) İşyerinde işçi çalıştıran bir asil işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan “işveren” sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

- b) Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.
- c) İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır.
- d) İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.
- e) İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.
- f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölümü ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır (*Yargıtay 21. HD. 26.02.2019, 2018/3037-2019/1384*).

Yargıtay içtihatlarından örnekler verirsek;

ASKİ'nin kendi asıl işlerinden olan alt yapı inşaatı işini ihale ile bir şirkete vermesi onu asıl işverenlik sıfatından ve bunun doğal neticesi olarak da sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda kendine ait işi bir başkasına yaptıran kişi ya da kurum alt işverenin (taşeronun) ve bu alt işverenin istihdamlarının kusurlarından onun ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (*Yargıtay 21. HD. 26.02.2019, 2018/2967, 2019/1388*).

Toplu Konut İdaresi Başkanlığının anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile diğer davalı şirket ortaklığına iş (120 konut ve 1 ticaret merkez inşaatını) yaptırması ve ihale makamı konumunda bulunması nedeniyle davalı kurum yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekir (*Yargıtay 21. HD. 06.11.2017, 2016/4252-2017/8868*).

İl Özel İdaresinin işi (köy depo inşaatı) anahtar teslimi götürü bedel sözleşme ile davalı diğer şirkete vermesi ve ihale makamı konumunda bulunması nedeniyle hakkında davanın reddine karar verilmesi gerekir (*Yargıtay 21. HD. 25.04.2017, 2016/16186-2017/3512*).

3) İŞİN TAMAMININ ANAHTAR TESLİMİ VERİLMESİ

İşin bir bölümünde işçi çalıştırmayan, işin tamamını anahtar teslimi ve ihale yolu ile başkasına devreden ve işten elini çeken kişi asıl işveren olarak nitelendirilemez.

Anahtar teslimi işte, işverenin asıl faaliyet alanı olan mal ve üretim alanı dışında bir yapım işi sözkonusudur.

Bu anlamda asıl işverenin faaliyet alanı olmadığı ve devamlılık göstermediği sürece anahtar teslimi sureti ile verilen yapım ve inşaat işleri, mal ve hizmet üretimine ilişkin işler olarak kabul edilemez. Zira, Yargıtay içtihatlarına göre, bir kişinin faaliyet alanı yapım ve inşaat işi ise, bu zaten asıl iş kapsamında değerlendirilir. Asıl iş için ise, mal ve hizmet üretim unsuru aranmaz (*Yargıtay 22. HD. 11.02.2019, 2017/19030-2019/2932*).

Uygulamada anahtar teslimi iş verilmesi genel olarak inşaat işlerinde söz konusudur.

Yargıtay içtihatlarından örnek verirsek, asıl faaliyet alanı cam eşya vs. üretimi olan davalı şirketin “yeni mamul ve ambalaj ambar binası inşaatının” yapılması işini sözleşme ile diğer davalı şirkete anahtar teslim olarak verdiği anlaşılmalı bu davalının asıl işveren olarak kabulü mümkün değildir (*Yargıtay 21. HD.26.03.2018, 2016/18289-2018/2777*).

4) ZAMANAŞIMI

a) Genel olarak zamanaşımı

Yargıtay’ın istikrar kazanmış uygulamalarına ve öğretiyeye göre, zamanaşımı hukuki niteliği itibariyle, maddi hukuktan kaynaklanan bir def’i olup; usul hukuku anlamında ise, bir savunma aracıdır (*Yargıtay 21. HD.’nin 05.12.2017 tarih ve 2016/6148, 2017/10186*).

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 317 ve 319. maddeleri uyarınca dava dilekçesinin davalı tarafa tebliği üzerine iki haftalık süre içerisinde zamanaşımı def'inde bulunabileceği kabul edilmelidir. Belirtilen süre geçtikten sonra yapılan zamanaşımı def'inin geçerli sayılabilmesi için davacı tarafın açıkça muvafakat etmesi gerekir. Diğer bir deyişle süre geçtikten sonra ileri sürülen zamanaşımı def'ine davacı taraf muvafakat etmezse zamanaşımı def'i dikkate alınmaz.

Yine Yargıtay içtihatlarına göre, davalı cevap dilekçesinde zamanaşımı define bulunmamış olsa bile cevap dilekçesini ıslah ederek savunmasını genişletecek şekilde zamanaşımı define bulunabilir (*Yargıtay 21. HD. 21.06.2016, 2016/7311-2016/10374*).

b) İş kazaları ve meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminat davalarında zamanaşımı süreleri

aa-İşveren yönünden zamanaşımı

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, iş kazaları ve meslek hastalıklarından kaynaklanan tazminatın zamanaşımına ilişkin özel bir düzenleme yapılmadığından, işveren yönünden zamanaşımı 818 sayılı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 10 yıl olarak uygulanmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde de, zamanaşımı süresi 10 yıl olarak öngörülmüştür.

Zamanaşımı süresi, iş kazalarında olay tarihinden başlar.

Meslek hastalığından kaynaklanan tazminat davalarında zamanaşımı süresi, meslek hastalığının tespit edildiği rapor tarihinden itibaren başlar. Meslek hastalığından kaynaklanan işgöremezlik oranının arttığı yeni bir rapor ile belirlenirse, artan oran için sonradan alınan rapor tarihi itibarıyla zamanaşımı süresi başlar. Meslek hastalığı sonucu ölümden kaynaklanan tazminat davalarında zamanaşımı, ölüm tarihinden itibaren başlar.

Kural olarak zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına göre, zararın öğrenilmesi onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir

dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir.

Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Burada sözü edilen “gelişen durum” kavramı uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (Örneğin, buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Başka bir anlatımla, gelişen durum kavramı salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder (Yargıtay HGK'nun 01.03.2017, 2014/21-2372-2017/379).

Yargıtay 21. HD. bir kararında, “07.12.2001 tarihli iş kazası neticesinde her iki kolunda kırık olacak şekilde yaralanan davacı bakımından değişen ve gelişen durumun olmadığı ve davacının maluliyet oranındaki farklılığın maluliyet oranının değerlemesinden kaynaklı olduğu ve zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin olay tarihi olduğu ortadadır” şeklinde karar vermiştir (Yargıtay 21. HD. 13.11.2018, 2017/2002- 2018/8217).

bb-Üçüncü kişiler yönünden zamanaşımı

İş kazası, aynı zamanda motorlu araçların karıştığı bir trafik kazası niteliğinde ise bu halde, Karayolları Trafik Kanununun 109. maddesine göre “motorlu araç kazaları nedeniyle meydana gelen maddi zararlardan doğan davalarda zamanaşımı, zarar gö-

renin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde kaza gününden başlayarak 10 yıldır.”

İş kazasında kusuru bulunan üçüncü kişilerin istihdam edenleri kazalının işvereni değil işverenle alt-üst işveren ilişkisi de bulunmayan, tamamen başka işveren ise, bu halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 66. maddesi uyarınca istihdam eden sıfatı ile sorumlu olan bu işverenler yönünden zamanaşımı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 72. maddesi uyarınca iki ve on yıldır.

c) Ceza zamanaşımının uygulanması

İş kazasına konu olayın, aynı zamanda bir suç oluşturması durumunda, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 60/2. maddesine göre, ceza zamanaşımı daha uzunsa bu zamanaşımı süresinin dikkate alınması gerekir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 72. maddesi de aynı hükmü içermektedir.

Ceza zamanaşımı, öncelikle suç faili olan gerçek kişiler bakımından söz konusudur. Ceza yargılaması bakımından şüpheli durumunda bulunan işverenin kendisi, diğer işçileri veya olaya katılan üçüncü kişi işverenlerin işçileri veya doğrudan kendisi olaya katılan üçüncü kişiler bakımından sözkonusu olabilir.

Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, olayın, ceza kanunlarında suç sayılması yeterli olup, ceza zamanaşımının uygulanması için, ceza davasının açılması veya mahkûmiyet kararı verilmesi şart değildir.

d) Müteselsil sorumlulukta zamanaşımı

6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 155. maddesinde “zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine karşı kesilmesi durumunda diğerine karşı da kesilmiş olacağı” hüküm altına alınmıştır. Aynı kanunun 163. maddesine göre ise “Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir. Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder”. Devam eden 164. maddeye göre ise “Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def’i ve itirazları ileri sü-

rebilir. Müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur". Yargıtay 9. Hukuk Dairesi içtihatlarına göre, bu hükümler dikkate alındığında, zamanaşımı defi müteselsil borçlular için ortak bir defidir. Bu nedenle birinin ileri sürmesi halinde diğeri de yararlanır (Yargıtay 9. HD. 02.11.2015, 2014/16639-2015/30734).

e) Islahta zamanaşımı

Uygulamada, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması, dava açma tekniği bakımından, tümü ihlal ya da inkar olunan hakkın ancak bir bölümünün dava edilmesi, diğeri bölümüne ait dava ve talep hakkının bazı nedenlerle geleceğe bırakılması anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenmiş ilkeye göre, kısmi davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması, saklı tutulan kesim için zamanaşımını kesmez, zamanaşımı, alacağın yalnız kısmi dava konusu yapılan miktarı için kesilir. Kısmi dava, ancak dava konusu edilen (dava dilekçesinde belirtilen) miktar açısından zamanaşımını keser (Yargıtay 21. HD. 22.01.2019, 2017/5394-2019/320).

f) Belirsiz alacak davası açılması halinde zamanaşımı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararın göre, iş kazası sonucu bedensel zararlara ilişkin maddi tazminat alacakları ile destekten yoksun kalma nedeniyle doğan maddi tazminat alacakları, davanın açıldığı tarihte tam ve kesin olarak zarar miktarının belirlenmesi olanaklı olmadığından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre belirsiz alacak davası olarak açılabilir. Ancak, 6100 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce açılan kısmi davalar kendiliğinden belirsiz alacak davası olarak nitelendirilemez (Yargıtay HGK'nun 2013/10-436, 2013/1743 sayılı kararı).

Belirsiz alacak davası, davanın açıldığı tarih itibariyle zamanaşımını süresini keser.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına göre ise, manevi tazminat bölünemeyeceğinden, belirsiz alacak davasına ve tespit davasına konu olamaz (Yargıtay 21. HD. 06.03.2013, 2013/3004-2013/4066).

5) İBRA

Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını kapsayan sözleşmeye “ibra” denir.

Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, “ibraname” ile ilgili bir düzenleme ve tanım mevcut değildi.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 132. maddesinde, “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 132. maddesi, iş kazaları yönünün işveren dışındaki sorumlular hakkında uygulanacaktır. Aynı kanununun 420. maddesine göre, “İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksan-sız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür. Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevî diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.”

a) Biçim koşulu

Yazılı ibra sözleşmesi yoksa, ibra söz konusu olmaz. Ancak hükümsüzlük hali, ibraname içeriğini kabul eden davacı hakkında kabul edilen miktar bakımından uygulanamaz.

b) İbra tarihi koşulu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 420. maddesinde, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde yapılan ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmayacağı bildirilmiştir. Aynı maddede, alacağın bir kısmının ödenmesi şartına bağlı ibra sözleşmelerinin (ivazlı ibra), ancak ödemenin banka kanalıyla yapılmış olması halinde geçerli olacağı öngörülmüştür. 4857 sayılı Kanun’un 19. maddesinde, feshe itiraz

bakımından bir aylık hak düşürücü süre öngörülmüş olmakla, feshi izleyen bir ay içinde işçinin işe iade davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada feshi izleyen bir aylık süre, işçinin eski işine dönüp dönemeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir. O halde feshi izleyen bir aylık sürede işverenin olası baskılarını azaltmak, iş güvencesinin sağlanması için de gereklidir. Geçerli ve haklı neden iddialarına dayanan fesihlerde dahi ibraname düzenlenmesi için feshi izleyen bir aylık sürenin beklenmesi gerekir. Bir aylık bekleme süresi kısmi ibra açısından işçinin bir kısım işçilik alacaklarının ödenmesinin bir ay süreyle gecikmesi anlamına gelse de temelde işçi yararına bir durumdur. Hemen belirtelim ki, bir aylık bekleme süresi ibra sözleşmelerinin düzenlenme zamanı ile ilgili olup ifayı ilgilendiren bir durum değildir (Yargıtay 22. HD. 10.01.2019, 2017/18959-2019/410).

Bu kural, işgöremez durumuna gelen işçi yönünden söz konusu olacaktır. Anılan kural, konumları gereği işçinin iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümünde hak sahiplerinin tazminat istemleri hakkında uygulanmaz.

c) İbra konusu alacağın türünün ve miktarının belirtilmesi

İbra belgesinde alacağın maddi veya manevi tazminat olduğu açıklanmamışsa, ibraname hükümsüz sayılacaktır. Ancak, banka kanalı ile yapılan bir ödeme söz konusu olduğunda, davacıya bu miktarı maddi veya manevi tazminata mahsuben aldığı açıklattırılarak, hükmedilecek tazminattan mahsup edilmelidir.

6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce Yargıtay, ibra belgesinde alacağın maddi veya manevi tazminat olduğu belirtilmemişse ve davacı banka kanalı ile aldığı miktarı manevi zararına karşılık saydığını açıklamışsa veya işveren tarafından yapılan ödemenin bir miktarının manevi zarara karşılık yapıldığı ibranamenin içeriğinden anlaşılıyorsa, "manevi tazminatın bölünemeyeceği" ilkesine göre, manevi tazminatın tamamının karşılandığı şeklinde yorumluyordu (Yargıtay 21. HD.'nin 19.03.2007 tarih ve 2006/16566, 2007/4784). Ancak, 6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra, böyle bir ibra kesin olarak hükümsüz sayıldığından, ödeme ancak kısmi ifa olarak değerlendirilmektedir.

Tarafların yapılan ödemenin maddi ve manevi tazminatlara bölüştürülmesi konusunda anlaşmalarının söz konusu olmadığı, ödemenin dağılımı konusunda her hangi bir delilin ileri sürülmediği durumlarda

yapılan ödemenin maddi ve manevi tazminatlar arasında eşit olarak bölüştürülmesi gerektiği Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir (Yargıtay 21. HD. 19.12.2016, 2016/923-2016/15226)

d) Ödemelerin noksansız ve banka aracılığıyla yapılması gerektiği

İşverence yapılacak olan ödemelerin banka yoluyla yapılması zorunluluğunun getirilmesi, ibranamenin geçerliliği noktasında sonuca etkilidir. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına göre, banka dışı yollarla yapılan ödemelerde de borç ibra yerine tamamen veya kısmen ifa yoluyla sona ermiş olur (Yargıtay HGK 22.03.2017, 2015/7(9)-2567-2017/543).

e) Makbuz hükmü

İşverenden alınacak belgesi ve buna dayalı banka ödemesi diğer koşulları taşımasına rağmen, dava sırasında belirlenecek tazminat miktarının tamamını karşılamıyorsa, "ödeme hak tutarına nazaran noksansız" yapılmadığından ibraname olarak değil, makbuz olarak değerlendirilecektir. Ancak, bu halde zararın ibra tarihi itibarıyla belirlenmesi gerekecektir.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. 6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce Yargıtay, açık oransızlık olup olmadığına göre değerlendirme yapıyordu (Yargıtay HGK 06.02.2008, 2008/53-107).

6) FERAGAT

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (madde 307).

Feragatin geçerliliği için bunun davalı ve mahkeme tarafından kabul edilmesine gerek yoktur. Davacının davasından feragat etmesi ile, dava konusu uyuşmazlık sona erer. Bu nedenle mahkeme henüz feragat nedeniyle davanın reddine karar vermemiş olsa bile, davacı feragatten dönemez; feragati ile bağlıdır. Fakat Yargıtay içtihatlarına göre, davacı, feragatin hata, hile veya ikrah nedeniyle geçersiz olduğunu aynı davada ileri sürebilir veya feragatin feshi için ayrı bir dava açabilir. Türk Borçlar

Kanunu'nun 39. maddesine göre de, yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onanmış sayılır (Yargıtay 21. HD. 05.12.2016, 2016/12006-2016/14710).

Müteselsil sorumlulukta, kural olarak borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur. Bunun yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 168/2. maddesi gereğince alacaklı, diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi, diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülenden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da bu çerçevede kapsamında sorumluluktan kurtulmuş olur (Yargıtay 21. HD. 12.02.2018, 2016/12487-2018/1063).

7) KAÇINILMAZLIK

İşverenin bedensel zararlardan sorumluluğunu sınırlayan hallerden biri de kaçınılmazlıktır.

Öğretide, yargısal kararlarda ve kanunlarda kötü tesadüf, fevkalade hal, umulmayan durum, tesadüfi olay olarak da adlandırılan kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda "fennen önlenmesi olanaksız" başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemler alınmış olursa bile önlenemeyecek olan durumları ifade eder. Kaçınılmazlığın unsurları, 1- İrade dışında meydana gelen olay, 2- Davranış kuralının veya sözleşme borcunun ihlali, 3- İlliyet bağının bulunması, 4- Olayın önlenemezliği hususlarıdır.

İş kazasının kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43. maddesini (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesini) gözönünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden % 50'şer sorumluluğun paylaşılması ilk bakışta uygun görünebilirse de, işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yön-

dedir (Yargıtay 21. HD.'nin 05.11.2018 tarih ve 2017/1921, 2018/7879 sayılı kararı).

Sosyal Güvenlik Kurumunun açacağı rücu tazminat davalarında işveren kaçınılmazlık halinde sorumlu tutulmamaktadır (6098 sayılı Kanun 55. maddesi).

Kömür madenlerinde pnömokonyoz meslek hastalığı belli bir oranda kaçınılmazlık sonucu meydana gelmektedir. Yargıtay, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihinden önceki kararlarında, taraflar pnömokonyoz meslek hastalığının %100 oranında kaçınılmazlık sonucu meydana geldiği konusunda anlaşmış iseler, bu anlaşmaya bağlı olarak manevi tazminata karar verilmesi halinde, kusur raporu alınması gerektiği yönünde bozma kararları vermemekteydi. 6098 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra verdiği kararlarında, %100 kaçınılmazlık halinde Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu hakkı ortadan kalkacağından, mutlaka işverenin kusur oranının (varsa kaçınılmazlığın) tespiti için kusur raporu alınması gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 21. HD. 24.02.2014, 2013/2257-2014/3075).

8) İŞ KAZALARINDA MALULİYET ORANININ ARTIŞI HALİNDE KESİN HÜKÜM BULUNMASI

Yargıtay eski içtihatlarında, iş kazalarında maluliyet oranının artışı halinde, ilk maluliyet oranı nedeniyle hükmedilen ve kesinleşen tazminat davası bulunması halinde de, fark maluliyet oranı nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemini kabul etmiştir (Yargıtay 21. HD. 09.11.2010, 2010/4581-2010/11130; 29.11.2010, 2009/13107-2010/11724).

Ancak, Yargıtay yeni içtihatlarında, iş kazalarında maluliyet oranının artışı halinde, ilk maluliyet oranı nedeniyle hükmedilen ve kesinleşen tazminat davası bulunması durumunda, fark maluliyet nedeniyle açılan davanın kesin hükümden dolayı reddine karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır (Yargıtay 21. HD. 14.02.2017, 2016/11916-2017/952; 12.04.2016, 2016/4192-2016/6539).

Meslek hastalığı sonucu fark maluliyet halinde söz konusu yeni içtihat uygulanmamaktadır.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Konuşmacılarımıza ve dinleyenlerimize çok teşekkür ediyoruz. Sayın Mustafa Kamalak sanki bir şey söyleyecekti de... Soralım.

Mustafa KAMALAK- Öncelikle bütün arkadaşlara teşekkürlerimi arz ediyorum, gerçekten istifade ettim. Mümkünse o verileri de istirahat edeceğim, tabii büyük bir emeğin ürünüdür istifade edilmesi lazım.

Özel olarak da Fatih Beye bir sorum olacak. Deminki misalinizde, şoför işin acele olması münasebetiyle kırmızı ışıkta öndeki araçları sollayarak kazaya sebep oldu, karşıdan gelen minibüsle çarpıştı. Ama Yargıtay'ımız burada illiyet bağı kesildiği için işvereni sorumlu tutmadı dediniz. Peki, burada o şoförü işe alırken, biraz önce değerli arkadaşlarımızın anlattığı gibi özen borcunu yerine getirmiş midir? Yani o şoför daha önce de benzer kazaları yapmış olabilir. Bu durumda sorumluluk kalkmamalı ortadan, bu bir.

İkinci olarak, karşıdan gelen şoförün bir kusuru yok. Orada da hasar meydana gelmiş olabilir, ayrıntısını bilmiyorum belki kardarda vardır o. Yani eğer illiyet bağı kesildi diyecek olursak, karşıdan gelen minibüste maddi hasar meydana gelmiş olabilir, şoför ölmüş olabilir, yolcular olabilir orada. Onlarla ilgili ne gibi bir...

Teşekkür ederim.

Mehmet Fatih KAPUSUZOĞLU (Yargıtay 21.Hukuk Dairesi-Tetkik Hâkim)- Biz dosyamızın davalısı işveren olduğu için, biz sadece orada işveren açısından illiyet bağının kesildiğinden bahsettik. Tabii minibüs şoförünün veya işletenin maliki kimse onun açtığı davayı biz bilemiyoruz o dosyada nasıl bir karar verildiğini, ama bizim dosyamızda davalı işverendi. Tabii dosyada şu anda bizim hatırlayamadığımız, biz sadece emsal örnek olarak verdik. Şu anda hatırlıyorum desem yalan olur, ama muhtemelen onları biz değerlendirdik ve orada işçinin fiilinin illiyet bağını kesecek derecede kusurlu olduğuna karar verdik.

Mesut BALCI (Oturum Başkanı)- Şimdi Mustafa Bey de bir sorusu vardı, cevabını verecek, ondan sonra kapatıyoruz. Buyurun Mustafa Bey.

Mustafa ÖZER (Yargıtay 3.Hukuk Dairesi Üyesi)- Ben özür dileyerek tekrar sözü aldım. Şimdi kafalarda şey kalmasın diye. Sorunun cevabı, elbette tartışılabilir, ama ben kendi görüşüme göre, üç şıktan ikinci olan, yani adam çalıştıran sıfatı bulunmamaktadır, dolayısıyla sorumluluk da yoktur. Niye adam çalıştıran sıfatı yoktur? Az önce anlattık, adama çalıştıran sıfatı olması için bir bağımlılık ilişkisi olacak, ikincisi de talimatla benim iş görmem gerekecek. Halbuki ben ne Noterler Birliğine bağlıyım, ne de talimatla iş görüyorum.

Dolayısıyla bizim buradaki sunumumuz, dostane ilişkilere dayalı bir sunum gerçekleştiriyoruz. Bu nedenle de dostane ilişkilerde ne dedik? Adam çalıştıran sıfatı bulunmaz dedik. O halde adam çalıştıran sıfatı bulunmadığından sorumluluk da yoktur. Ancak haksız fiile uğrayan kişi ayrıca Yargıtay'a dava açabilir mi adam çalıştıran sıfatıyla? Çünkü ben Yargıtay'da çalışıyorum. Oraya da ancak hizmet kusuru nedeniyle dava açabilir, adli yargıda açamaz idari yargıda açar. Ama onu da idari yargı tartışır, yarınki arkadaşlar da onu tartışsın diyorum.

Hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

1. GÜN

2. Oturum

İdarenin Bedensel Zararlardan Sorumluluğu

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (Oturum Başkanı)

Öncelikle hoş geldiniz, bugünkü ikinci oturuma başlıyoruz. Bu oturumda ele alacağımız konu, idarenin bedensel zararlardan sorumluluğu.

Şimdi aynı konuda Kasım ayında yine Türkiye Barolar Birliği tarafından bir uluslararası sempozyum düzenlenmişti. O sempozyumda da, oturumlardan bir tanesinde de bu konu ele alınıp incelendi. Daha ziyade o gün o sempozyumda akademisyen ağırlıklı bir katılım söz konusuydu, konuşmacılar öğretim üeleriydi, idari hukuk öğretim üeleriydi. Bir yönüyle bu bedensel zararlar ve idarenin bedensel zararlardan doğan sorumluluğu ağırlıklı olarak sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi sonucu oluşan zararlar, bunu bir sayın meslektaşım anlattı. Yine bedensel zararlara yol açan bir başka idari etkinlik, idari faaliyet türü kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan kolluk faaliyetlerinden doğan zararlar nedeniyle idarenin sorumluluğu ve benzeniz de o günkü panelde terörle mücadele ve terör olayları nedeniyle ortaya çıkan bedensel zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu üzerinde konuşmuş idim.

Şimdi bugünkü oturumda ise, uygulamadan gelen değerli meslektaşlarımızla beraber olacağız, onlar uygulamanın içinde. Çok değerli Danıştay 10.Daire Üyesi Sayın Suna Türkoğlu Hanımefendi, Danıştay 10. Dairesi Tetkik Hakimi Gülşen Köse Hanımefendi ve Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı Sayın Cengiz Aydemir Beyefendi bu oturuma katılacaklar ve bedensel zararlardan doğan idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun dayanağı, sorumluluk nedenleri, bu konuda görüşlerini açıklayacaklar anlatacaklar.

Ben önce sözü Sayın Suna Türkoğlu'na bırakıyorum. Buyurun efendim.

Suna TÜRKOĞLU

Danıştay 10. Daire Üyesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan, sizi ve salonu saygıyla selamlıyorum. Öncelikle aramızda çok olmamakla beraber avukat meslektaşlarımızın avukatlar gününü kutluyorum. Benim için çok değerli bir alan avukatlık alanı. Çünkü sadece savunma anlamında değil, idari yargı yönünden bakarsanız, aynı zamanda iddia anlamında da çok ciddi desteklerine ihtiyacımız var. O nedenle yürekten kutluyorum ve avukatlar gününün gereği olarak da, adil yargılanma ilkesine sonuna kadar sadık çıkacak biçimde çalışmalarını sağlıklı yürütmelerini diliyorum.

Bizdeki adıyla tam yargı davalarına bir bakış açısı olarak kısaca şunun üzerinde durayım. Biz tabii Türkiye Cumhuriyetinin demokratik laik ve sosyal bir hukuk devleti olmasından hareketle ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması hükmünden hareketle bu tür davalara bakış açımızı bu noktadan başlatıyoruz. Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimini içeriyor ve tabii ki bu bağlamda idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı da ödemekle yükümlü.

Anayasanın bu hükümleri, yargı yerlerinin bizlerin denetim yaparken dikkate alması gereken en temel hükümler olarak karşımıza çıkıyor ve yargılama alanımızı da aslında bu anayasal ilkeler belirliyor. Bizim Borçlar Kanunundaki kadar ayrıntılı sorumluluk ya da tazminat hukukuna yönelik kurallarımız yok. Biz genel anlamda tazminat hukukunun kaynaklarını anayasadan başlamak suretiyle, idare hukuku ilkeleri içerisinde çözüyoruz. Hatta bu bağlamda da şimdi üzerinde duracağımız yargılama alanıyla ilgili olarak, bu konuyla ilgili olarak da öncelikle demokratik bir devlet olma özelliğimiz üzerinde, sosyal bir devlet olma özelliğimiz

üzerinde ve özellikle hukuk devleti olma özelliğimiz ve anayasal kriterlerimiz çerçevesinde idari yargıda görülmekte olan tam yargı davalarında sorunu ve idarenin kusur durumunu tespit etmeye çalışıyoruz. Dolayısıyla bu çalışma sırasında ya da bu yargılama faaliyeti sürecinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, Anayasa Mahkemesinin idari yargıyı nitelendirme konusundaki yaklaşımı ve Yargıtay'ın zarar tespiti noktasındaki hukuki değerlendirmeleri bizim açımızdan da dikkate alınması gereken, göz önünde bulundurulması gereken, hassasiyetle özenle altı çizilmesi gereken alanlar olarak karşımızda bulunuyor.

Dolayısıyla bu üç alanın yanı sıra tam yargı davalarını değerlendirirken de, öncelikle idarenin ne olduğunu, hangi idarenin karşımızda sorumlu idare olarak bulunması gerektiğini tespit ediyoruz. Sonra uyumsuzluk konusunu oluşturan zarar kalemlerini oluşturan uyumsuzlukta idari eylemin ne olduğunu nitelermeye çalışıyoruz. Ondan sonra da idarenin doğrudan sebep olduğu zararlar ya da dolaylı sebebiyet verdiği zararları ayıklamaya çalışıp, bu noktadan sonra ortaya çıkan zararları tazmin için hangi kriterleri kullanacağımız üzerine bakıyoruz.

Tabii bu söylediğim her bir uyumsuzluğun yargısal yönden çözülmesi sırasında böyle bir şablon gibi önümüze alıp da, önce şu mu sonra şu mu şeklinde bir nitelendirme değil, ama genel anlamda yaklaşımımız bu şekilde; dolayısıyla önümüze gelen uyumsuzluk bu kapsamda değerlendirilmek durumunda.

Yine anayasa gereği, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması gereken yargı yetkisinin idari yargı tarafından kullanılan kısmı, yine idari yargının özelliği bağlamında ele alınmak durumunda ve bu nedenle de ayrı bir idari yargı teşkilatı tarafından değerlendirilmesi gerektiği hususunu sonuna kadar savunan kişilerden bir tanesiyim. Dolayısıyla aynı yasal hükümler çerçevesinde uyumsuzluklar hakkında karar verecek olsak da, adli idari yargı ayırımının belki en iç içe geçmiş konular gibi gözüküyor olmasına rağmen, tam yargı davaları kapsamında da ele alınması gerektiğini düşünmekteyim.

Nitekim bu düşüncemi ifade eder tarzda 2014 senesinde verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı var. Burada Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin başvurusu üzerine 55.maddenin Askeri

Yüksek İdare Mahkemelerini tazminat konusunda sınırlandırmış olmasından hareketle yapılan bir başvuruyu, idari yargının özelliğini dikkate almak suretiyle sınırlama yapmadığı gerekçesiyle reddeden Anayasa Mahkemesinin kararının bizimle ilgili olan kısmı üzerinde durmak istiyorum.

Aslında tabii bu sempozyumda idari yargıya ayrılan süre belki bedensel zararların daha ziyade kişiler tarafından yaratılmış olması noktasında hareketle, daha çok özel hukuk ağırlıklı bir sempozyum. Dolayısıyla benim 20 dakika içerisinde size bütün bir idari yargının tam yargı davalarına bedensel zararlar kapsamında da bir bakışını sergilemem mümkün değil. Ama ne yönden bakıyoruz, bu tür davalara hangi yaklaşımla bakıyoruz anlamında idarenin tazmin sorumluluğunu -55.madde bağlamında geliyorum- hangi açıdan baktığımızı ifade etmek için bu paragrafı okuyacağım.

İdarenin tazminat sorumluluğunu daralttığı iddiasıyla 55.madde yönünden gidilmişti. İdari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, idari yargı mercilerini asliye hukuk mahkemesine dönüştürdüğü, bu yargılamanın bütünlüğünü bozduğu, eşitsizliğe sebebiyet verdiği, yargılamanın uzamasına neden olduğu gibi birtakım iddialarla açılmış bir başvuru, yapılan bir başvuru.

İtiraz konusu kuralda, idari eylem ve işlemlerle 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 yolundaki kriter, aslında bizim bakış açımızla Anayasa Mahkemesinin bakış açısı birlikte aynı noktada. Anayasanın 2.maddesi uyarınca hukuk devleti olma ilkemizden hareket ediyoruz, Anayasanın 125.maddesi uyarınca her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olduğu noktasından devam ediyoruz ve anayasada idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler belirlenmesine karşın, sorumluluğun esaslarıyla zararın ne şekilde tespit edileceğine ilişkin düzenlemenin bulunmamış olması noktasından hareketle, örneğin 5233 sayılı Terörle Mücadele Kanunu gibi özel kanunları ayırık tutmakla birlikte, genel anlamda idarenin sorumluluğunu düzenleyen özel bir yasa olmamasından

hareketle, bakın Anayasa Mahkemesi idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazminiyle ilgili esasları düzenleyen genel bir kanun mevcut değildir, bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğunun kapsamıyla, bu eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararın belirlenmesinde gözetilecek esaslar yargı içtihatlarıyla şekillenmiştir demek suretiyle, aslında tam yargı davalarının idari yargıda görülen biçiminin, tümüyle yargı içtihatlarıyla şekillendiğini bir anayasaya aykırılık bulmadığı kararında dahi izah ediyor. Ve idari yargıda içtihatlarla oluşturulan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleriyle kişilerin idare karşısında korunma kapsamı, özel hukuka nazaran daha geniş tutulmuştur. Bu çerçevede idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da, sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanarak, kişilerin uğradığı zararların tazmin edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise, kanunda sayılan belirli konular için düzenlenmiş olup, sınırlandırılmıştır demek suretiyle yine yargı içtihatlarını vurgular mahiyette bir Anayasa Mahkemesi kararı.

Şimdi bu çerçevede baktığımız zaman, daha somutlaşmak için konumuzla ilgili olarak, özellikle üzerinde durmak istediğim birinci husus, bizimi tam yargı davalarında zaman içerisinde geliştirdiğimiz iki ayrı alan var. Bunlardan bir tanesi, tam yargı davalarında husumet değişikliğine gitme noktamız. Yani idarenin tazmin sorumluluğunda idari yargının bakış açısı zaman içerisinde, hatta benim 2004'te yine Danıştay üyesi olarak imzam bulunan bir kararda, husumet değişikliği yönünden bir yaklaşım sergilemezken, şimdi imzam bulunan birçok kararda, artık idarenin hangi idarenin tazminat davasına konu edilen uyuşmazlıkta kusurlu olduğunu saptamanın, sadece davacıların tespit etmesi gereken bir husus olmadığını, bizim bu hususu yargı yeri olarak tespit de etmemiz gerektiğini belirten kararlarımız var.

Tabii örnek kararlara girmek suretiyle bunları izah etmeye çalışırsam zamanımı yetiştirmem hiç mümkün değil, ama birinci saptama olarak şunu söyleyebilirim. Eskiden idarenin tazminat davası açtığımız, maddi ya da manevi zararının giderilmesini istediğiniz idarenin hangisi olduğunu saptayıp onun üzerinden davaların görülmesi gerekirken, şimdi artık özellikle bilirkişi in-

celemesi sürecinde dahi, bilirkişi incelemesi yapıldığı aşamada dahi hangi idarenin zarara sebebiyet verdiği saptanmasında, o idare davalı konumuna alınmak suretiyle uyuşmazlığın çözülebileceği hususu ön plana çıkmış durumda. Dolayısıyla biz artık davacıardan kendisine zarar veren idareyi saptamasını bekleme aşamasının önüne geçmiş durumdayız.

Şimdi bu bize aynı zamanda neyi beraberinde getirdi? Bizim 2567 sayılı Yasanın 13.maddesinde öngörülen süreleri de olayına özgü olarak nitelendirmemiz gerektiği hususunu beraberinde getirdi. Biz artık zararın doğduğu tarihten itibaren bir yıl ve her hal ve kârda beş yıl içerisinde açılması gereken tam yargı davalarında süre hususunu hangi idarenin olduğu, ne tür bir zararın doğduğu ve bu zarardan kimin sorumlu olduğu hususlarının anlaşılması, öğrenilmesi üzerinden itibaren başlanması gerektiği konusundaki içtihatlarımız da artık yerleşmiş vaziyette.

Bu süre hususunu en başta işkence nedeniyle bedensel bütünlüğe verilen zararlar nedeniyle açılmış olan tazminat davalarında, işkenceye sebebiyet veren kimler olduğu ya da kimlerin kusurlu olduğu ya da gerçekten varılan zararın uğranılan zararın ne zaman ortaya çıktığı gibi hususları belirlemediğimiz sürece ve dava sürelerini bu tarihten başlatmadığımız sürece, birtakım uyuşmazlıkların hiç dava açılabilme noktasına gelmeden zamanı nedeniyle hakların sona ermesi gibi bir durumla karşı karşıya kalındığını gördüğümüz için, 80'li yıllardan itibaren idareye zarara failine muttali olduğu tarihten itibaren bu sürelerin başlaması gerektiği hususunda kararlarımız var ve artık bu kararlar da ciddi anlamda kesinlik ve netlik kazanmış durumdayız.

Dolayısıyla sürenin başlamasında bazen eylemin idariliğinin, bunların hepsinin dediğim gibi örnekleri var, ama geçiyorum. Eylemin idariliğinin, mesela sivil bir vatandaşın işkence nedeniyle uğradığı zararda eylemin idariliği, orman muhafaza memurunun uğradığı bir bedensel zararda idarenin hangisi olduğu, zararın sonradan artmış olması halinde sürenin yine nihai rapordan itibaren başlaması gerektiği, kesin sağlık kurulu raporunun alınmasından sonra ancak ilgilinin haklarını arayabilme noktasına gelebildiği ve yine yargılama süreci, idarenin sorumlu olması gereken elemanlarının yargılama süreci devam ediyorsa, hâlâ dava

açma süresinin başlamamış olduğu. Yargılama süreci sonucunda kusurlu olduğu tespit edilen kişilerle ilgili bilgi sahibi olduğu andan itibaren yine dava açma süresinin başlaması gerektiği yolunda tazminat hukukunda aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesiyle neredeyse eşdeğer nitelikte sayılabilecek kararlarımız var ve bu kararlardan da herhangi bir sapmamız söz konusu değil.

Bu iki noktayı özellikle davaların uyuşmazlıkların esasına bağlı kalmadan, sadece açılabilme ve görülebilme koşulları yönünden zaman içerisinde geliştirdiğimiz içtihatlar olarak paylaşmak istedim sizlerle. Bunun ötesinde, tabii ki dava görülmeye başlandıktan sonra, en başta söylemiş olduğum gibi idarenin bu olaydaki katkısını tespit etmeye başlıyoruz.

Şimdi öncelikle üzerinde durduğumuz husus, tabii ki bizim de idarenin sorumluluğunda başlangıçta kusur sorumluluğu. Kusur sorumluluğunda, tabii ki bizdeki idare bunu mutlaka kendi ajanları vasıtasıyla işlerini yürüttüğü için, buradaki kusur sorumluluğu aslına idare ajanına, idare hizmeti nedeniyle kendisine yüklenen kamu hizmeti nedeniyle ve o kamu hizmetinin görülmesi sırasında ortaya çıkmış olması nedeniyle bağlayabildiğimiz kusur. Kusur sorumluluğunda belki Yargıtay'dan bu anlamda ya da adli yargıdan bu anlamda ayrılabiliriz. Bizdeki kusur sorumluluğunun nitelendirmesi, bu hizmet hangi idarenin görev alanına giriyor? Önce o idareyi saptayıp, sonra o idarenin yasalarla çizilmiş olan görev kapsamı içerisinde böyle bir görevi var mı yok mu? Bu tabii sadece cismani zararlarda bedensel zararlarda olmuyor, mala verilen zararlar yönünden de bakış açımız aynı. Ölüm nedeniyle ortaya çıkan tam yargı davalarında da bakış açımız aynı. Öncelikle bir kusur sorumluluğu olup olmadığına bakıyoruz.

Bu noktada bir şeyi daha söylemem gerekir. Bizde davayı açanın illa da idarenin sorumluluğunu, idarenin kusur sorumluluğuna ya da kusursuz sorumluluğuna gibi kendi içerisinde kategorize etmesine ve kriterlerini de ona göre ortaya koymasına ya da iddialarını ona göre ortaya koymasına da gerek yok. Yani karşısında görev alanı kanunlarla çizilmiş bir idare var. Ehil elemanları, yetkili yetiştirilmiş elemanları ve hukukçuları vasıtasıyla nasıl davranması gerektiğini yasalarla çizilmiş bir idare var.

Bunun karşısında zarara uğradığını iddia eden, bazen o idarenin çalışanları, bazen de üçüncü kişiler var. Dolayısıyla bu üçüncü kişilerin idarenin hizmet alanını çok net bir biçimde ortaya koyması ve bunun hizmet kusurundan kaynaklandığı iddiasıyla açmış olduğu bir davada diğer kusur kriterlerinin dikkate alınmayacağı yolunda bir sınırlamamız da yok.

Dolayısıyla bizim için önemli olan, başta da söylediğim gibi idarenin saptanmış olması. O idarenin görev alanı içerisinde yer alan bir hizmetin işliyor olması, bir hizmetin görülüyor olması ve bu hizmetin görülmesi sırasında da o hizmeti icra eden, o hizmetten yararlanan ya da tümüyle üçüncü kişi durumunda olan bir kişinin zarara uğramış olması.

Tabii ki bu noktada zararı kesecek olan, zarara uğrayan kişinin müterafik kusuru ya da üçüncü kişilerin idari faaliyeti engeller mahiyetteki davranışlarını ayırt etmek mümkün. Ama kamu görevlilerinin kusurlarından kaynaklanan davalar dahi, yine bizim anayasal sistemimiz içerisinde idareye karşı açılan davalarda görüleceği için, idareyle kendi ajanı arasındaki rücu ilişkisi, bizim başlangıçta idarenin tazmin sorumluluğunu belirlerken, ilk etapta göz önünde bulundurduğumuz hususlar arasında yer almıyor.

Şimdi bu çerçevede yine dikkate almamız gereken hususlardan bir tanesi, özellikle toplumsal olaylar konusunda ortaya çıkan idarenin sorumluluğu. Çünkü belki üzerinde en fazla tartışılan noktalardan bir tanesi bu. Yani idare ajanının görmüş olduğu hizmet sırasında uğramış olduğu zararın tazmini davaları, aslında niteliği itibariyle daha kolay çözülebilecek olan davalar. Burada idarenin ajanından beklediği, onun görev alanı içerisinde beklediğinin ötesinde bir başka işle görevlendirilmiş olmasından kaynaklanan ekstra zararların tazmini anlamında bakıyoruz o olaylara. Yani bu diyelim ki genel idari hizmetleri sınıfında çalışan birisinin, kendi görev alanı dışında bir işte çalıştırılması nedeniyle uğradığı zararı zaten tipik bir hizmet kusuru olarak nitelendirmemiz mümkün; hizmet sınırları dışında çalıştırmak anlamında. Dolayısıyla idare ajanlarının hizmet görürken uğramış oldukları zararları, sadece o idarenin o hizmet alanı içerisinde ve o kişinin o idarenin ajanı olması noktasından hareketle değerlendirmeye çalışıyoruz. Ama bu idari hizmetin görülmesi sırasında üçüncü kişilerin uğradığı

zararlarda, o zaman bu üçüncü kişilerin idari hizmetten yararlanan kişi olup olmamasının, idarenin verdiği zararın tespitinde bir önemi olmadığını vurgulamamız gerekiyor. Bu üçüncü kişi, sadece bize gelirken bir zarara uğradığını ortaya koyması gerekir. Bunun için, diyelim ki hemen yapılan bir tespit, ortaya çıkan bir sağlık raporu, bedensel olmayan zararlar yönünden baktığımız zaman da adliye mahkemeleri aracılığıyla yapılmış olan tespitler bize aslında dava açmak için bir zarara uğradığının kanıtı anlamında ortaya konulan ya da konulması istenen bir husus. Yoksa yine de zarar miktarının ne olduğunun tespitini bizim ayrıca yapmamıza engel değil.

Ama şimdi olay toplumsal olaylar boyutunda, yani daha çok geniş kapsamlı bir alana döndüğü zaman, bir parça daha değerlendirme alanımızı genişletiyoruz diyebilirim. O da şöyle oluyor. Hizmet kusuru olarak baktığımız zaman, zaten orada idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenleyişinde, işleyişindeki bir bozukluk üzerinde duruyoruz. Yani bu güvenlik hizmetleri yönünden bakıldığı zaman, o olayın çıkma ihtimalinin, olayın büyüme ihtimalinin ve orada tedbirli alanında uzman kişileri çalıştıran bir idarenin alması gereken önlemlerin ne olduğunu saptayıp, onun üzerinden uğranılan zararların tazmini yoluna gitmek söz konusu.

Dolayısıyla toplumsal olaylar konusundaki birinci kriterimiz, idarenin burada gerçek anlamda bir hizmet kusuru işleyip işlemediği. O da tabii olayın bireysel bir olay olup olmadığı, daha doğrusu münferit bir olay olup olmadığı ya da o olayın çıkma ihtimali yüksek bir olay olup olmadığı noktası, başlangıç itibariyle yeterli tedbiri alıp almadığı yönünden önemli bizim için.

Diyelim ki, belirli günlerde yapılacak toplantı gösteri ya da bu benzeri kalabalıkları bir araya getiren organizasyon, başlangıçta tedbir almayı gerektiren türde organizasyon. Dolayısıyla belirli yöreler için öngörülen belirli tarihler, o yörede yaşayan insanlar için belli bir anlam ifade ettiği öne sürülen tarihler ve o tarihlerde yapılması söz konusu olan birtakım toplantılar, önceden bilinen önceden önlem alınması gereken toplantılar. Dolayısıyla bu tür toplantılarda aksayan husus, toplantının niteliği de dikkate alınmak suretiyle saptıyor.

Bununla ilgili bir oran vermem mümkün değil. Ama diyelim ki mesela bir kararımızda, 3 bin kişilik bir gösterinin izinsiz bir gösterinin, zarar verici sonuçlarının engellenmesi ve toplantının dağıtılması anlamında ortaya çıkan sorunları gidermek için idarenin ne yaptığı hususu bizim açımızdan hizmet kusurunun oluşup oluşmadığı yönünden önem teşkil ediyor. Diyelim ki, böyle bir olayda orantısız güç kullanılıp kullanılmadığı, yapılan toplantının niteliği, o toplantının bilinirliği, o toplantının öngörülebilir sonuçları ve o sonuçlara uygun önlemlerin alınıp alınmadığı. Şimdi bu arada diyelim ki, orantısız olmayan önlemler sırasında bu toplantının olumsuz tarafına katkı sağlayan kişilerin uğramış olduğu zararlar eğer bu söylediğim kriterler içerisindeyse özel bir tazmin sorumluluğunu beraberinde getirmeyebilir. Ama böyle bir toplantıda, o toplantının, o izinsiz gösterinin ya da illegal oluşumun aslında hiç içinde olmamasına rağmen salt oradan geçerken ya da salt o alanda bulunduğu için bir zarara uğramışsa, o zaman bunun giderilmesindeki kriterimiz biraz daha farklı olabiliyor. O zaman belirli bir alanı... İşte burada mesela hizmet kusurundan çıkıp, kusursuz sorumluluğa belki gitme alanımız bile olabiliyor. Çünkü siz toplumun genelini korumak için birtakım faaliyetlerde bulunurken, o asayişe aykırı eylemlerde bulunan kişilerin topluma zarar vermesini engellerken, bu tarafta belirli kişilere farkında olmadan ya da o olayı engellemek amacıyla bile olsa kendisinin sebebiyet vermediği olaylar nedeniyle ekstra bir zarara uğradığını tespit ediyorsa, bunlar için tazminat kriterlerimiz biraz daha farklı oluyor. Yani bir toplumsal olayı, olayı yaratanlar yönünden bakış açısıyla, diyelim ki o olayı görüntüleyen bir kameramanın uğradığı ya da oradan geçmekte olan bir öğrencinin uğradığı ya da umuma açık bir yer olması nedeniyle orada bulunanların uğradığı zararlardaki kriterlerimiz de birbirinin aynı değil.

Dolayısıyla bununla ilgili olarak, o kadar çok karar getirmişim ki elimde, hepsini size aktarmam mümkün değil, ama şöyle söyleyeyim, en azından şöyle böleyim. Bizim tazminat davalarında üzerinde durduğumuz, mesela sivil vatandaşların... Mesela şu önümdeki kararlar sivil vatandaşların bu tür toplumsal olaylar ya da belirli patlamalarda vermiş olduğumuz tazminatlarla ilgili. Ama yine sivil vatandaşların çok değişik durumlarda, örneğin denizde alabora olmuş bir teknesinde idarenin zamanında yetiştir-

memiş olması, işte Devlet Su İşlerinin taraf olduğu davada sulama kanalına düşüp sakat kalması, Jandarma Genel Komutanlığında boşaltılan eski bir karakol binasının içerisinde binanın yıkılması sonucu zarar görmesi, eşinden şiddet gören ama korunamayan bir kadın için idarenin ödemesi gereken tazminat miktarı, sivil vatandaş tarafından can güvenliğinin sağlanması talebiyle yapılan başvuruya rağmen can güvenliğinin sağlanmaması gibi birtakım birbirinden çok da farklı olan olayların tamamı, o olayın özelliği göz önüne alınarak yargı yerimizce ya da benim çalıştığım 10.Daire tarafından değerlendiriliyor.

Bir şey daha söylemek istiyorum. Bizim son zamanlarda üzerinde durduğumuz konulardan bir tanesi, yine geliştirdiğimiz hususlardan. Bir kere tabii ki ıslah müessesesi çıktıktan sonra maddi anlamda da manevi tazminat davalarında da ıslaha kabul ediyoruz. Faizi ilk istenilen rakam yönünden, işte davanın açıldığı ya da idareye başvuru tarihinden, ama miktar artırımında miktar artırım dilekçelerinin idareye tebliğ edildiği tarihten itibaren başlatıyoruz. Müterafik kusurla ilgili olarak bir yaklaşımımızı daha söyleyeyim. Orada da müterafik kusurdaki indirim oranlarını da yine uzunca bir süredir davacıların istemiş olduğu rakamlar üzerinden değil, bilirkişi tarafından saptanan rakam üzerinden kusur değerlendirmesi yapmak suretiyle indirim uyguluyoruz. Manevi tazminat davalarında ise, yine ilgilinin istemiş olduğu rakam üzerinden değil, hâkimin takdir ettiği manevi tazminat miktarı üzerine kusur oranı uygulanmak suretiyle tazminat verilmesi yoluna gidebiliyoruz.

Bilmiyorum tabii bu kadar kısa süre içerisinde sadece bir bakış açısı olarak bir şeyler verebildim mi? Hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

SALONDAN- Hocam müsaadenizle, Sayın Başkanımıza ben buradaki arkadaşlar adına bir soru sormak istiyorum, kendileri çok güzel anlattılar. Islah müessesesi temyizde ve istinafta var mıdır?

Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Bu noktada aslında son zamanlarda birkaç gündür de şey yapıyoruz. O geçiş döneminde sonuna kadar ıslah müessesesini kabul ettik, o zaten yasaların getirdiği bir düzenlemeydi. Ama şimdi eğer mahkeme

yargılama süreci içerisinde bilirkişi raporunun tebliğinde ya da bilirkişi raporunun tebliğiyle birlikte ona itiraz edebilecek ya da ıslah edilebilecek bir süreyi öngörmemiş olması halinde, yani ilk yargılama sürecinde davacının ıslah etme olanağının kendisine tanınmamış olduğunu tespit ettiğimiz noktada bir kere mahkeme kararını bozmak suretiyle ıslahı da devreye sokarak bunu karara bağla şeklinde kararlarımız var.

Ama onun dışında ıslah etme olanağının bittiği bir yerde, sadece mahkeme kararını incelediğimiz için, -Danıştay olarak bakıyorum- inip de mahkeme adına bir inceleme yapmadığımız için, Danıştay yönünden böyle bir şey söz konusu değil. Ama sanırım Cengiz Beyin bu sorusunu sorarken, mahkeme kararı ve istinaf aşamasını dikkate alacak, orada farklı bir yaklaşım sergilemek mümkün. Bu benim sadece kişisel görüşüm, Danıştay 10.Dairesini bağlar mahiyette değil. Şimdi bizim tam bir temyiz incelemesi, biz 94 öncesinde bozuk mahkeme kararı yönünden biliyorsunuz hocam esastan inceleme yapabiliyorduk. Islah yoktu, ama genel anlamdaki yetki anlamında söylüyorum. Ama bugün için yapabildiğimiz böyle bir şey yok. Biz artık istinaftan bize gelen dosyaları, sadece istinafın kararı doğru mu değil mi çerçevesinden bakıyoruz ve yanlışa ne yapması gerektiğini, mahkemenin de yerine geçmek suretiyle ne yapması gerektiğini söylüyoruz.

İşte bu aşamada eğer mahkeme gerçekten olması gereken ıslah müessesesini, olması gereken biçimde bu yargılama süreci içerisinde devreye sokamadıysa, kararı kaldırıp istinaf merci olarak adeta ilk derece mahkemesi gibi olayı incelediğinizde ve yargılamaya geçtiğinizde, o aşamada ıslah müessesesini çalıştırmaya engel bir durum yok diye düşünüyorum. Çünkü icabında yeniden bilirkişi incelemesi yapma şansınız var, icabında aynı mahkemeye istinabe yoluyla ya da başka bir mahkemeye istinabe ya da naip yoluyla değerlendirme imkânınız var. Orada bu yolu açmak, gerçek zararın tespiti ve tazmini anlamında uygun diye düşünürüm, ama bu benim kişisel kanaatim.

SALONDAN- Benim bu tartışmayı açma sebebim şu Sayın Başkanım. Malumunuz olduğu üzere 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanununun 16.maddesinin 4.bendinde, ıslah müessesesi düzenlenmiştir ve takdiriniz olduğu üzere, bu dört sene önce fi-

lan çıkan bir yasa ve bence bu çok büyük bir gerilik idari yargıda. Fakat orada diyor ki, nihai karar verinceye kadar bir defaya mahsus ıslah edilebilir diyor. Ben istinaf daire başkanı olarak, İstanbul İzmir Samsun Antep hep beraberiz. Ben başkanımıza da yakalamışken, başkanımız bizim büyüğümüz ve bu soruyu da hiç konuşmamıştık onunla, bizim üst dairesimiz. Yani bu tazminat konularında Türkiye'nin en büyük içtihat mahkemesi.

Şimdi bu nihai karar ilk derece mahkemesi midir, istinafta ve Danıştay'da ıslah olur mu? Şimdi kanunun geçici 1.maddesinde şöyle bir hüküm var. Orada diyor ki, kanun yürürlüğe girdiği tarihte eğer dosya Danıştay'daysa diyor, bir defaya mahsus ıslah edilebilir diyor. Kanun koyucu bir iradesini koyduğuna göre, bence anlaşılan şu, tartışma burada kaynaklanıyor, Ethem Hocamız da burada. Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte bir defaya mahsus ıslah edilebilir hükmünden dolayı diyor, nihai karar diyor ilk derece mahkemesinin kararıdır diyor. Eğer diyor bu geçici 1.madde olmasaydı, o zaman nihai karar, kararın verilmesinden kesinleşmesine kadar olan süre olarak algılayabilirdik. Ama kanun yürürlüğe girdiği tarihte eğer dosya Danıştay'daysa, bir defaya mahsus ıslah edebilirsiniz diyor.

O zaman şimdi, mesela Samsun diyor ki, istinafta ıslah olmaz diyor, nihai karar diyor ilk derece mahkemesidir. Ben ondan Başkanımın görüşlerini sormak istemiştim. Avukatlarla aslında bu çok önemli, çünkü ıslahı atlamış. Mesela bizim Adalet Bakanlığı müfettişleri diyor ki, siz ıslah için dosyayı gönderdiğiniz zaman bu ihsası reydir diyor Başkanım. Böyle bir tartışmalar da var. Diyor ki, şimdilik 1000 lira, 6 bin liranın altındaki davalar kesin istinafa da gelmiyor. Sayın Başkanımız da burada ve kararı veriyor tek hâkim. Ret diyor, ne yapacaksınız?

Şimdi 6 bin liranın altındaki kararlar kesin, şimdilik 1000 lira diyor. Ret demiş adam veya o zaman... Sayın Başkanım. Şimdilik 1000 lira olan davalara bakıyoruz biz. Bakıyoruz, çünkü adamın kolu kopmuş, bacağı kopmuş, burnu kopmuş, sağlık tazminatı. Bunları daha sonra konuşuruz, ben arkadaşımızın da sözünü almayayım.

Hocam çok teşekkür ederim, sağ olun. Başkanımıza da dinlemek iyi oldu.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Şimdi iki hususu da çok kısa ben arz edeyim sizin görüşünüze...

Şimdi bedensel zararlardan doğan sorumluluk; bu sorumluluk, buna ilişkin idare aleyhine açılacak olan dava tam yargı davası. Bir-iki şeyi tespit edelim, çünkü bu Sayın Türkoğlu'nun da bahsettiği gibi öyle de olmadı. Bir yasa değişikliğiyle malum, önce Hukuk Muhakemeleri Kanununda bir değişiklik yapıldı, ona paralel olarak bu işte bedensel zararlar, vücut bütünlüğünde meydana gelen zararlar vesaire, bunlar adliye mahkemelerinde, adli yargıda bakılsın diye bir şey geldi, Anayasa Mahkemesi bunu iptal etti.

Şimdi işin bir tarafı bu, yani idari yargının görev alanı. Anayasa 125 fıkra son, bütün her şeyin dayanağı bu. İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür, bu. Şimdi bedensel zarar, evet bedensel zarar işleminden pek doğmaz, idarenin eyleminden doğar. Dolayısıyla bu eylemden dolayı açılacak dava tam yargı davasıdır. Danıştay'ın kurulduğu tarihten bu zamana da böyle.

Ama her nedense bir böyle bir yargı yolunu, sadece bu şey için değiştirdiler Hukuk Muhakemeleri Kanunu. İki, daha da vahimi, denildi ki Sayın Türkoğlu'nun da detaylı olarak vurguladığı gibi, çok ben önem atfettiğim için değiniyorum buna. Efendim Borçlar Kanunundaki borçlar hukukundaki sorumluluk nedenlerine tabi olsun. Öteden beri ben hep şunu düşünürüm. Özel hukukçu ne zaman kamu hukukuyla, özellikle de... Çok da meraklılardır ayrıca, ben haddimi bilirim, hiç onların alanında fikir beyan etmem, haddimi bilirim. Ama onlar nedense bizim alanımıza çok müdahale etmek isterler, her şeyi onlar biliyorlar, işte hukuk biziz filan. Borçlar hukuku ilkelerine tabi olsun. Olmaz, olmaz Sayın Başkanım anlattı.

Efendim Anayasa Mahkemesi filan yok, yüzyıllardan beri Fransız...

Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Hayır, hiç olmazsa netleştirmek anlamında, yani bizimki söz de, orası karar olduğu için.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Şimdi sorumluluk nedenleri, idare hukuku ilkeleriyle saptanmıştır bunlar. Kusur sorumluluğu Sayın Başkanım anlattı, kusur sorumluluğu onların anladığı anlamda kusur değil o, kusur sübjektif bir şey o özel hukukta değil mi? Kasıt, ihmâl, tedbirsizlik, dikkatsizlik, öyle değil. Objektif, yani bir kamu hizmetinin kurulmasında düzenlenmesinde yürütülmesindeki bozukluk, aksaklık, bu objektiflik. O kamu hizmetini yürüten personelin kusurundan da bağımsız bu.

İki, demek ki bir kere kusur sorumluluğu, özel hukuktaki kusur sorumluluğuyla asla örtüşmüyor, çok farklı bir şey değil mi? İki, kusursuz sorumluluk ki, kusur sorumluluğudur başlangıçta çıkan. Bilahare ikinci aşamada, özellikle idari etkinliklerin genişlemesi, komplike durumlar alması, karmaşık bir hale gelmesi sadece kusur sorumluluğunun yetmediği tespit edilmiş ve yine içtihatlarla, yine idari yargı içtihatlarıyla kusursuz sorumluluk ilkeleri benimsenmiş. Yani idare belli koşullar altında tabii, belli ilkeler söz konusu olduğunda. İşte risk ilkesi var, hakkaniyet deniyor, işte kamu fedakârlığın üleştirilmesi deniyor, bir de özel hukuktan esinlenmiş söyleniyor. Bir de yeni bir şey çıktı, sosyal risk. İki şey burada olmuyor. Bir, bizdeki idari hukuktaki kusursuz sorumluluk nedeniyle de özel hukuktaki kusursuz sorumluluk nedenleri asla örtüşmüyor. Artı, bu sosyal risk ne ola ki? Sosyal risk ilkesi 90'lı yıllardan itibaren bizde yine içtihatlarla geliştirildi. Garip de bir durum, şimdi idare, idari eylem, zarar ve ikisi arasındaki illiyet bağı.

Şimdi bir de terör olayları çıktı. Terör olaylarından dolayı idarenin sorumluluğu, zannediyorum sizler de belki değinirsiniz çok kısa olarak ben değineceğim. Terör olayları, idarenin bir eylemi yok ortada ilk baktığımızda, bomba patlatıyor bilmem şu oluyor bu oluyor, saldırıyorlar değil mi? Baktığımızda, ilk bakışta bundan da idari sorumlu olmasın, hatta denilmiş ki, demişler farklı yollarla. Derken buna inanarak da demiyorlar, ama bir şeyi tespit ederek diyorlar. Mademki idarenin eylemi nedeniyle sorumluluğu söz konusu, teröristin eylemi nedeniyle idare niye sorumlu olsun. Bu Anayasanın 125.maddesinin son fıkrasıyla çelişiyor böyle bir şey. Ama öyle değil, idarenin faaliyet alanı içinde önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği, değil mi öyle diyor. Ve yine içtihatla, o içtihada da katılmıyorum ayrıca, efenim burada

bir eylem olması şart değil, eylemle zarar arasında bir illiyet bağı olması da şart değil, kusur da şart değil, ama sosyal kargaşa terör, o zarara uğrayan kişi de bu toplumun bir mensubu, o da muhatapı da değil, yani terörist devletin bütünlüğüne şuna buna şey yapıyor, bir de bu çıktı şimdi. Onun sorumluluğu var, sosyal risk.

Bir de 5233 sayılı bir yasa çıktı, son derece bana kalırsa uygulamasında da sorunlu olan bir yasa. Belki panelistler buna değinecekler. O bakımdan ben fazla uzatmayayım, sözü de size takdim ediyorum. Buyurun efendim.

İNTİHAR OLAYLARI NEDENİYLE DEVLETİN SORUMLULUĞU

Dr. Gülşen KÖSE

Danıştay 10. Daire Tetkik Hakimi

I. GİRİŞ

Bir kimsenin ruhsal ve toplumsal nedenlerle, yaşamına son vermesi, kendini öldürmesi intihar (özkıyım) olarak tanımlanmaktadır.¹

İntihar, ölüm sonucunu doğuracağını bilerek, bir kişinin kendini öldürmeye çalışması, kendisine karşı yaptığı eylemdir. İntihar girişiminden önce kişiler kendini öldürmeyi düşünür, bunun için bir plan yapar. İkinci aşamada, bunu eyleme dönüştürür.²

Dünya Sağlık Örgütü 1974 yılında intihar eylemini “kişinin amacının bilincinde ve değişik derecelerde ölümcül amaçlı olarak kendine zarar vermesi” olarak tanımlamış, daha sonra ise intiharı, intihar eylemi ve intihar girişimi olarak iki grup olarak değerlendirmiştir. Ölümle sonuçlanan eylemler intihar olarak adlandırılır. İntihar girişimi ise, bireyin kendisini yok etmek, zarar vermek, öldürmek amacıyla gerçekleştirdiği eylemler olup, ölümle sonuçlanmayan intihara yönelik tüm istemli girişimleri içermektedir.³

İntihar davranışı ve intiharla ölüm, psikiyatri, psikoloji, sosyoloji gibi çeşitli bilim dalları tarafından ele alınan çok boyutlu bir olgudur. İntihar eden kişiler hakkında yapılan araştırmada, bu ki-

¹ Yrd. Doç. Dr. Rıdvan Üney, İntihar Psikolojisine Dikkat, *İHA Sağlık Haberleri* ,Giriş Tarihi: 15.1.2018

² Yrd. Doç. Dr. Rıdvan Üney, İntihar Psikolojisine Dikkat, *İHA Sağlık Haberleri* ,Giriş Tarihi: 15.1.2018

³ Pınar Harmancı, (2015). Dünya'daki ve Türkiye'deki İntihar Vakalarının Sosyodemografik Özellikler Açısından İncelenmesi. Hacettepe University Faculty of Health Sciences Journal , () , . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/en/pub/husbfd/issue/7891/103855>

şilerin birden fazla sorunla baş etmek durumunda oldukları, çevresindekilerin ise konuya duyarsız ve depresyon belirtileri ile tedavi konusunda bilgisiz olduklarının saptandığı belirtilmektedir.⁴

II. İNTİHAR NEDENLERİ

Kişileri intihara yönelten psikolojik, sosyolojik, ekonomik, siyasi ve kültürel pek çok neden karşımıza çıkmaktadır.⁵

İntihar eden kişinin kişilik özellikleri, yaşam biçimi, aile ve evlilik öyküsü, iş ve askerlik öyküsü, ailedeki ölümler (varsa başka intiharlar), geçim sıkıntısı, aile içi sorunlar, bedensel ve ruhsal sağlık durumu, alkol ve madde bağımlılığı, adli sorunlar, toplumsal baskılar, ekonomik durum, iş/okul hayatında başarısızlıklar, felsefi sebepler, istediği kişi ile evlenememe gibi sebepler bulunmaktadır.⁶

Sağlık sorunları intihar nedenleri arasında önemli bir yer tutmaktadır. İntihar eden kişilerin pek çoğunda psikolojik sorunlar⁷ ve psikiyatrik hastalıklar bulunmaktadır. Depresyon, şizofreni, alkol /uyuşturucu madde bağımlılığı, kişilik bozuklukları, endişe bozuklukları, kanser gibi ağır fiziksel hastalıklar intihar riskini arttırmaktadır. İntihar eğilimi olan kişilerin, psikiyatri alanında tedavi görmesi gerekmektedir.

III. İNTİHARIN ÖNLENMESİ

Genellikle intihar etmeyi planlayan insanların davranışlarında belirgin farklılıklar gözlemlenmektedir. Kişinin açık ya da kapalı bir şekilde kendini öldürmekten bahsetmesi (hayat yaşamaya değmez, dünya bensiz daha iyi, artık dayanamıyorum, her şey bitti, öldüreceğim kendimi gibi), yeme ve uyku düzeni bozuklukları, sosyal ortamdan uzaklaşması, yorgun, bitkin görünmesi,

⁴ Işık Sayıl, Saynur Canat, Handan Tuğcu, Onaltı İntihar Olgusunun Psikolojik Otopsi Yöntemi ile Değerlendirilmesi, *Kriz Dergisi*, 11 (2) 1-6

⁵ Kadri Kınık, Nedenleri, Çeşitleri ve Çözüm Önerileri ile İntihar Olgusu, *SDAM Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi*, Mayıs 2018, sy. 7 vd.

⁶ Yrd. Doç. Dr. Rıdvan Üney, İntihar Psikolojisine Dikkat, *İHA Sağlık Haberleri*, Giriş Tarihi: 15.1.2018

⁷ İntihar girişimlerine neden olarak doğrudan ruhsal sorunlarını belirtenlerin oranı %19.1'dir, Dr. Ahmet Dilsiz, Dr. Ferhan Dilsiz, İntihar Girişimlerinde Belirtilen Nedenler, *Kriz Dergisi* 1(3), 124-128.

daha önce intihar teşebbüsünde bulunması gibi belirtilere rastlanılabilir.⁸

Uzmanlar tüm intiharların önlenmesinin mümkün olmadığını belirtmekle birlikte, intihar vakalarının büyük çoğunluğunun önlenmesinin mümkün olduğu konusunda görüş bildirmektedirler. Bunun için, toplumun intihar konusunda bilinçlenmesi, tehlikeye karşı duyarlılığının artması ve profesyonellerin, intihar düşünceleri, tehditleri ve girişimlerine gereken müdahaleyi yerinde ve zamanında yapması gerektiği ifade edilmektedir.⁹

Yine, intiharların tamamının önlenbilmesinin mümkün olmadığı, “kimin intihar edeceği, kimin bu riski taşıdığı tahmin edilebileceği, ancak kesin olarak bilinemeyeceği” belirtilerek, intiharın, şizofreni, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı, dürtü kontrol bozukluğu gibi tedavisi güç ruhsal bozuklukların yanı sıra çözümlenmesi kişinin algı ve düşünce biçimine bağlı varoluşsal/ ontolojik sorunlarla ilişkisi bulunduğu; aile, okul, iş yeri gibi toplumsal ortamların baskı/bunalım ve karmaşa dönemlerinde intiharın bireyin başkaldırı/tepki cinsinden karşı tarafa ileteceği mesaj özelliği taşıması, toplumun intihar eğiliminde olan kişilere bilinçsiz ve umursamaz tavrı, yaşamı üzerindeki tek kontrol duygusunun intiharda yoğunlaşmasının, intiharı önlemede engel oluşturduğu belirtilmektedir.¹⁰

İntiharı önleme konusunda, intihara eğilimli kişinin çevresindeki kişilerin bilinçli yaklaşımı ve duyarlılığı büyük önem taşımakta, intihar riskinin arttığı zor günlerdeki gözlemler koruyucu olmaktadır. Ruhsal sorunlar özellikle depresyon konusunda bilgi sahibi olmak, gerekli ve yeterli tedaviyi zamanında sağlamak, hayat kurtarıcı olmaktadır. İntiharları önlemek için ruh sağlığı sorunu yaşayan bireylerin kolayca ulaşabileceği ünitelerin bulunması, intihar eğilimlerini artırdığı tespit edilen sorunların çözümlenmesine çalışılması etken olmaktadır.

⁸ www.bilgi.edu.tr/upload/intihari-onleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Psikolojik Danışmanlık Birimi

⁹ Prof. Dr. Veli Duyan, İntiharı Önlemenin Yolları, <https://www.e-psikiyatri.com/intihari-onlemenin-yollari>, Erişim18/12/2019

¹⁰ Prof. Dr. Veli Duyan, İntiharı Önlemenin Yolları, <https://www.e-psikiyatri.com/intihari-onlemenin-yollari>, Erişim18/12/2019

IV. YAŞAMA HAKKI VE KORUNMASI

Anayasa'nın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; 56. maddesinde ise, Devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamakla yükümlü olduğu, hükme bağlanmıştır.

Yaşama hakkına, pek çok uluslararası mevzuatta da yer verilmiş bulunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinde yaşam hakkı düzenlenmiş olup, "Her insanın doğuştan gelen yaşama hakkına sahip olduğu ve bu hakkın yasalarla korunması gerektiği" hükme bağlanmıştır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarih 29530 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 22/10/2015 tarih ve E:2015/29, K:2015/95 sayılı kararında; "... Klasik yaklaşıma göre; bir hakkın ya da özgürlüğün korunması konusundaki tutumu, bu hakkın negatif statü hakları veya pozitif statü hakları olarak tasnif edilmesine göre iki türdür. Bunları, nefatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler olarak sıralamak mümkündür. Negatif yükümlülük devlete, yasaların izin verdiği haller dışında hakka müdahale etmeme görevi yüklemektedir. Buna karşılık, pozitif yükümlülükler, kişilerin haklardan etkin şekilde yararlanması için devletin bazı tedbirler almasını, bir başka ifadeyle aktif şekilde müdahale etmesini gerektirmektedir.." denilmektedir.

A) Devletin Negatif Yükümlülüğü :Devletin yasaların izin verdiği haller dışında hakka müdahale etmeme görevidir. Yaşama hakkının insan hakları arasında ilk sırada yer aldığı, en temel insan hakkı olduğu, diğer hakların kullanımının bu hakka bağlı olduğu, bu hakkın kullanımı için devletin insan yaşamına saygı göstermesi gerektiği, yaşam hakkına müdahale edilmemesinin devletin negatif yükümlülüğünü oluşturduğu açıktır.

Başka bir ifadeyle, Devlet bir kişinin yaşamına hukuka aykırı olarak son vermemelidir, Devlet "öldürmeme" yükümünü yerine getirmelidir.¹¹

¹¹ Cengiz Topel Çiftçiöğlü, Yaşama Hakkı, TBB Dergisi; Prof. Dr. Osman Doğru, Yaşama Hakkı.

B) Devletin Pozitif Yükümlülüğü : Kişilerin haklardan etkin şekilde yararlanması için Devletin tedbirler almasını, aktif bir şekilde müdahale etmesini gerektirmektedir. İnsan yaşamını etkin olarak korumak için gerekli adımları atmak, bu kapsamda bireyleri diğer kişilerin yaşamsal tehlike yaratan eylemlerden korumak için uygun önlemleri almak, yaşama kasteden eylemleri caydırıcı ve etkin şekilde cezalandırmak için gerekli yaptırımları düzenlemek Devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.¹²

C) Kişiyi Kendisine Karşı Korumak : Kişinin bizzat kendi yaşamına son vermesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almak ve Devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını;

- gerek kamusal makamların
- gerek diğer bireylerin
- gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden

kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü, Devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

D) Aşırı Yük Oluşturmama : Devletin yetki alanında yer alan tüm bireylerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak bu yükümlülüğün sınırsız biçimde uygulanması söz konusu değildir.

İnsan davranışının öngörülemesizliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek, yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak, pozitif yükümlülük yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır. "Aşırı yük oluşturmama" kriteri, Devletin sorumluluğunun sınırını belirlemektedir.

E) Devletin Yetki Alanı : İntihar nedeniyle Devletin tazminat sorumluluğunun doğması için, intihar eyleminin denetim ve gözetim yükümlülüğünün olduğu bir yerde gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre;

- Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlüler

¹² Cengiz Topel Çiftçioğlu, Yaşama Hakkı, TBB Dergisi; Prof. Dr. Osman Doğru, Yaşama Hakkı.

- Karakolda gözaltında (nezarethanede) bulunanlar
- Çocuk ıslahevinde bulunanlar
- Askerde bulunan kişiler
- Çocuk bakımevi, hasta/yaşlı bakımevi, hastane, okul gibi.

Devletin yetki alanında yani denetim ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişilerin intihar eylemleri sorumluluğunun konusunu oluşturmaktadır.

V. CEZAEVİNDE GERÇEKLEŞEN İNTİHAR OLAYLARI

2992 sayılı Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre;

- Adalet kurumlarının açılması, geliştirilmesi ve denetlenmesi,
- Ceza infaz ve ıslah kurumlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek,
- Ceza infaz kurumları ve tutukevlerini yönetmek, denetlemek ve hesap işlerini izlemek,

Adalet Bakanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Yine, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un;

71. maddesine göre, 'Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbi araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması halinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkum koşullarında tedavi ettirilir.'

78. maddesine göre; 'Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler.'

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'e göre; İnfaz ve koruma memuru, kurumun güvenlik, düzen ve disiplininin sağlanması, hükümlü-

lerin kurum içindeki hareketlerinin takip ve kontrolü ile gözetimi ve kurumun temiz tutulması ile hükümlülerin iç yönetmeliklere uygun surette hareket etmelerini sağlamakla görevlidir.

Cezaevinde Gerçekleşen İntihar Olaylarında Sağlık Bakanlığı'nın Hasım Olması:

Cezaevinde meydana gelen intihar olayları nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davaları Adalet Bakanlığı aleyhine açılmaktadır. Ancak, cezaevinde bulunan kişinin sağlık durumuyla ilgili kontrollerde, teşhis ve tedavide hizmet kusuru bulunması halinde, Sağlık Bakanlığının da sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Konuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı arasında, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri ile Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol düzenlenmiştir. Buna göre,

- Hükümlü ve tutuklular en yakın Devlet veya Üniversite hastanesinde tedavi edilir.
- Hastanelerde hükümlü koğuşu tahsis edilir.
- Hükümlü koğuşu bulunmaması halinde, güvenlik tedbirleri alınarak oluşturulacak geçici hükümlü koğuşunda tedavi sağlanır.

Danıştay 10. Dairesinin 13/10/2014 tarih, E.2013/2576, K.2014/5732 sayılı Bozma kararı

Cezaevinde tutuklu bulunan kişinin Devlet Hastanesinde iki kez muayene edilmesinin sağlandığı, cezaevine girişi ve tutuklu bulunduğu sırada yapılan muayenelerin uzman doktor eliyle değil, pratisyen hekim tarafından gerçekleştirildiği, ölenin yakınmalarını giderici nitelikte gerekli psikolojik desteğin yeterli düzeyde sağlanıp sağlanmadığı, sunulan sağlık hizmetinin gereği gibi yürütülüp yürütülmediği hususlarında Sağlık Bakanlığının hizmet kusurunun bulunup bulunmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumunda alınacak rapora göre yeniden karar verilmesi gerektiği belirtilerek mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Danıştay 10. Dairesinin 26/12/2017 tarih, E.2015/23, K.2017/6112 sayılı kararı

Antisoyal kişilik bozukluğu tanısı konularak yatarak tedavisi öngörülen hükümlünün, Devlet hastanesi tarafından mahkum koğuşu olmadığı belirtilerek koğuşuna gönderilmesinde, Sağlık Bakanlığı'nın hizmet kusuru olduğuna karar verilmiştir.

VI. KONUYA İLİŞKİN YARGI KARARLARI¹³

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM Keenan/Birleşik Krallık Davası (3 Nisan 2001 tarih, Başvuru No. 27229/95).

Pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilmesi ya da bilinmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dahilinde makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespiti gerekmektedir.

AİHM Tanrıbilir/Türkiye Davası (16 Kasım 2000 tarih, Başvuru No. 21422/93)¹⁴

Bütün ölüm tehditleri, yetkili makamların AİHS kapsamında tehdidin gerçekleşmesini önlemek için önlem alması yükümlülüğünü getirmez (Osman-Birleşik Krallık davası, 28 Ekim 1998, paragraf 115-116).

Mahkeme, görevleri gözetiminde bulunan kişileri denetlemek ve intihar etmelerini önlemek olan yetkili makamların gözetiminde bulunan bir kişinin hayatını koruma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği iddiası karşısında, bu yetkili makamların söz konusu kişinin intihar etme riskinin bulunduğunu bildikleri ve

¹³ Çalışmada emsal nitelikli yargı kararlarına yer verilmiş olup, özellikle Danıştay kararlarına UYAP sistemi üzerinden erişilmiştir.

¹⁴ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Ahntılar" adıyla yayımlanmış olan kitabın çevirisi gözden geçirilmiş olan yeni baskısıdır, s.28

makul bir şekilde değerlendirildiğinde, bu tehlikeyi bertaraf edebilecek önlemleri yetkileri dahilinde almamış oldukları konusunda ikna olmalıdır. 2. maddede korunan hakkın özelliği düşünüldüğünde, Mahkeme için, bir başvurucunun, yetkili makamların bildikleri ya da bilmeleri gereken kesin ve yakın bir ölüm riskinin gerçekleşmesini önlemek için bu makamların kendilerinden makul olarak beklenen herşeyi yapmadıklarını göstermesi yeterlidir. Bu, her bir davada geçerli koşullar ışığında yanıtlanabilecek bir sorudur. Bu nedenle Mahkeme, davaya ait özel şartları inceleyecektir.

Mahkeme, her tür fiziksel özgürlükten yoksun bırakma halinin, doğası gereği, gözaltına alınan kişilerde ruhsal gerilim yaratabileceğini ve sonuçta intihara yol açabileceğini vurgulamaktadır. Gözaltı sistemleri, gözaltına alınan kişilerin ölüm riskini ortadan kaldırmak için şahısların üzerindeki kesici aletlerin, kemer ya da ayakkabı bağlarının alınması gibi önlemlere yer vermek zorundadır. Mahkeme, bu davada jandarmaların gözaltına alınan kişinin intihar etmesini engellemek için sıradan olan önlemleri aldığı kanısındadır: A.T. jandarma karakoluna getirildiğinde üzeri aranmış ve kemeri ve ayakkabı bağları alınmıştır. Yargı makamlarına verdikleri ifadeye göre A.T. de dahil olmak üzere gözaltındaki kişileri yarım saatte bir kontrol etmişlerdir

Jandarmalar gözaltına aldıkları A.T.'yi gözaltındaki diğer şahıslardan daha dikkatli denetlemeleri gerektiğini farketmeli miydiler? Mahkeme, bu konuda jandarmaların aldığı tedbirlerin, o anda ellerinde bulunan bilgilere bakılarak 2. madde kapsamında sorgulanması gerektiği konusunda ikna olmamıştır. A.T. jandarma karakoluna geldiğinde sakindir. Gömleğinin kollarını keserek yaptığı bir iple intihar edeceğini tahmin etmek zordur. Hazırlıklar ve intihar olayı büyük bir sessizlik içinde gerçekleşmiştir.

Mahkeme, jandarmaların, başvurucunun bulunduğu hücrenin önünde 24 saat nöbetçi görevlendirmek ya da giysilerine el koymak gibi özel tedbirler almamakla suçlanamayacağı görüşündedir. Mahkeme, dava dosyasındaki delillerin hiçbirinin, jandarmaların makul olarak A.T.'nin intihar edeceğini tahmin edebileceğini veya hücresinin önünde sürekli nöbetçi bulundurmaları gerektiğini gösterir nitelikte olmadığı görüşündedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı Mahkeme, bu davada AİHS'nin 2. Maddesi'nin ihlal edilmediği kararına varmıştır.¹⁵

AİHM Salman/Türkiye Davası (27 Haziran 2000 tarih, Başvuru No. 21986/93)¹⁶

Mahkeme, yaşama hakkının kısıtlanmasını son derece titiz bir şekilde incelemeli, yalnızca devlet görevlilerinin eylemlerini değil, aynı zamanda olayı çevreleyen koşulları da göz önünde bulundurmalıdır. Gözaltında bulunan kişiler son derece hassas bir konumdadır ve yetkili makamlar onları korumakla görevlidir. Buna bağlı olarak, sağlıklı olarak gözaltına alınan bir kişinin serbest bırakıldığı sırada yaralı olduğu anlaşılırsa, bu yaralarla ilgili mantıklı bir açıklama yapmak Devlet'in sorumluluğudur (bkz. Selmouni-Fransa No. 25803/94, AİHM 1999-V). Yetkili makamların bir şahsın gözaltında karşılaştığı muameleyle ilgili hesap verme zorunluluğu özellikle söz konusu şahsın hayatını kaybettiği durumlarda daha da büyük önem kazanır.

Mahkeme, delilleri değerlendirirken genellikle "makul şüphenin ötesinde" bir ispat ölçütü uygulamıştır. Ne var ki bu ispat, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarımların bütününden ya da aksi ispatlanamayan bazı karinelere de oluşabilir. Söz konusu olayların tamamı ya da büyük bir kısmı, gözaltında kendi denetimlerinde bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, yetkili makamların bilgisi dahilinde gerçekleştiğinde gözaltında gerçekleşen yaralanma ya da ölümlerle ilgili kuvvetli karineler ortaya çıkacaktır. Bu durumda ispat yükünün, tatminkâr ve ikna edici bir açıklama yapmak zorunda olan yetkili makamlara ait olduğu değerlendirmesini yapmak uygundur. Mahkeme, Komisyon'un bu davada yaptığı değerlendirmenin yukarıdaki ilkelerle uyumlu olduğu sonucuna varmıştır.

Agit Salman, görünüşte sağlıklı durumda ve herhangi bir yara ya da hastalığı olmadan gözaltına alınmıştır. Sol ayak bileğindeki yaralar, sol ayaktaki morluk ve şiş, göğüsteki morluk ve göğüs

¹⁵ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 21/10/2008 tarihli Kılavuz/Türkiye, 21/07/2015 Arslan/Türkiye kararları.

¹⁶ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Ahıntılar" adıyla yayımlanmış olan kitabın çevirisi gözden geçirilmiş olan yeni baskısıdır, s.29

kemiğindeki kırık için mantıklı bir açıklama yapılmamıştır. Eldeki deliller, Devlet'in bu yaraların yakalama sırasında gerçekleştiği ve göğüs kemiğinin kalp masajı nedeniyle kırıldığı şeklindeki iddiasını doğrulamamaktadır. Dr. Kırangil'in, göğüsteki morluğun yakalamadan önce gerçekleştiği ve kalp krizinin yalnızca gözaltında kalmanın getirdiği stresten ve uzun süre soluk soluğa kalma durumundan kaynaklandığı yolundaki görüşü Profesör Pounder ve Cordner'in raporları tarafından çürütülmüştür.

Komisyon, Pounder ve Cordner'in ölümün hızlı bir şekilde gerçekleştiği ve göğüsteki morluk ve kırığın aynı olaydan – göğse vurulan bir darbeden – kaynaklanma olasılığı ile ilgili saptamalarını kabul ederek Dr. Kırangil'in tanıklığına yeterince ağırlık vermemiş ya da Profesör Pounder ve Cordner'in görüşlerini haksız bir şekilde tercih etmiş değildir. Dr. Kırangil'in Komisyon'a sunulan İstanbul Adli Tıp Enstitüsü raporunu imzaladığı görülmüş, bu nedenle de kendisinin tarafsız ya da bağımsız olduğunun iddia edilemeyeceğine karar verilmiştir. Ayrıca duruşmada Devlet Ajansının iki profesör arasında anlaşmazlık olduğu yolunda getirdiği iddia da asılsızdır. Bu nedenle Mahkeme, Devlet'in Agit Salman'ın Adana Emniyet Müdürlüğü'nde bulunduğu sırada kalbinin durması suretiyle gerçekleşen ölümünü açıklayamamış olduğu ve ölümünden davalı Devlet'in sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu bakımdan 2. Madde ihlal edilmiştir.

AİHM Kılavuz/Türkiye Davası (21 Ekim 2008 tarih, Başvuru No. 8327/03)

Bilecik cezaevinde hükümlü olan Baybars Geren kaldığı hücrede kemeriyile boynundan parmaklıklara asılmak suretiyle hayatını kaybetmiştir.

Aslında bu davanın aleni koşullarında, Geren'in sağlığının korunması ve pozitif sorumluluk çerçevesinde gerekli önleyici tedbirlerin alınması tamamen yetkili makamların sorumluluğundadır. Bu çerçevede idarenin işleyişindeki aksaklıklar hele ki başvuranın ihmali gibi mazeretler ileri sürülemez. Her halukarda, yetkili makamların sorumluluğundadır. Bu çerçevede idarenin işleyişindeki aksaklıklar hele ki başvuranın ihmali gibi mazeretler ileri sürülemez. Her halukarda, yetkili makamların Geren'in tıbbi

ihtiyaçlarını belirlemek için, onun zaten bozulmuş olan değerlendirme yeteneğine hiç güvenmemeleri gerekirdi.

Oysa, ilgili şahsın akıl sağlığı konusunda hala bir belirsizlik varken ve karar alınmamışken, cezaevine kabul edilmiş ve tek başına nezaret hücrelerine kapatılmıştır, üstelik kemerini taşımaya ve bir çarşaf bulundurmasına izin verilmiştir.

AİHM'nin kanaatine göre, bu hatalar basit bir tedbirsizlik veya değerlendirme hatası olarak nitelenemeyecek kadar önemli olup, hapis hane yaşamının ayrılmaz parçasını oluşturan asgari önlemlerin alınmasında baş gösteren bir ihmaldir.

Bu gözlemler çerçevesinde AİHM, cezaevi yetkililerinin bu dramı engellemek için kendilerinden makul olarak yapmaları bekleneni yerine getirmediklerinden, bu başvuruda müteveffa Geren'le ilgili olarak 2. maddenin esasen ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM Halil Yüksel Akıncı ve diğerleri/Türkiye Davası (11 Aralık 2002 tarih, Başvuru No. 39125/04)¹⁷

Devlet'in, hayatı tehdit altında bulunan herhangi bir vatandaşını korumak için pratik önlemler almaya ilişkin pozitif yükümlülükleri ışığında -silah bulundurmayı içeren- askerlik hizmetinin zorunlu olduğu durumlarda psikolojik sorunları bulunan askerler için özel önlemler ile gerekli tıbbi tedaviyi içeren ve askeri koşullara uygun bir dizi tedbirler alması beklenmektedir. Askerlik hizmeti sırasında aynı sorunların tespit edildiği durumlarda askerlik boyunca intihar vakalarını engellemek için Devlet tarafından uygulanan sistem, ilgili kişinin ölümcül silahlara erişimini engellemek için makamlardan haklı olarak beklenen somut önlemler alınmasına yeterli olmamıştır.

Dolayısıyla, Devlet'in Lütfi Volkan'ı kendi eylemlerine karşı korumak amacıyla pratik tedbirler alması pozitif yükümlülüğüne ilişkin, Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönünden ihlali söz konusudur.

¹⁷ Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar" adıyla yayımlanmış olan kitabın çevirisi gözden geçirilmiş olan yeni baskısıdır, s.29

AIHM Abdullatif Aslan ve Zerife Aslan/Türkiye Davası (21 Temmuz 2015 tarih, Başvuru No. 40862/08)

Erdal Aslan'a, askerliğe çağırılmadan önce akut hezeyanlı psikoz tanısı konmuştur. İzmir Asker Hastanesi tarafından düzenlenen raporda, Erdal Aslan'ın özel kuvvetler birimleri dışında askerlik yapmaya elverişli olduğu bildirilmiştir.

Erdal Aslan saat 8.00'da komutanlık bölgesinde uyuşturucu madde kullanma nedeniyle 14 gün oda hapsi cezasına çarptırılmıştır. Aynı tarihte saat 15.00'da arkadaşının tüfeğiyle ciddi şekilde yaralanmış vaziyette bulunmuş, hastaneye götürüldüğü sırada hayatını kaybetmiştir.

Mahkeme, ilgilinin sağlık durumunun askeri hayatla uyumlu olup olmadığının veya fiziksel ve ruhsal bütünlüğü için risk oluşturup oluşturmayacağına tespit edilmesinin veyahut gerektiği takdirde, askerlik hizmeti boyunca gerekli tedbirlerin alınması amacıyla söz konusu semptomların önemini ve ciddiyetini açıklıkla belirlemeye çalışmalarının yetkili makamlardan makul olarak beklenebileceği kanaatindedir.

Yetkililerin, daha önce intihar teşebbüsünde bulunmuş, psikolojik veya psikiyatrik sıkıntılar yaşayan ve nihayetinde ateşli silahla intihar eden bir kişiyi askerlik yapmaya elverişli olarak bildirmeleri Mahkeme'nin alınan tedbirlerin yetersiz olduğu sonucuna varması için yeterlidir.

Dolayısıyla, Devletin, ilgiliyi kendi eylemlerine karşı korumak için önleştici tedbirler almaya yönelik pozitif yükümlülüğü ile ilgili olarak Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Mehmet Mustafa Ekinci Başvurusu (09/11/2017 tarih, Başvuru No: 2014/17113)

Olayın meydana geldiği yerin Hastanenin Acil Servisi olduğu, tutuklu ve hükümlülerin Hastaneden kaçmalarının engellenmesi amacıyla banyodaki pencerelerde tedavi gören tutuklu ve hükümlülere zararı olmayan parmaklıkların bulunduğu, A.E.nin olayda kesici/delici eşya, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcığı gibi

intiharda kullanılabilecek bir eşya kullanmayıp mevzuata uygun olarak bulundurduğu, gündelik hayatta yaşam için herhangi bir tehdit oluşturmayan pijama üstünü kullandığı ve A.E.yi yaşama döndürmek için hemen tıbbi müdahalede bulunduğu gözetildiğinde somut olayın koşullarında A.E.nin sağlığının korunması ve kendisine veya diğer kişilere zarar vermemesi için öncelikler ve kaynaklar ölçüsünde tüm önleyici tedbirlerin alındığı kanaatine ulaşılmıştır. (88. paragraf)

Anayasa Mahkemesince, “A.E.nin yaşamının kendi eylemlerine karşı korunmadığına ilişkin iddia yönünden Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının maddi ve usul boyutunun ihlal edilmediğine” karar verilmiştir. (Hüküm, paragraf B)

A.Z.Ö. Başvurusu (19/12/2017 tarih, Başvuru No: 2014/546)

Başvurucu; maruz kaldıkları şiddet tehdidi ve yaşadıkları korku nedeniyle oğlunun depresyona girerek intihar ettiğini, yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. (87. paragraf)

İçinde buldukları ruhsal durum ve depresyon nedeniyle intihar eğilimi taşıyan bireylerin ‘özellikle devletin hüküm ve gözetimi altında buldukları koşullarda’ yaşam haklarının korunması noktasında gerekli tedbirlerin alınması devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır. (93. paragraf)

Ayrıca, kamu makamları, zihinsel ve ruhsal rahatsızlığı olan kişiler ile engelli bireylerin temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlamak ve bu bireyleri korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler. (94. paragraf)

Ancak bu kapsamda beklenen gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bireylere karşı kendilerinden ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin kamu makamları tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda söz konusu olmaktadır. (95. paragraf)

Başvurucunun büyük oğluna yönelik doğrudan bir tehdit ya da şiddet eyleminden söz edilmediği, F.B.K.nın tehditten dolayı olarak etkilendiğinin ileri sürüldüğü somut olayda F.B.K.nın yaşamına ilişkin kendisinden gelebilecek bir riskin varlığının kamu makamları tarafından bilindiğine ya da bilinmesi gerektiğine iliş-

kin bir bulguya rastlanmamaktadır. Bu doğrultuda yaşam hakkının korunması yönünde bir ihlalin bulunmadığının açık olduğu sonucuna varılmaktadır. (96. paragraf)

Hasan Kara ve diğerleri Başvurusu (27/06/2018 tarih, Başvuru No: 2015/17126)

Somut olayda 23/10/2012 tarihli muayeneden sonra belli bir dönem gözlemlenen ve bu gözlem neticesinde RDM (Rehabilitasyon Danışma Merkezi) takibinden çıkarılan S.K., kendisine silah verilmesinden yirmi gün sonra tek başına nöbet tuttuğu sırada üzerine zimmetli silahla intihar ederek yaşamını yitirmiştir. (68. paragraf)

İntihar olayından önce kendisine zarar verici eylemlerde bulunmuş ve psikotik bozukluk tanısıyla üç ay hava değişimi raporu verilerek evine gönderilmiş olan S.K.nun üç aylık hava değişimi süresinin bitmesi üzerine askerlik hizmetine tekrar başlamasından sonra kısa sayılabilecek bir süre içinde RDM takibinden çıkarılarak silahlı bir şekilde tek başına nöbet tutmayla görevlendirilmesi somut olayın koşulları bağlamında makul görünmemektedir. (69. paragraf)

Başvuru konusu olayda S.K.nun 23/10/2012 tarihinden sonra hastaneye götürülerek muayene ettirilmesi ve S.K.ya silahlı nöbet görevi verilmemesi yetkililerden beklenebilecek makul tedbirlerdir. S.K.nun yaşamının korunması için alınması gereken bu tedbirler, yetkili makamlara aşırı bir yük de yüklememektedir. (71. paragraf)

Tüm bu koşullar birlikte değerlendirildiğinde somut olayda S.K.nun yaşamının korunması için gerekli olan makul tedbirlerin alındığının söylenemeyeceği sonucuna varılmıştır. (72. paragraf)

Açıklanan gerekçelerle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. (73. paragraf)

Gülsün Karaman ve Şerif Karaman Başvurusu (12/11/2019 tarih, Başvuru No: 2016/16239) Somut olayda Hastanenin Psikiyatri Polikliniği tarafından kendisine davranış bozukluğu tanısı konulan T.K. ile görüşen Ceza İnfaz Kurumu psikologu, T.K.nun daha önce de birden çok defa intihar girişiminde bulunduğunu ve kendisine zarar verme eğiliminin olduğunu tespit etmiştir. Ay-

rica gerek sağlık raporları, T.K.nın kurumlara yazdığı dilekçeler, mektuplardan gerekse de hükümlü ifadelerinden T.K.nın psikolojik sıkıntılarının bulunduğu ve farklı zamanlarda hayatına son vermeyi düşündüğünü dile getirdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle yetkililerin T.K.nın kendini öldürme potansiyeli olduğunu bilmedikleri söylenemez. (56. paragraf)

Bu durumda somut olayın koşullarında T.K.nın sağlığının korunması ve kendisine zarar vermemesi açısından yetkililer tarafından gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerektiği açıktır. (57. paragraf)

T.K.nın tedavi ve taleplerinde sergilediği tutarsızlıklar ile tespit edilen ve kendisinin dile getirdiği psikolojik sorunlar bir arada değerlendirildiğinde kaldığı tek kişilik odada çıkardığı yangın sonucu ölüm olayının meydana gelmesinin sadece T.K.ya bağlanması mümkün görünmemektedir. Yetkililerin bir hükümlünün sağlık durumunun kontrol altında tutulması ve kalacağı yerin belirlenmesi konularında yalnızca hükümlünün kendi iradesine bırakılmayacak şekilde ve mevzuatta tanınan imkanlar çerçevesinde kişinin kendine zarar verme ihtimalini en aza indirecek tedbirleri almaları gerekir. (60. paragraf)

Açıklanan gerekçelerle T.K.nın yaşamının kendi eylemlerine karşı korunmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. (61. paragraf)

Elif Mutlu ve Ferhat Mutlu Başvurusu (7/1/2016 tarih, Başvuru No: 2013/3711)

Başvuru; yakınlarının, Başbakanlık Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne ait bir yetiştirme yurdunda idarenin hizmet kusuru nedeniyle intihar etmesi sonucu açtıkları davanın, görevli ve tarafsız olmayan bir mahkemede makul bir sürede sonuçlandırılmaması ve yasalarda olmayan birtakım şekli kurallar gerekçe gösterilmek suretiyle cüzi miktarlarda tazminata hükümlenmesi nedeniyle adil yargılanma ve yaşam haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir. (1. paragraf)

Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında yürütülecek olan ceza soruşturmalarının yanı sıra hukuki

sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının da makul derecede ivedilik ve özen şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelerinin, bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlikli ve özenli bir inceleme yapıp yapmadıklarının ya da ne ölçüde yaptıklarının da Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet; yürürlükteki yargı sisteminin, daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır. (72. paragraf)

Somut olayda başvuruçuların 30/12/1997 tarihinde Çocuk Esirgeme Kurumu aleyhine Hukuk Mahkemesi nezdinde maddi ve manevi tazminat davası açtıkları; bu davanın, önce Hukuk Mahkemesince görev yönünden reddedilmesi, sonrasında ise Ankara 6. İdare Mahkemesi tarafından yer bakımından yetkisizlik kararı verilerek gönderilmesi nedeniyle Sakarya 1. İdare Mahkemesi tarafından ancak 2001 yılında bakılmaya başlandığı; 30/5/2002 tarihinde verilen ilk kararın, Danıştay Dairesince 27/12/2005 tarihinde bozulmasından sonra yargılamaya yeniden devam edilip 18/1/2018 tarihinde ikinci kez karar verildiği; bu kararın temyiz incelemesinin 12/7/2011 tarihinde, karar düzeltme talebi incelemesinin ise 19/2/2013 tarihinde tamamlandığı anlaşılmıştır. (73. paragraf)... Bu durumda başvuruçuların adli ve idari yargıda açtıkları davaların, toplamda on beş yılı aşkın bir sürede sonuçlandırıldığı anlaşılmaktadır. (75. paragraf)

Yapılan bu tespitler ışığında hem adli yargıda hem de idari yargıda gerçekleşen dava sürecinin makul özen ve sürat içerisinde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. İki dereceli yargılama sürecinde, başvuruçuların hukuk ve idare mahkemesi önünde görülen davaların süratli ve etkili bir şekilde sonuçlanmasındaki menfaatlerinin varlığı ve gecikmesinde esaslı bir etkilerinin olmaması, davanın taraflarının sayısının azlığı ve dava konusu olayın karmaşık olmaması gibi hususlar gözönünde bulundurulduğunda adli ve idari yargıda 15 yılı aşkın bir sürede sonuçlanabilen yargılama sürecinin; makul olduğunun söylenebilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği süratte bir inceleme içermediği sonucuna ulaşılmıştır. (77. paragraf)

C. DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 10. Dairesinin 15/02/2018 tarih, E.2014/1234, K.2018/615 sayılı Bozma kararı

E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olan O.D.nin çamaşır ipi ile koğuş bahçesinde intihar etmesi olayında, çamaşır ipi bulundurmanın mevzuata uygun olduğu, intihar olayının sessizlik içinde gerçekleştiği, kullanılan eşyanın niteliği ve kullanım zorunluluğu göz önüne alınarak intihar olayının engellenmesinin mümkün olmaması sebebiyle, davalı Adalet Bakanlığı'nın kusurlu olmadığı belirtilerek açılan maddi ve manevi tazminat davasının reddine karar verilmiştir. (Afyonkarahisar İdare Mahkemesi 23/12/2013 tarih, E.2013/727, K.2013/932)

Danıştay Bozma Kararında, O.D.nin psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu ve disosyal kişilik bozukluğu tespit edildiği, daha önce 2 kez intihara teşebbüs ettiği, koğuşunun birkaç kez değiştirildiği, intihara teşebbüs eden ve içine düştüğü ruhsal durum nedeniyle gerçek ve yakın intihar riski bulunan kişinin intihar girişiminde bulunmasının önlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmadığı, beden ve ruh bütünlüğünü korumaya yönelik yeterli dikkat ve özeni göstermeyen idarenin hizmet kusuru işlediği belirtilmiştir.

Danıştay 10. Dairesinin 24/06/2006 tarih, E.2003/2545, K.2006/2650 sayılı Onama kararı

Hükümlü ve tutukluların muhafazası ve infazı amacıyla kurulan ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde, bu şahısların can güvenliğinin sağlanmasında cezaevi idaresinin sorumluluğu bulunmakta ise de, bu sorumluluğun alınan tüm tedbirlere rağmen intihar eden hükümlü ve tutuklularını kapsamayacağı, intihar sırasında kullanılan su hortumunun tuvaletlerin temizliğinde kullanılan ve cezaevinde bulunması olağan bir eşya olduğu, hortumun intihar olaylarında çok kullanılan veya intiharı kolaylaştırıcı niteliği bulunmadığı, intihar olayının tamamen şahsın içinde bulunduğu psikolojik ortamın ve yaşadığı olayların etkisi ile meydana geldiği, olayın zamanı ve oluş şekli dikkate alındığında idareye yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığından davanın reddi (Malatya İdare Mahkemesi 24/12/2002 tarih, E.2001/1717,

K.2002/1542) yolunda verilen kararın Onanmasına karar verilmiştir.

**Danıştay 10. Dairesinin 21/01/2016 tarih, E.2014/6725,
K.2016/369 sayılı Bozma kararı**

Polis merkezinde nezarete göz altında iken intihar eden kişinin yakınlarının açtığı davada, davalı idarenin nezarethane standartları hususunda gerekli tedbirleri almamak ve bu konuda hareketsiz kalmak suretiyle göz altında bulunan şahsın ölümüne neden olacak koşulların oluşumunda ağır hizmet kusurunun olduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. (Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi 16/07/2014 tarih, E.2014/6725, K.2016/369)

Danıştay Bozma Kararında, polis memurlarınca nezarethane de intihar eden şahsın üst aramasının yapıldığı, kendisine zarar verebilecek eşyaların çıkartıldığı, eylemin şahsın pantolonunu boynuna asmak suretiyle gerçekleştiği, polis memurlarınca şahsın pantolonunun da çıkarılmasının beklenemeyeceği, polis memurlarının açılan ceza davasında beraat ettikleri ve verilen disiplin cezasının mahkeme kararıyla iptal edildiği, personelin üzerine düşen gözetim ve bakım görevini yerine getirdiği ve bu konuda ihmal ve kusuru bulunduğundan söz edilemeyeceği, intihar olayında davalı idareye izafe edilebilecek hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varılarak mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

**Danıştay 10. Dairesinin 27/06/2012 tarih, E.2010/5814,
K.2012/3237 sayılı Onama kararı**

Davacılar murisi C.A.nın yatarak tedavi görmekte olduğu Adana Dr. Ekrem Tok Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinden kaçarak intihar etmesi olayında davalı idarenin (Sağlık Bakanlığı) ağır hizmet kusurunun varlığını gerekli kılacak koşulların bulunmadığı anlaşılmış olup, söz konusu olaydan dolayı idarenin, davacıların uğradıklarını iddia ettikleri maddi ve manevi zararların tazmini ile sorumlu tutulabilmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi (Adana 2. İdare Mahkemesi 19/10/2010 tarih, E.2009/60, K.2010/154) yolunda verilen kararın Onanmasına karar verilmiştir.

**Danıştay 10. Dairesinin 23/06/2015 tarih, E.2011/4672,
K.2015/3204 sayılı Onama kararı**

İntihar olayından bir gün önce cezaevinde intihar girişiminde bulunan, hastanedeki tedavisi sonrası psikiyatri bölümüne sevk edilen hükümlünün, psikiyatrik tedavisinin yaptırılması gerekirken sadece fiziksel tedavisi yaptırılarak koğuşuna gönderildiği, yeniden intihar girişiminde bulunabileceği öngörülebilir olmasına rağmen çamaşır ipi, sandalye, çivi gibi malzemelere kolayca ulaşabileceği koğuşunda tek başına bırakıldığı, özel durumu dikkate alınarak memurlarca kontrol edilmediği belirtilerek maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar veren (Elazığ 1. İdare Mahkemesi 18/1/2011 tarih, E.2007/22, K.2011/62) mahkeme kararı Onanmıştır.

**Danıştay 10. Dairesinin 11/03/2016 tarih, E.2014/1981,
K.2016/1296 sayılı Bozma kararı**

Çanakkale E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmakta iken intihar eden kişinin yakınlarının açtığı davada, davalı idarenin kişinin yaşam hakkını korumak adına gerekli ve yeterli tedbirleri almaması nedeniyle hizmet kusurunun olduğu gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. (Çanakkale İdare Mahkemesi 21/07/2009 tarih, E.2007/189, K.2009/448)

Danıştay Bozma Kararında, hırsızlık suçundan hükümlü olan C.A.nın kapalı cezaevinde bulunmakta iken açık cezaevine çıkma hakkı kazanarak buraya nakledildiği, açık cezaevinden firar ettiği, ertesi gün teslim olduğu, firar etmesi nedeniyle iyi hal vasfını kaybettiği ve kapalı cezaevine gönderildiği, cezaevinde kavgaya karışması nedeniyle konulduğu tek kişilik müşahade bölümünde üzerinde bulunan kot pantolonu ve nevresim parçasını kullanarak duş fiskiyesine kendini asmak suretiyle intihar ettiği, bakılmakta olan davada C.A.nın bazı psikolojik sorunlar nedeniyle tedavilerin yapılması için cezaevi idaresince hastaneye sevk edildiği, depresyon tanısı ile ilaçlar verildiği, zaman zaman anksiyete (iç sıkıntı) yaşayan C.A. için cezaevi doktoru tarafından gerekli muayene ve tedavilerin yapıldığı, kişinin intiharının tamamen şahsın

içinde bulunduğu psikolojik ortamın ve yaşadığı olayların etkisi ile meydana geldiği, intihar olayının zamanı ve oluş şekli dikkate alındığında davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı ve davacıların tazminat talebinin reddi gerektiği sonucuna varılarak mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

**Danıştay 10. Dairesinin 21/03/2016 tarih, E.2013/5175,
K.2016/1543 sayılı Bozma kararı**

Hırsızlık suçunun zanlısı olarak getirildiği İlçe Emniyet Müdürlüğü binasının 7. katındaki nezarethanenin camından atlayarak hayatını kaybeden E.T.nin yakınlarının açtığı davanın reddi (İstanbul 1 İdare Mahkemesi 28/02/2013 tarih, E.2010/2510, K.2013/326) yolunda verilen karar, konuyla ilgili olarak açılan kamu davasında, havalandırma için yapılan pencerenin sağlam demir parmaklıklarla korunması gerektiği halde pencerenin bu koşullara uygun olmadığı, ayrıca olayın meydana gelmesinde polis memurunun ihmali bulunduğu tespitinin yapıldığı, davalı idarenin istihdam ettiği personel ve hizmetin icabına uygun olmayan koşullara bağlı olarak hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varılarak mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

**Danıştay 10. Dairesinin 15/04/2016 tarih, E.2013/798,
K.2016/2001 sayılı Onama kararı**

Çocuk cezaevinde tutuklu olan F.D.nin koğuştta kendini asmak suretiyle intihar girişiminde bulunduktan sonra kaldırıldığı hastanede ölümü olayında, ası sonucu meydana gelen hipoksik beyin ve komplikasyonları sonucu ölümün meydana geldiği, ölenin tutuklu kaldığı sürenin çok kısa olduğu, cezaevine geldikten 3-4 gün sonra kendisini asmak suretiyle intihar ettiği, bu süre içerisinde intihar eğilimi göstermediği, intiharı ima edici herhangi bir söz ya da davranışının bulunmadığı, olayın kendi yaşadığı psikolojik sebepler ve bir buhran nedeniyle gerçekleştiği gerçeği karşısında, intihar eylemi nedeniyle idareye atfedilebilecek kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren (Kayseri 1. İdare Mahkemesi 25/9/2012 tarih, E.2011/980, K.2012/1009) mahkeme kararı Onanmış bulunmaktadır.

**Danıştay 10. Dairesinin 20/05/2015 tarih, E.2011/6448,
K.2015/2381 sayılı Bozma kararı**

Cezaevlerinin iç güvenliğini, tutukluların sağlık ve yaşam hakkını sağlamakla görevli olan davalı idare, üstlendiği hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi şeklinde ortaya çıkan hizmet kusurundan kaynaklanan zararları tazminle yükümlüdür. Ancak hizmetin kusurlu işletildiğinden söz edilebilmesi için de olayın oluş şekli değerlendirilerek hizmette ortaya çıkan eksiklik veya aksaklığın açık biçimde ortaya konulması zorunlu bulunmaktadır. Zira cezaevindeki mahkum ve tutukluların zararına yol açan eylem ve kusurlu davranışların bütünüyle önlenmesi olanaksız olduğu gibi; davalı idarenin, cezaevinde yürütülen hizmetle nedensellik bağı kurulamayan her türlü olay ve ortaya çıkan zararlardan hukuken sorumlu tutulması sorumluluk hukukunun ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır

Adli Tıp Kurumunun raporunda müşahade odasında kemer ile kendisini asmak suretiyle intihar eden tutuklunun şizofreni denilen akıl hastalığı olduğu, hastane şartlarında infazının uygun olduğu yönünde görüş bildirildiği, anılan raporun takdir ve ifası amacıyla yazı yazılmış ise de davacının intihar ettiği tarihe kadar olan 26 günlük süreçte de gereğinin yerine getirilmediğinin açık olduğu dolayısıyla sözkonusu cezaevinde gözetimi ve denetimi altında bulunan hükümlülerin yaşama hakkının korunması konusundaki kamu hizmetinin kurulmasında, işleyişinde yeterli ve gerekli önlemleri alamayarak, olayın meydana gelmesinde davalı idarenin hizmet kusuru ve ihmali bulunduğu açıktır.

Bu durumda, davacıların tazminat istemlerinin kabulüne karar verilmesi ve manevi tazminat ödenmesi esasları doğrultusunda miktar takdiri yoluna gidilmesi gerekirken tazminat isteminin reddi yolunda verilen idare mahkemesi (Ordu İdare Mahkemesi 30/11/2010 tarih, E.2010/224, K.2010/1444) kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

**Danıştay 10. Dairesinin 06/11/2016 tarih, E.2019/6080,
K.2019/7492 sayılı Bozma kararı**

Eğitim ve Araştırma Hastanesi psikiyatri servisinde yatarak tedavi görmekte olan S.S.nin kendini tuvalet korkuluk demirine

asmaşı suretiyle meydana gelen ölüm olayında idarenin gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek ölüm olayına sebebiyet verdiği ve hizmet kusuru işlediği sonucuna varılarak maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir. (Ankara 3. İdare Mahkemesi 05/02/2014 tarih, E.2011/1588, K.2014/144)

Danıştay Bozma Kararında, hastanın “Bipolar Bozukluk Depresif Epizod” ön tanısı ile 30/07/2010 tarihinde psikiyatri servisine yatırıldığı, ilaç tedavisi düzenlendiği, günlük ruhsal muayenelerinin yapıldığı, 31/07/2010 tarihinde saat 8.00, 9.00, 16.00’da ilaçlarının verildiği, saat 9.00 ve 19.00’da tansiyonunun ölçüldüğü, en son saat 20.00- 20.30 sıralarında görüldüğü, saat 21.20 sıralarında başka bir hasta ile birlikte kaldığı odasının pencere demir korkuluğuna çarşafı asılı halde bulunduğu, hastanın aralıklı olarak sağlık görevlilerince gözlemlendiği, psikiyatri kliniğinde yatan başka hastaların da olduğu, idareye olağanüstü ağır külfet getirecek şekilde sürekli olarak kişiyi kontrol edecek bir personel görevlendirmesinin idareden beklenemeyeceği, hastanın intihar amacıyla kullandığı demir korkulukların güvenlik amaçlı olduğu, çarşafın hasta odalarında kullanımı gerekli olan gündelik hayatta yaşam için tehdit oluşturmayan bir eşya olduğu hususları gözetildiğinde, davacıların yakınının ölümüne neden olan olayda idareye atfedilebilecek bir hizmet kusuru bulunmadığı sonucuna varılarak mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

D. MADDİ VE MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN KARARLAR

Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Belirlenirken Tahliye Tarihinin Esas Alınması

Hükümlü şahsın intihar etmesi nedeniyle yakınları tarafından açılan destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, şahsın şartlı tahliye olacağı tarihin değil, bihakkın tahliyenin gerçekleşeceği tarihin esas alınarak hesaplama yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

Danıştay 10. Dairesinin 13/12/2016 tarih, E.2016/276, K.2016/4496 sayılı Bozma kararı

Diyarbakır E Tipi Kapalı Cezaevinde iken intihar eden R.A.nın

yakınlarının açtığı davada, destekten yoksun kalma tazminatının hesabı yapılırken, anılan şahsın cezaevinde hükümlü olarak bulunması nedeniyle şartlı tahliye olacağı tarih dikkate alınarak hesaplama yapılmış ise de, maddi tazminat hesabı yapılırken şartlı tahliye tarihinin değil, bihakkın tahliyenin gerçekleşeceği tarih dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiği, maddi tazminat tutarının güncel verilere göre yeniden hesaplanması gerektiği belirtilerek (Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi 15/10/2015 tarih, E.2013/1230, K.2015/1017) mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Danıştay 10. Dairesinin 27/11/2007 tarih, E.2005/8032, K.2007/5712 sayılı Bozma kararı

Manevi tazminat, patrimuanda (mamelek/malvarlığı) meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır. Olay nedeniyle duyulan acı ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir. Dava konusu olayda, idarenin kusuru, olayın oluş şekli ve zararın niteliği dikkate alındığında, mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan acı ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla mahkemece takdir edilen manevi tazminat miktarı yetersiz bulunduğundan, manevi tazminatın amaç ve niteliği dikkate alınarak belirtilen ölçütlere göre manevi tazminatın mahkemece yeniden belirlenmesi gerektiği belirtilerek (Bursa 2. İdare Mahkemesi 25/2/2005 tarih, E.2002/1756, K.2005/112) mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yaşama hakkı en temel insan hakkıdır. Bu hakkın gerek 3. kişilerden gelebilecek eylemlere karşı korunması, gerekse kişinin kendisinden kaynaklanan intihar eylemlerine karşı korunması esastır.

Akıl hastalığı, şizofreni, ruhsal bozukluklar, sosyal veya toplumsal vs nedenlerle intihar eğiliminde olan kişiler tahmin edilebileceği gibi, intihar riski olan kişiler tespit edilebilmektedir. İntihar riski taşıyan kişilerin tedavi edilmeleri suretiyle intihar eylemlerinin bir bölümünün önlenmesi mümkün olmakla birlikte, intihar edecek kişilerin kesin olarak bilinmesi ve intiharın kesin olarak önlenmesi maalesef mümkün görünmemektedir.

Cezaevi, tutukevi, nezarethane, ıslahevi, hastane, okul, öğrenci yurdu, askeri kışla gibi yetki alanı içerisinde bulunan kişilerin can güvenliklerinin korunması için gerekli önlemlerin alınması, Devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır.

Ruhsal ve fiziksel sorunları nedeniyle intihar eğilimi olan kişilerin özel olarak denetlenip, takip edilmek suretiyle kendilerine zarar vermelerinin önlenmesi, özellikle şizofreni, ağır depresyon, atipik kişilik bozukluğu gibi intihar eğilimi yüksek olan hastaların tedavisi konusunda titizlik gösterilmesi gerekmektedir. İntihar riski taşıyan kişilerin bulunduğu yerde görev yapan personelin bu konuda eğitilmeleri, denetim ve gözetim konusunda özenli davranmaları önem taşımaktadır.

Devletin intihar nedeniyle tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması için yetkililerce belirli bir kişinin hayatına yönelik **gerçek ve yakın** bir tehlikenin bulunduğu **bilinmesi** ya da gereken **dikkat ve özenin gösterilmesi halinde** durumun **bilinebilir olması** gerekmektedir.

İntihar eylemlerinin kesin olarak ve bütünüyle engellenebilmesinin mümkün olmadığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, meydana gelen tüm intihar eylemlerinden Devletin sorumlu tutulmasının söz konusu olmadığı açıktır. Ancak, kişinin intihar riski taşıdığı bilindiği ya da gereken dikkat ve özenin gösterilmesi halinde bilinmesi gerektiği durumlarda, bu riskin ortadan kaldırılması ya da asgari düzeye indirilmesi için azami çaba sarf edilmelidir. Bu konuda gerekli hassasiyetin gösterilmemesi, görevli personelin üzerine düşen yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesi, önleyici tedbirlerin alınmaması, dikkat ve özen eksikliği hizmet kusuru teşkil etmektedir.

Devletin pozitif yükümlülüğü belirlenirken, “aşırı yük oluşturmama” kriteri sorumluluğunun sınırını belirlemektedir. Devletin **makul ölçüler** çerçevesinde ve sahip olduğu **yetkiler kapsamında** önlem alması gerekmektedir.

Konuyla ilgili akademik çalışmalar ve yargı kararları dikkate alınmak suretiyle, intihar riski taşıyan kişilerin denetim ve gözetiminde daha özenli davranılmalıdır.

En değerli varlık olan insanın, en temel hakkı olan “yaşama hakkı”nın, kişinin kendi eylemiyle sona ermesine yönelik intihar eylemlerine karşı korunması hususunda özel bir hassasiyet gösterilmeli, kişinin kendi kendisini öldürmesini önlemeye yönelik azami çaba sarfedilmelidir.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz, gerçekten çok değişik, ben avukatlık yaptığımda bir defa böyle bir olayla karşılaştım, onun avukatlığını yapmıştım. O askerlik hizmetini yaparken intihar etmişti ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi o zaman tazminata hükmetmiş idi, ama demek ki bayağı fazla olaylar çıkıyor. Demin size sordum, ama böyle bir şey olmadı. Bir de tabii çok sıkça duyulan bu açlık grevleri filan yapılıyor. Şimdiye kadar ölüm de olabilir, yani bir nevi intihara teşebbüs değil mi?

Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Sayın Başkanım, burada üzerinde durmak istediğimiz nokta şuydu Gülşen Hanımın üzerinde durduğu. Biz idarenin sorumluluğunu anayasadan başlamak suretiyle olması gereken idare kavramı içerisine yerleştirdiğimiz zaman, aslında ilk etapta kendisinden kaynaklanan bir zarar olmuş gibi gözükse de, buna idareyi ne ölçüde dahil edebiliriz yaklaşımıyla bakıyoruz. Yine Gülşen Hanım sizden mi geçmişti? Hani şu posta görevlisinin dağıtım hizmeti sırasında, yani öyle ilginç davalar ki değil mi, posta dağıtıcısının dağıtım görevi sırasında kalp krizi geçirerek ölmesi noktasında mahkemeye verilen ret kararını bozdu yine dairemiz. Burada da üzerinde durulması gereken, gerçekten bu işi yapan kamu görevlisine fazladan bir yüklenme mi yapıldı? Daha önceki görevlilere göre şimdi daha mı fazla efor sarf etmek zorunda kaldı? Yani idari yargının tam yargı davalarına bakış açısının hiç ilgi kurulmayacakmış gibi gözükken bir alanda dahi nasıl olduğunu göstermek anlamında böyle spesifik bir konuydu.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Bir de Sayın Hocam, geçen enteresan bir dava geldi, arkadaşlara da burada huzurunda söyleyeyim. Açık cezaevi mahkûmu serbest dolaşım alanı ve orada taksiye biniyor, taksici de anahtarını içinde unutmuş. Arabayla firar ederken gidiyor birisine vuruyor zarar veriyor. Şimdi burada idarenin sorumluluğu nedir? Açık cezaevi, biz ara kararı yaptık. Dedik ki, bu mahkum burada normalde bulunabilir mi? Dediler bulunabilir, burası açık cezaevi. Yani o cezaevinin otoparkında orada çöpü filan temizliyormuş filan. Şimdi böyle çok gerçekten enteresan davalar var. Mahkeme vermemiş bize istinafa geldi, hâkime hanım da çok güzel özetledi. Mesela ip asılma olayları çok fazla var.

Adalet Bakanlığında, işte cezaevinin kantininde satılması gereken eşyalara ilişkin bir yönetmelik var. İp satılabiliyor mesela. Adam ipi alıyor kendini asıyor orada. İdare diyor ki, ben bunun banyoda veya tuvalette, benim kusurum yok diyor. Ama hâkime hanım çok güzel anlattı, biz de anladık. Bizim de içtihatlarımız o yönde. O diyor kişinin geçmişine bakacaksınız. Eğer kişide bir psikolojik rahatsızlık varsa, onu gözetim altına alman gerekmektedir diyor tazminata mahkum ediliyor. Ama sağlıklıysa bir adam, intihar da ettiyse, tazminatlardan çıkıyor. Tabii o ip mesela jilet, tıraş jiletleri var, jilet de bulunabiliyor ve...

Şimdi hocam ben burada bir serbest dalış yapacağım, çünkü bize zaman...

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- İzin verirseniz galiba bir soru olacak. Buyurun.

SALONDAN- Pantolonun üzerinde bırakılmış. Şimdi oraya nezarete koyup çekip gitmek mi lazım? Nezaretteki adamı da gözlemek mi lazım? Pantolonla astı, kemeri almıştı diye kurtulabilir mi? Sizin yorumunuzu ben...

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Şimdi ben biraz daha tabii bu idarenin kusurunu daha geniş yorumluyorum. Bu somut olayda, bahsettiğiniz somut olayda, işte güya idare her türlü tedbiri almış gözüküyor değil mi efendim? Kemerini çıkartmış, yani kendisinin intiharda kullanabileceği bütün şeyleri kullanmış, ama pantolonu kalmış. Dışarıdan baktığımızda, pantolonu da çıkarılıp koyacak hali yok, pantolonla bırakmış, ama sizin dediğiniz nokta şey. O şekilde de bir gözetim görevini ihmal etmesi söz konusu olabilir burada. Somut olayın şeyini pek bilmiyorum, ama dolayısıyla bundan dolayı bir sorumluluğu, idarenin hizmet kusuru söz konusu olabilir. Ben siz aynı düşüncedeyseniz katılıyorum da ben bu görüşünüze.

Dr. Gülşen KÖSE (Danıştay 10.Dairesi-Tetkik Hâkim)- O olay polis nezarethanesinde gerçekleşiyor. Kişi nezarethaneye alırken üzeri aranıyor. Üzerinde intihar için kullanılabilecek bütün malzemeler çıkarılıyor. Mesela ben sizin düşüncenize şu şekilde belki iştirak edebilirim. Eğer bu olay cezaevinde gerçekleşseydi ve bu kişi daha önce de defalarca intihar teşebbüsü eden

ve bu kişide bir ruhsal bozukluk tespiti ve tanısı konulan bir kişi olsaydı, o kişinin üzerinde daha da özenli durmak gerekebilirdi. Ama bu kişinin bir geçmişte kalmışlığı yok orada, nezarethaneye alınan kaç tane insan pantolonunu çıkarır intihar eder? Yani idarenin orada o kişinin intihar etme eğilimini tespit etmesi öngörebileceği bir durum değil. Çünkü o ani gelişen bir durum. Yani orada intihar eden kişinin bir geçmişi yok. Geçmişte bilinen bir ruhsal sorunu yok.

Az önce okuduğum bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı vardı, Birleşik Krallık. Burada ne diyordu? İdareye çok aşırı tahammül edilemez bir yük yükleyememeliyiz ve burada idarenin hizmet kusurunu, bir kere bu kişinin bu durumunun bilinmesi ya da biliniyor olması, bilinebilir durumda olması önem taşıyordu ve bu bilinebilir olması gereken durumu önlemek için yeterli düzeyde önlemin alınmasında idarenin başarısız olması, hizmet kusurunun gerçekleşmesi için. Çünkü bir de şu araştırmalarda bir gerçek var. Nezarethaneye ya da cezaevine alınan insanların ruh durumları zaten oranın psikolojisinden kaynaklı olarak doğal bir şekilde bozuluyor. Sağlıklı bir insanın normal psikolojisini orada bekleyemiyoruz.

Bir ikincisi de, bazı insanlar oraya özellikle, mesela bu olayda da benzer şekildeydi. Birisinin parasını çalıyor hırsızlık gerçekleştiriyor ve diyor ki bunu ailem duyacak, ben onların yüzüne nasıl bakacağım gibi bir suçluluk hissediyor. Yani kendi aile çevresine karşı bir suçluluk hissediyor. Dolayısıyla idarenin burada bunu önleme ihtimalinin bulunmadığı düşünülmüş bir karar. Bunu arz etmek istedim.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Tabii her somut olayın özelliklerine bakmak gerekir. Sizin dediğiniz gibi burada bir gözetim görevini ihmal etmişse ona ilişkin şeyler varsa, ama onun dışında sizin bahsettiğiniz gibi daha önce böyle bir durum varsa tabii.

Evet, müsaade ederseniz son sözü Sayın Aydemir'e bırakıyorum.

Cengiz AYDEMİR

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10. İdari Dava Dairesi Başkanı

Teşekkür ederim Hocam, sağ olun. Bizim dairemiz efendim 10.Daire, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10.Dairesi. Bizim dairenin konuları şunlar, önce onu ben size bir arz edeyim. Bütün tazminat davaları bizim oraya gelir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar sosyal yardımlar bizim oraya geliyor. Nakdi tazminat, 2330 sayılı nakti tazminat. Uluslararası koruma 6458 sayılı Kanun uyarınca onlar bize geliyor. İltica mülteci vatandaşlık pasaport iptalleri onlar bize geliyor. Dernek, vakıf, sendikalar var. Şimdi bir kamulaştırmamız el atmaları geldi, imar davasının bir kısmını aldık. Yani Başkanımızın yanında da Başkanım da her şeyi anlattı zaten, hizmet kusuru.

Şimdi önemli olan bana şu kaldı galiba burada, sosyal risk kuramı. Hocam biraz bahsetti. Hizmet kusuru var, kusursuz sorumluluk var. Kusursuz sorumluluğun bir ötesi sosyallik, toplumsal bir olay olacak. Terör ve terörle mücadeleden kaynaklanan bir zarar olacak. Devletin burada kusuru yok.

Şimdi ondan önce mülteci iltica derken size bir şey arz edeyim. Bugün aynı zamanda avukatlar gününüzü de kutluyorum, avukatları ilgilendiren bir karar verdik, size de burada tebliğ edelim. İzmir Barosu bize bir dava açtı. İzmir Barosu dedi ki, 6458 sayılı Kanun uyarınca Türkiye'den sığınma isteyen, uluslararası koruma isteyen bir davacının vekiliyim, fakat vekâletname alamıyorum. Bunlar bize göre daha dezavantajlı insanlar, adalete erişimi konusunda bunların ikametgâhı yok, hiçbir şeyi yok, nüfus kâğıdı filan yok ve avukat gidiyor ilgili göç idaresine, diyor ki vekâlet getir. Göç idaresi vekâlet olmadığı zaman yabancı kişiyle ilgili işlemler yapılamıyor. Bununla ilgili bir dava açtı. Biz de dedik ki, vekâlet dedik bir ispattır dedik. İspat, evrak bu yani. Mesela ben Avrupa'da gördüm, adam diyor ki bu benim avukatım diyor, hiç-

bir hâkim ona vekâletname filan sormuyor. Bu benim avukatım dediği zaman iş bitiyor orada. Ve biz de bundan hareketle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uygun olsun diye, zaten öyle diyor, adalete erişimi kısıtlayamazsın diyor. Dedik ki, yabancı şahıslarda vekâlet aranmaz dedik biz. Adam bunun avukatıym diyorsa bitmiştir kardeşim. Çünkü şahsı da yanına alamıyor avukat. Niye? Onu koruma yerlerine almışlar. Bu konuda da bilginiz olsun, bir yabancı bir şahısla ilgili bir müvekkiliniz olursa, göç idaresi nezdinde valilik nezdinde adalete erişimle ilgili iş takiplerinde vekâlet sorununu kaldırdık. Belki de duydunuz bilmiyorum. Yani İzmir Barosu bunu gazeteye filan da vermiş. Çünkü bu böyle de gerekiyor. Çünkü bu kişilerin acil bir şekilde adalete erişimi lazım. Vekâlet verme gerçekten o kişiler için bir dezavantaj. Notere gidin, nüfus kâğıdınız yok. Ben gelmişim bir yerde barınma yerinde bulunuyorsunuz. Bu arada bilgi olsun.

Şimdi sosyal riske geldik. Sosyal risk mesela gar patlaması mı, Merasim Sokak var bizim Ankara'da, Kayseri'de işte komando tuğayının önünde yapılan patlama var. Sonra Güvenpark patlaması var ve işte Reyhanlı saldırısı var Hatay'da, bir sürü patlama. Bunlardan dolayı mahkemenin baktığı, ben hemen kısaca özetlemek istiyorum, çünkü zaman da daraldı. Burada aslında bir sürü evrak var getirdim, ben bunları da inşallah Barolar Birliğine vereceğim, o şeyde yayınlanacak bunlar. Bunlar da sizde kalsın. Hizmet kusuru var mı yok mu?

Mesela Reyhanlı saldırısı, Reyhanlı patlamasında, istihbarat örgütü haber vermiş. demiş ki, burada bir patlama olabilir. Bu patlamayı önlemini almadığından dolayı mahkeme Danıştay 15. Dairesi demiş ki, bu sosyal riske girmez, hizmet kusuru, benim görevim de değil, Başkanına göndermiş, 10.Daireye göndermiş. 15.Daire sağlık ve sosyal riskle ilgili 5233 sayılı Kanundan doğan tazminat davalarına bakıyordu. Şimdi kapandı daire hepsi 10'a geçti. Şimdi orası oldu. Fakat hizmet kusuru görmüş.

Mesela Ankara Gar patlamasında tartışmalar hâlâ devam ediyor. Nasıl devam ediyor? Ankara idare mahkemelerinin bir kısmı sosyal risk diyor, bir kısmı hizmet kusuru diyor. Hizmet kusuru niye diyor? Biz bu FETÖ 15 Temmuz... Bu 2015'te olmuş Gar patlaması, 100 küsur vatandaşımız orada vefat etmiş. Diyor ki,

bu bylocktan bir mesaj vardı diyor. Polisi çektiler o gün oradan diyor. Devlet diyor biliyordu bu işi diyor, önlem almadı diyor, hizmet kusuru diyor. Fakat biz bunu araştırdık, böyle bylock filan yok, öyle savcılık filan sorduk öyle bir şey yok. Fakat biz yine baktık, terörle mücadele istihbarat müdürlüğü, Milli İstihbarat Teşkilatı, Türkiye’de genel böyle olaylar olabilir diye genel yazılar yazmış. Gar patlamasına istinaden değil. Yani Garın patlamasını daha önce biliyordu devlet önlemedi, hizmet kusuru vardı. Mesela Reyhanlı’yı biliyormuş devlet. Reyhanlı’yı yazmışlar, burada patlama olabilir. Günü belli değil, ama diyor ki şimdi orada mahkeme Danıştay 15.Dairesi, sen diyor önlem almadın buna diyor. Dolayısıyla bu sosyal risk kuramından değil de, hizmet kusurundan çözülmesi lazım diyor. Sosyal risk kuramı da ne? Devletin kusuru yok, ama ne yapıyor? Zararı kolektif bir sorumluluk prensibine istinaden bütün ülkeye dağıtıyoruz.

Şimdi Gar böyle, mesela Güvenpark var, Merasim Sokak var, Hava Kuvvetlerinin önünde çıkan orada serviste patlamalar var. Onlarda şimdi kararlar hep şimdiye kadar hep sosyal risk diye geldi. Niye? Çünkü Güvenpark’a ve Merasim Sokakta yapılan patlamaya ilişkin olarak devletin bilgisi bulunduğu veya hizmetin kötü işlediğine veya kusur olduğuna ilişkin bilgi belge yok. Fakat şimdi burada şöyle bir sorun var, aslında burada sorunları konuşmak lazım çok teoriden ziyade.

Şimdi 5233 sayılı Kanun 2004 yılında bizim devletimiz Avrupa Konseyine müktesebat dahilinde söz vermiş. Demiş ki kardeşim, Avrupa Birliği müktesebatı kapsamında ben bunun sosyal riskin somutlaşmış hali 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Kaynaklanan Zararların Karşılmasına İlişkin Kanun. 2004 senesinde kanun çıkmış yedinci aydı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bunu etkin bir başvuru yolu olarak almış ve elindeki davaların bir kısmını döndürmüş, Türkiye’ye geriye göndermiş.

Fakat kanun çok kötü işliyor. Şimdi mesela adam akşam eşiyile beraber geziyor Güven Sokakta, patlama oluyor yanında hanımı ölüyor, kendisinin de kolu kopuyor, 32 bin lira veriyorlar. 2016’da 32 bin lira, işte ondan sonra 17 bin lira. Şimdi davacı geldi bana dedi ki, burada sulh var efendim sulh. Yani yargıya gitmeden çabuk bir şekilde sulhla bitirme olayı, prensip bu, 5233 sayılı Ka-

nun. Komisyon kuruluyor valilikte, bir ay içinde başvuracaksın. Sana diyor ki, 32 bin lirayı aldın mı? Sulhnameyi imzalarsan artık maddi tazminat davası açma hakkın yok. Ama kanun manevi tazminatı düzenlemiyor, yalnız maddi zararların sulh yoluyla ödenmesine ilişkin bir kanun bu. Diyor ki, sulhnameyi imzalamazsan ne yapacaksınız? Geleceksiniz idari yargıya dava açacaksınız. Danıştay Genel Kurul kararı var, Danıştay 10.Dairenin kararı var, dava genel hükümlere göre, tazminat hükümlerine göre destekten yoksun tazminatına girer.

Manevi tazminat, eğer sulhnameyi imzaladıysanız, bize manevi tazminat davası açıyor size, manevi tazminata hükmediyoruz biz. Fakat şimdi şöyle bir şey, şimdi bunu artık kimse imzalamıyor. Çünkü alınan para 32 bin lira. Bir tane vatandaş bana dedi ki ben çok üzüldüm, çok duygulandım. “Benim hanım dedi köpek ölüsü mü?” dedi. 32 bin lira, kadın ölmüş gitmiş.

Fakat şimdi burada süre sorunları var. Şimdi davacılar diyor ki, zaten benim iradem belli diyor, sulhnameyi imzalamayacağım diyor. Geliyor direkt idari yargıya dava açıyor. Şimdi kanunda komisyona başvurma süresi 30 gün, fakat Başkanım bugün burada arada bir haber verdi. Biz sürelerle çok esnek bakıyoruz dedi, biz de esnek bakıyoruz. Fakat bizi onlar yönlendirecek. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gittim, hiç süreye bakan yok. Hak ihlali açısından bakıyor. Şimdi bir ay içinde komisyona siz gitmediniz, geldiniz diyelim ki 60 gün içinde 50’nci gün dava açtınız. Mahkeme diyor ki, 5233 sayılı Kanun kapsamında direkt bana gelemezsin diyor. Komisyona gideceksin diyor, merciine tevdi ediyor. Valilik diyor ki bu sefer, sen 30 gün içinde idari yargıya dava açmadığın için diyor, 30 günlük süreyi kaçırdın diyor, sana ben tazminat vermiyorum diyor. Şimdi tekrar dosya geriye geliyor. Bu sefer şimdi enteresan, orada tazminat komisyonunda süreyi kaçıırırsanız, idari yargıda da işler sakata giriyor.

Bu kanun uygulamasında hocam da belki söyleyecektir, uygulamasında avukat arkadaşların da bu tür insanlara baktığı davalar da mutlaka vardır. Bir defa bu süre işlerinin mutlaka bir oturması lazım. Direkt bana gelemezsin diyor merciine gönderiyor. Mercisine gidiyor süreyi kaçırdın diyor. Veya iki aylık süre içinde oraya gitmiş, sonra geliyor dava açma süresi içerisinde... Mesela Hoca-

mın bir görüşü var diyor ki, ben diyor 5233 sayılı Kanunun zaten kapsamında sulhnameyi imzalamayacağım diyor. Ben direkt niye idari yargıya dava açamıyorum diyor; destekten yoksunluk tazminatı mesela. Şimdi bunları hep tartışacağız, bunlar da inşallah içtihatlarla yoluna girecek.

Bir de ben bu sağlık tazminatlarıyla ilgili şey var. Mesela biz burada neye bakıyoruz, bizim heyetin belirlediği şey var. Teşhis hatasına bakıyoruz, tedavi hatasına bakıyoruz, dikkat ve özen eksikliğine bakıyoruz, yetki sınırını aşırması ona bakıyoruz. Rıza alınmaması, bu onam formu diyor, bu çok önemli. Artık mesela iğne vurulurken bile hastanelerde rızanın alınması lazım. Çünkü siyatik sinire iğne yapılıyor, ayak düşmesi oluyor. Yüzde 15 ilâ 30 arasında bir sakatlık durumu oluyor. Bilgilendirme eksikliği var. Bir de sır saklama yükümlülüğü. Bizim sağlık tazminatlarıyla ilgili tazminata mahkûm ettiğimiz hususlar, bizim heyetin incelediği konular bunlar. Eğer teşhis hatası varsa, tedavi hatası varsa, dikkat ve özen eksikliği varsa, mesela doktor hatası tazminat konuları bunlar efendim.

Bu sosyal risk konusunda, ben aslında çok hazırlanmıştım. Yargıtay'ın kararlarını da getirdim ben. Başkanım size sundular, ben o konuda bir katkıda bulunayım. Yargıtay'ın 4 ve 13.Hukuk Dairesi kararlarını aldım ben. Şimdi Gazi Üniversitesinde bir hizmet kusuru var, doktora karşı dava açılıyor. Üniversiteye karşı açılrsa bizde, doktor olduğu zaman adli yargıda. Husumetten şimdi reddediyor. Bir sürü karar var, kabul etmiyor Yargıtay bunları. Üstatlar da burada, değil mi efendim?

Hocam da söyledi, Sayın Başkanımız da buyurdular, şöyle bir şey, Yargıtay bunları biz kabul etmiyoruz dedi. Ben buraya belki 30-40 tane karar çıkarttım, ama şey olmadı, inşallah başka zaman. Aslında oturup bunları konuşmak lazım. Artık üniversiteye karşı dava açacak, devlet... Vakıf üniversitelerinin tazminat davaları bizde efendim bilginiz olsun. Vakıf üniversiteleri bizde.

Hocam ben böyle biraz karıştırdım, sosyal risk oradan buradan gittik, ama sosyal riskler kusursuz sorumluluğun genişletilmiş hali. Terör olayı toplumu ilgilendirecek. Burada Anayasa Mahkemesinin kararları var, Danıştay 10.Dairesinin kararları var, genel kurulun kararları var. Sürelerde biraz bir problem var, ama inşallah bunlar da oturacak.

Buyurun efendim.

SALONDAN- Bir şey sorabilir miyim? Kanser ilaçları bulunmuyor. Bu nedenle ölüm olursa.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Ben bilmiyorum, Başkanım burada.

SALONDAN- İlaç bulamayıp hastalığı hızlanıp ölürse bir tazminat isterse Sağlık Bakanlığından ne olur?

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Yalnız ben şunu bir önce arz edeyim, sonra Başkanıma vereceğim. Şimdi bir deneme ilacı var Amerika'da, ona faz 1 faz 2 faz 3 gibi bir şey diyorlar. İlaç üçüncü dördüncü aşamaya gelmiş, fakat ithalatı yok o ilacın. Diyor ki, Sağlık Bakanlığına başvurun, benim hastam ölüyor diyor. Benim hasta ölüyor diyor, Gülhane'de yatıyor hasta. Böyle bir davaya baktım ve ilacın ithali konusunda Sağlık Bakanlığında başvurmuş. Sağlık Bakanlığı diyor ki bu ilaçlar kesinleşmedi diyor, araştırma halinde diyor. Yani deneklerde uygulanıyor, faz 2 faz 3 diye böyle bir aşamaları varmış, biz de ona izin verdik.

Sen bunu ithal et, adam istiyor kardeşim dedik. Öyle bir durum oldu, ama diğerini Başkanım buyursun.

Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Sayın Başkan, daha sağlık tazminatıyla ilgili uyuşmazlıklar 10.Daireye yeni geldi, 15.Dairenin kapatılması nedeniyle. Bizde zaten şu son birkaç gündür, önümüzdeki hafta çarşamba günü de tekrar tazminat davalarına bakış açılarımızı yeni gelen konular da dikkate alınmak suretiyle çözeceğiz.

Ama şunu söyleyeyim ki, bundan 20 sene önce 30 sene önce baktığımız tam yargı davalarıyla, şimdi baktıklarımız inanın birbirinden çok farklı. Benim şu 16 yıllık üyeliğim sürecinde bile, 16 yıl önce imzaladığım kararlar bugün imzaladığım karar arasında gerçekten idarenin sorumluluğunu, mülkiyet ve mal esaslı sorumluluktan insan esaslı sorumluluğa doğru yönlendirme çabasıdayız. Yani kişinin can ve mal güvenliğinin korunması derken, bugüne kadar mal ağırlıklı bir koruma mekanizması öngörmüşken yargı sistemleri, bugünden itibaren belki bakış açısı biraz daha kişi nezdinde olacak.

O nedenle söylediğiniz husus gerçekten çok önemli. Eğer ben kendi kendime ilacı alma edinme olanağım yoksa, sosyal güvenlik şemsiyesi altındaysam ve sadece idarenin izin verdiği ilaçları kullanabilme hakkına sahipsem, o zaman bunu bir yandan sosyal güvenlik yönünden, bir yandan Sağlık Bakanlığının Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri yönünden değerlendirilmesi gerekir. Ama burada kusursuz sorumluluğa gitmeden önce, gerçekten bir hizmet kusuru olup olmadığı değerlendirilmesinin araştırılması gerekir diye düşünüyorum, ama bunun için tabii Sağlık Bakanlığının teşkilatı ve görevlerini bir gözden geçirmek gerekir. Ben en azından henüz bu tür davalara bakmış birisi değilim.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Tabii burada tazminata gidilebilir. Şöyle bir şey var arkadaşlar, bence var ya çok rahat olmak lazım. Niye? Türkiye’de tazminat hukuku çok gelişti. Gittik, Avrupa’ya da gittik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi staj gördük de, adam diyor ki Adli Tıbbı kaldırın siz diyor bize.

Adamın burnu kopmuş, komplikasyon diyor, adam elini yakmış komplikasyon diyor. Hatta Yargıtay’ın da kararları var. Biz bunlara olmaz kardeşim dedik. Adli Tıpta mesela çocukla ilgili bir olay var, rapora bakıyorsunuz çocuk mütehassısı yok, adli tıp uzmanı... Şimdi mesela bir makine var, bir makineden çocuk yoğun bakımda hava veriliyor, fakat aynı makineye üç tane hortum bağlanmış. Üçü de komaya girmiş, bir tanesi vefat etmiş, iki tanesini yaşatmışlar. Çünkü yeterli hava gelmemiş, havayı düşürmüş, adli tıp diyor ki komplikasyon.

Buyurun efendim.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Şimdi şöyle yapalım isterseniz, zaman da sıkıştırıyor. Şöyle yapacağız merak etmeyin, 10 dakikamız var. Biraz geç de başladık, onu da dikkate alarak şöyle bir 10 dakika soruları olanlar varsa yöneltsinler. Lütfen hangi konuşmacıya yönelteceklerse yöneltsinler. Buyurun efendim.

SALONDAN- Hocam izniniz olursa bir katkıda bulunmak istiyorum. Birincisi, destekten yoksun kalma zararlarıyla bedensel

zararlarda idare hukukunda da bu hükmün, yani Türk Borçlar Kanununun 55.maddesinin uygulanmasına yönelik. Şimdi burada gerekçede de belirtildiği gibi, kanun koyucu diyor ki, uygulamada yeknesaklığı sağlamak için idare hukukunda da tazminatın belirlenmesinde aynı usulün uygulanması gerekir diyor. Zaten 55.maddenin başlığı tazminatın belirlenmesi.

Bunun için, burada aynı ilkelerin borçlar hukukundaki aynı ilkelerin tazminat hesabı yönünden uygulanmasında bence bir beyiz yok. Ancak idare hukuku ilkeleri elbette ki kendine özgü olarak hizmet kusurunda değerlendirilecektir. Burada ne diyor kanun? Destekten yoksun kalma zararları ve bedensel zararlar bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre belirlenir. Yani sorumluluk hukuku ilkeleri çerçevesinde idari hukuku ilkeleri de değerlendirilecek.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Burada hiçbir şeyimiz yok, burada hemfikiriz. Yani benim söylediğim adli yargıda çözümlenmesini öngören Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki değişiklik idi, bu iptal edildi ve o iptal kararı... İptal kararı çok güzel gerekçelendirilmişti, siz bahsettiniz. Orada tartışılar, neden bu davalara adli yargı değil de idari yargı baksın? Neden anayasaya ayrılık teşkil ediyor? İşte orada tartışırken, bu sizin şeyinizde hemfikirim, orada problem yok. Nihayet destekten yoksun kalma tazminatı, tek tip bir hesaplama. Ha bu idarenin eyleminden kaynaklanmış bir şey, ha şeyden, bunda problem yok.

Problem, özel hukuktaki sorumluluk nedenlerinin idare hukukunda uygulanıp uygulanamayacağı. O karar da çok güzeldir Anayasa Mahkemesinin. Ben derste de okuturum idari yargının görev alanı bakımından. Orada bu dava ancak idare hukuku, yani sorumluluk ilkeleri açısından diyorum. Yoksa tazminat miktarı şu bu, özel hukuktaki ilkelere göre belirlenmesinde hiçbir beyiz yok, katılıyorum sizin şeyinize.

SALONDAN- Bir diğer husus da şu Başkanım. Şimdi terörle ilgili dedik, biz Hukuk Genel Kurulunda Botaş'ın borularına teröristlerin saldırısı neticesinde oluşan yangın nedeniyle komşu taşınmazlardaki yangın olayında uğranılan zararın tazmininde biz dedik ki, bu mücbir sebep, terör olayı bir mücbir sebep olarak kabul edilmeli ve illiyedi kesmelidir dedik, şimdi birincisi bu.

İkincisi, burada 5333 sayılı Kanun terör nedeniyle tazminat. Zaten devlet belli bir miktar veriyor. Vatandaş diyor ki, devletin karşılamadığı, benim fazladan olan zararımı borçlar hukuku hükümleri çerçevesinde kusursuz sorumluluk ilkeleri doğrultusunda karşılanmasını istiyoruz. Şimdi burada az önceki verdiğim genel kurul kararına göre mücbir sebep sayıldığında, kusursuz sorumluluk nedeniyle sorumlu tutulması gerekir, devletin düşüncesindeyim. Ama hizmet kusuru varsa, elbette ki kusur sorumluluk doğurduğundan, hizmet kusuru nedeniyle, yine sosyal risk denilsin ister hizmet kusuru desin orada sorumlu tutulacaktır. Ama kusursuz sorumluluğa dönüştüğünde, eğer devletin bir hizmet kusuru yoksa burada terör illiyedi kesecek diye düşünüyoruz.

Teşekkür ederim.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Kanunda zaten efendim hüküm var. Eğer bir ödeme yapıldıysa komisyon tarafından, artırma davası açılmaz diye hüküm var malvarlığı zararlarında.

Suna TÜRKÖĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Sayın Başkan çok kısa bir şey söyleyeceğim. Mücbir sebep kavramında çok anlayabildiğimizi söyleyemeyeceğim Mustafa Beydi yanlış hatırlamıyorsam. Şimdi bizim devletin sorumluluğuna bakış açımızda mücbir sebep dediğimiz olaylar, gerçekten belli bir ülkeye özgü olaylar değil, genelde bütün dünyada mücbir sebep diye sayılan olaylardır. Deprem böyledir, sel böyledir, hortum böyledir, çok aşırı yağış böyledir, çok aşırı kar yağışı böyledir, ama terör olayı bütün dünyanın saydığı bir mücbir sebep değil, bütün dünyanın baş etmeye çalıştığı bir toplumsal olay biçimidir. Dolayısıyla genel kurul kararınızı okumuş değilim, o karar hakkında fikir yürütmeyeceğim. Ama böyle bir olayda çok eskiden benim daha hâkimliğe ilk başladığım 70'li yılların sonlarında, Doğuda ve Güneydoğu'da köy yakılması olayları nedeniyle, burada idarenin sorumluluğu yoktur şeklindeki idari yargı kararları, maalessif Avrupa İnsan Hakları Mahkemelerinden döndü ve devlet olarak tazminat ödemek zorunda kaldık. Ve o zaman çok genç bir tetkik hâkimi olarak söylemeye çalıştığım şeydu. Hukuk evrenselse eğer genel ilkeleri yönünden, bizimle Fransa'daki ya da

Strazburg'taki mahkeme farklı farklı hukuk ilkeleri uygulamıyorsa, onların tazminatla sorumlu tuttuğu yerde ben neden genel evrensel tazminat ilkelerini işletemiyorum diye.

Şimdi burada devlette, işte o demin söylemeye çalıştığım oydu. Öyle bir kamusal felaketle karşı karşıyayız ki, hepimiz terörden mağduru. Ama terörün mağduriyetini o bölgeye yakın bir yerlerin, birilerinin üzerinde bırakmak, hiç teröre katkı sağlamadıysa, hiç ön planda değilse, bu olayların çıkmasında hiçbir katkısı yoksa yani hukuken müterafik kusur diye nitelendirebileceğim bir kusur yoksa o zaman bu zararı toplumumuzun karşılaması gerekmez mi? O zaman buradan diğerleriyle hiçbir müştereki olmayan, sizden benden farkı olmayan birisinin, salt belli bir bölgede yaşıyor olmasından kaynaklanan zararı tek başına üstlenmesini mücbir sebep kavramı içerisinde kabul etmek, benim oy kullanma imkânım olsaydı bu doğrultuda oy kullanmazdım. Ama kararı tenkit etmek anlamında söylemiyorum, ama benim oyum bu doğrultuda olmazdı, burada mücbir sebep var demezdim.

SALONDAN- Sizin açıklamalarınız doğrultusunda, bende zaten bunu tartışıyoruz,

Suna TÜRKOĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Yani devlet bile mücbir sebep saymıyor.

SALONDAN- Diyor ki, benim daha fazla zararım doğdu diyor, devlet kusursuz sorumluluk çerçevesinde fazla zararımı da karşılasın.

Suna TÜRKOĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Bakın orada zararı karşılamayla ilgili kriterler farklı, olayı mücbir sebep kavramı içerisinde değerlendirmek farklı. Anlaşamadığımız nokta derken kastettiğim buydu.

SALONDAN- Terör bütün dünyada aynı, (Mikrofonsuz konuşuyor)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Buyurun önce size söz verelim, sonra Ethem Beye.

SALONDAN- Arkadaşıma katkı olsun, ben ... Hukuk Dairesi üyesiyim. Tazminat davalarının genel görüldüğü dairenin üyesiyim. Özel hukukta bizim muhatabımız gerçek veya tüzel kişi-

ler, devlet değil. Sizinle bakış farkımızın nedeni bu. Devlet bütün olarak güvenliği sağlamak önlem almak durumunda, ama özel kişi ya sahibi bulunduğu bir taşınmaz veya eşya, tesis, çalıştırdığı kişi nedeniyle sorumlu tutulmakta. Bakış farkımızın nedeni bu. O nedenle sizin bakışınızla bizim bakışımızdaki farklılık bundan kaynaklanıyor. Yani herkesin kendi hasım gördüğü kişilerin sorumluluk türlerine göre, sorumluluk nedenlerine göre bakışı şekillenmekte. Bu nedenle arkadaşımın söylediği konuda komşu taşınmaz malikinin veya Botaş'ın tesis sahibi olmasının sorumluluk şekli farklıdır, devletin terörü önleme yükümlülüğü farklıdır.

Bunu belirtmek istedim, teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Buyurun Ethem Bey.

SALONDAN- Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Korsan bildiri sunmayacağım, bir-iki noktanın altını çizmeye çalışacağım.

Tabii biz idare hukukunun otonom özelliğinden hep vurgu yaparız. Bu otonom özelliğinin bugün ve yarınki sempozyuma yansımada özellikle altı çizilmesi gereken birinci nokta şu. Sorumluluğa ilişkin, sorumluluk sebepleri idare hukuku değil, özel hukukta telifi mümkün değildir, birinci tespit bu.

Ancak zarar ortaya çıktıktan sonra çıkan zararın tazmininde, zararın gerçek zarar tazmini ilkesi gereğince ortak olarak özel hukukta da kullanılan kıstasların kullanılabilceğidir. Bu anlamda ölüm halinde verilecek olan tazminatın miktarıyla ilgili olarak Borçlar Kanununda belirtilmiş olan kriterlerin idare hukukunda kullanılmasında herhangi bir beyiz yoktur, birinci tespitimiz bu.

İkinci olarak, terör olaylarıyla ilgili Türkiye'nin gelmiş olduğu nokta, Fransız hukuku açısından düşündüğümüzde de onlardan daha ilerideyiz. Niçin ilerideyiz? Tabii ki ben fazla kabul edilmeyen bir şey kitabımda da yazdım, idari hukuk milli bir hukuk dardır. Dolayısıyla diğer hukuk dallarındakinden daha fazla kamusal ihtiyaçları karşılama özelliği ön plana çıkar.

Fransa'da hatırlayınız, bir köprüsünde Türk diplomatı katledilmiştir, bunun üzerine dava açıldı. Bu anlamda Fransa'da bir kanun var. Bu kanun gereğince terör olaylarından yararlanan Fransız vatandaşları için getirilmiş olan bir düzenleme herkes

için değil, Fransız vatandaşları için getirilmiş olan bir şey. Bizim davada ileri sürmüş olduğumuz şey, burada o dönemde Ermeni terörünün Avrupa'da yaygın olması hasebiyle, Fransız Hükümetinin bu hususta daha hassas davranması gerektiği, Türk diplomatlarının korunması anlamında da bu hassasiyetin giderilmesi, emsal olarak da zaten Fransız vatandaşlarını bu şekilde koruyorsunuz, yaşam hakkı sadece Fransızlara değil, işte oradaki yabancıların, bu anlamdaki diplomatlara Türklere de aittir filan. Ama Fransa'da şunu söylediler, Fransız Danıştay'ının bir kararı vardı, yüz kızartıcı bir karardır. O kararda diyor ki, Türk Hükümeti bu olaylarıyla ilgili bizi haberdar edip özel koruma istemedi. Bu anlamda Fransız şeyinde, hizmet kusuru bahse konu olmadığından dolayı talebimizi reddetti. Dolayısıyla bu anlamda...

Bu 5233 sayılı Kanunun sıkıntısı şu: Getirilmiş olan zararın gerçek zararın tazmin edilecek miktarda olmaması. Belki bunun için öngörülmesi gereken yargılama aşaması nasıl ki bilirkişiden böyle bir zarar miktarını belirleyen bir ölçütle gelinmesi şey yapılır. Böyle gidilirse, oradaki böyle bir esneklik tanınması halinde komisyonun kararları mantıklı hale gelebilir.

Yine bir başka husus, yine Fransız Danıştay'ının kararında, askere alınan kişilerin geçmişine dikkat etmek gerekir diyor. Bu çerçevede içerisinde; bir, eskiden hükümlü hırsız gaspçı ve tecavüzden mahkûm olmuş olan üç kişi aynı yere veriyorlar. Bunlar bir araya geliyorlar, diyorlar ki dışarı kaçmak için ne yapalım filan. Netice itibarıyla bu da bizdeki intihar olaylarının psikolojisinin mantığıyla, orada da aynı şekilde bir kusur geçmişini irdeleme olayı evrensel anlamda Fransız hukukunda da tatbik edilen bir nokta olduğunu belirtiyor. Tabii yarınki konular açısından önemli olan bir şey. Buradaki belirlenecek olan özel hukuktaki kıstasları biz idare hukukunda tatbik edebilecek miyiz?

Ben bu anlamda sizin görüşünüzü kısaca almak istiyorum. Biraz konuşmam tebliğ seviyesine geldi, ama başka türlü de izah edemedim. Teşekkür ediyorum.

Suna TÜRKOĞLU (Danıştay 10.Daire Üyesi)- Şimdi zaten sanki beni teyit ediyormuş gibi konuştunuz diye sizi dinledim. Çünkü zaten 55.maddeye gelene kadar biz idari yargı olarak hangi idareyi, hangi tür zararları nedeniyle kime karşı sorumlu tu-

tacağımızı belirledikten sonra, peki bu zararın giderilmesinde ne kadar ödeme yapmamız gerekiyor? İşte o zaman 55.maddeye gidiyoruz. O noktada hiçbir tereddüdümüz yok. Bu bizim eskiden beri söylediğimizi, ben Anayasa Mahkemesi kararında sadece bir başka yargı organı tarafından da teyit gördü anlamında söylüyorum. Nitekim o nedenledir ki, konuşmamın başında Yargıtay'ın içtihatları, Anayasa Mahkemesi kararları bize ışık tutuyor dedim. Çünkü çok önceden beri, 55 ya da onun muadili diğer maddeleri uygulayan Yargıtay'ın, örneğin destekten yoksun kalmayla ilgili tazminattaki ilkeleri tabii ki bu aşamadan sonra belli. Daha doğrusu bakış açımız farklı değil de, baktığımız yerler farklı. O sorumlu gerçek ya da tüzel kişiye bakıyor, ben sorumlu devlete bakıyorum. Dolayısıyla sorumlu tuttuğum kaynak farklı olunca, onu sorumlu tutma kriterlerimi de adli yargı kısmında, belki biraz daha yasama organınca belirlenmiş kriterler, ama idari yargıda böyle bir yasal düzenleme olmadığı için, anayasadan kaynaklanan idarenin sorumluluğu ilkelerini, sizlerin yazdığı çizdiklerini de dikkate almak suretiyle, idarenin sorumluluğunu nereye kadar getirebileceğimiz hususunu netleştirerek bakıyoruz. Üstelik söyledikleriniz arasından, sanki Fransız Danıştay'ından daha ileri bir Türk Danıştay'ında çalışıyor olmaktan da keyif duyduğumu ifade etmeliyim.

Tabii ki tazminat hukuku yönünden gerçekten çok ileri bir aşamadayız. Bunu da en azından bunu söylemek isteyip istemediğinizi bilmiyorum, ama ben azından buradan bu sonucu çıkardım rahatlıkla.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Hocam bu konuda Anayasa Mahkemesinin kararı var, bu tazminat miktarı konusundan reddetmiş, kabul etmemiş.

Bir de bir şey arz edeceğim. Fransız Danıştay'ından derken, Necip Haplemitoğlu ve Uğur Mumcu davaları var. Uğur Mumcu'da kusursuz sorumluluk ilkesinden gitti mahkeme. Dedi ki, sen koruma talebinde bulunmadın, ben de sana kusursuzluktan veriyorum. Fakat Danıştay dedi ki, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20.maddesinde, bu dedi terör eylemlerine maruz kalacak

kişiler kapsamında dedi. Dolayısıyla sen bunu kendiliğinden koruyacaktın dedi, korumadın dedi, vefat etti öldü dedi ve hizmet kusurundan tazminata mahkum etti. Necip Haplemitoğlu da böyle oldu bilginiz olsun. O biraz önce işte o Fransa'da Danıştay'ın işte koruma talebinde bulundu mu bulunmadı mı meselesini, Danıştay aslında 2004 senesinde aştı. Hatırladığım kadarıyla Uğur Mumcu kararı 2004 yıllarında filandı.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Evet, son sözü size vereceğim, buyurun efendim. İsterim hepinize söz vermeyi, ama bundan sonraki oturuma tecavüz edeceğiz. Buyurun çok kısa...

SALONDAN- Çok kısa bir şey söyleyeceğim. Şimdi özellikle bu Botaş meselesinde Fransız Danıştay'ında adli polisin görevlerinde, adli yargı görevli olmasına rağmen, idare hukuku ilke ve kurallarını uyguluyor. O nedenle önümüze gelmiş olsa bile adli yargı olarak, idare hukuku ilke ve kuralları uygulanabilir mi diye bir fikir ortaya atmak istiyorum.

Bir de, terör tazminatı konusunda 2004'te kanun yürürlüğe girdi. Yüzüne kezzap fırlatılan Hizbullah terör örgütü tarafından bir meslektaşımıza, 24 lira tazminata hükmetti kurul. Geçmişte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin haksız tutuklamayla ilgili verdiği kararı dikkate almak suretiyle, terör tazminat kurullarına başvurunun etkisiz başvuru yolu olduğunu değerlendirir misiniz? Cengiz Beye soruyorum.

Cengiz AYDEMİR (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 10.İdari Dava Dairesi Başkanı)- Efendim 5233 sayılı Kanun yürürlüğe girince Temmuz 2004 tarihinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi elindeki dosyaları etkin başvuru yolu olarak kabul etti. Fakat ben o tazminat konusunda ben çok muzdaripim. Şöyle; 32 milyarı imzalamayan 751 trilyon alıyor bizden, imzalayan 32 alıyor. Fakat biz ne yapıyoruz? Elimizden geldiğince manevi tazminatı yüksek tutuyoruz. Maddi tazminatı sulhü imzaladığı için düşük alması sebebiyle, aradaki zararı kapatma aracı olarak kullanıyoruz. Biraz da korkuyoruz Danıştay 10.Dairenden, bu sefer 150-200-250 milyar liraya doğru çıkartıyoruz. Fakat bu işin kesin düzelmesi lazım, bu yanlış.

Biraz önce söyledim, adam çocuğu üniversite sınavından çıkmış, otobüs beklerken gelmiş patlama olmuş, çocuk vefat etmiş, 32 milyar veriyorlar. Yani manevi tazminatlarda yükseltiyoruz. Fakat ben şunu gördüm, dava çok sulhname imzalıyorlar efendim.

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Oturum Başkanı)- Kapatmak zorundayım. Efendim soracağınız soruyu istirham ediyorum, çünkü salonun boşalması... Dışarıda konuşmacılara yöneltebilirsiniz.

Ben konuşmaya başlasam kimse konuşamaz burada. Bu 5233 sayılı Yasa son derece yanlış bir yasadır. Bunu ben tebliğimde sundum. Adı sulhname, sulh yolu. Sulh yoluyla ihtilafın çözülmesi, olmuş zorunlu başvuru. Danıştay da bunu böyle kabul ediyor. Böyle genel hükümler uygulanmaz deniyor, bütün problemler buradan çıkıyor. Şimdi ben bunu buraya girip de tartışmak istemiyorum, burada oturumu kapatmak mecburiyetindeyim. Dışarıda lütfen soru sorabilirsiniz.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

1. GÜN

3. Oturum

Aile İçi Şiddet ve Sonuçları

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Efendim sabah açılışa yoktum kusura bakmayın lütfen. Bir avukat olarak herkesten önce siz, iyi ki yoktunuz diyeceksiniz bana. Sabah 5 Nisan malum, dolayısıyla öncelikle avukat meslektaşlarımın gününü kutluyorum. Ancak sadece avukat meslektaşlarımın günü değil, çünkü biz avukatların görevi vatandaşlarımızın haklarını savunmak. Şu halde bugün aslında herkesin günüdür.

Hep şunu söylerim, avukatın hakkı ihlal edildiğinde vatandaşın hakkı ihlal olur. Avukata tanınmış haklar, ona tanınmış ayrıcalıklar değil. Tabii her sistemde bir iddia makamı, suçlayan bir makam olur. Yargıda da fakat sisteme özelliğini veren bağımsız etkin savunmanın varlığı. Bağımsız etkin bir savunma, bağımsız karar mercii teminatı bir iddia makamı yan yana geldiğinde, o aradığımız arzu ettiğimiz mekanizma kuruluyor. Burada da dünyanın ölçü aldığı ilk baktığı şey, savunmanın bağımsız ve etkin olması Çünkü savunma bağımsız ve etkin değilse, zaten öbür taraflarda da demokratik çoğulcu bir düzene uygun pek de düşmeyen bir yargı.

Bizim düzenimiz ne kadar sorunlu ve sıkıntılı gibi takdim edilse ve hakikaten pek çok sorun da olsa, birilerinin göstermek istediği kadar olumsuz değil. Evet, dikensiz gül bahçesinde yaşamıyoruz, bin tane sorunla mücadele ediyoruz. Bence sadece şu güzel toplantıyı, bu kıymetli hazirununu düşüncelerini sorularını cevapları dinleseniz bile, buradaki siz değerli katılımcıların sisteme duydukları inanç ve belki de onlar da daha güçlü bir umutla bilgiyi paylaşmaya ve öğrenmeye geldiğinizi görüp umutlanınız. Eğer geleceğe dair bir umut olmasa, sistemin artık kalmadığını, tam bir çöküş içinde olduğumuzu düşünsek burada işimiz ne? Demek ki sorunlarımız var, düzelecek.

Ben 1975 tarihinin TBB Olağan Genel Kurul tutanaklarını bir vesileyle karıştırırken, bugünkü sıkıntıları tarif eden cümleler okudum. Bugünkü sıkıntıları! Onun tarihini değiştireyim 2019 yazayım, bu mu yayınlanmış dersiniz. Demek ki sürekli bir mücadele, sürekli bir mücadele, ama sonunda bunu kazanacağız bu mücadeleyi.

Bunu ben dün Kayseri’de, ilk defa olan şeyler bunlar, umudumuz artsın diye söylüyorum. Bir bakış açınız, hangi gözlükle dünyayı okuduğunuz, satır arasında klasik bir kuşkuculukla sürekli olumsuzlamak mı, yoksa olumluyu görmeye çalışmak mı yaklaşımınızın ne olduğuna göre farklı değerlendirmeler yapabilirsiniz. Ama dün misal, sırf 5 Nisan Avukatlar Günü kutlaması sebebiyle, bu ülkenin Yargıtay Başkanı ve bu ülkenin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı bizim davetimiz üzerine Kayseri’deydi. Buna önemsiz diyemezsiniz, bu sembolik anlamda savı, savunmayı ve kararı bir savunmanın günü vesilesiyle, bir de Ankara dışında mesainin büyük kısmını harcayacakları, vakitlerini ayırarak ciddi şekilde ayıracakları bir toplantıda buluşturmak, aslında bir ciddi iyi niyet gösterisidir.

Bundan herkes bir mesaj almalıdır. Bundan hâkim de bir mesaj almalıdır, savcı da bir mesaj almalıdır, avukat da bir mesaj almalıdır. Kavga mı edeceğiz, konuşacak mıyız? Konuşmalardaki müzakerelerimiz, duruşmalardaki mücadelelerimiz hepsi bizim zaten meslek kurallarımıza göre avukata yakışır üslupla olmak zorundadır. Yargının benimsediği etik kurallarda aynı cümleleri aşağı yukarı ifade etmektedir, İstanbul Bildirgesinde çok güzel yazmıştır. Belki bir iyi niyet var sistemin aktörleri içinde. Bugün de sabah Sayın Adalet Bakanı, sırf Avukatlar Günü münasebetiyle birkaç saatliğine de olsa uçakla geldi Sivas’a, biz de Kayseri’den Sivas’a gittik. 100.yıl münasebetiyle, Sivas Kongresinin 100.yılı münasebetiyle herhalde gidilebilecek en anlamlı şehirlerden biriydi. Yargı reformu stratejisi belgesinde gelinen duruma ilişkin özet bilgiler verdikten sonra, bu belgenin içerisinde avukatlara yönelik çok önemli iyileştirmeler, mesleğe yönelik, adil yargılanmaya ilişkin çok önemli iyileştirmelerin olacağını, birtakım ipuçlarıyla satır başlarıyla ifade ettik. Bu belgenin hazırlanmasında, özellikle alanımıza ilişkin kısmında, aylar süren bir çalışmanın biz de doğrudan birinci derecede parçası olduk.

Bazıları bize niçin kavga etmiyorsunuz diye kızabilirler, benim de söylediğim şey şu: Sıkılmış yumruklarla sadece birbirinize şiddet uygulayabilirsiniz, ama elinizi açıp uzatırsanız o eli tutmayanındır sorumluluk. Biz elimizi açtık, elimizin tutulduğunu düşünüyoruz. Dilerim bundan tüm halkımız milletimiz istifade eder, dilerim bundan adalet paydasında buluşma ideali çok ciddi bir katkıda bulunuruz. Türkiye'nin bir beka sorunu vardır, bu beka sorununun arkasındaki en büyük sebep, 82 milyonu adalet paydasında artık bir an önce buluşturma ihtiyacına kavuşturmaktadır. Adalet eğer mülkün temeliyse, bu mülkü ayakta tutacak olan yargıdır ve yargı ayırım gözetmeksizin 82 milyonun "ben iyi ki bu devletin vatandaşıyım, bu asil milletin asli unsuruyum" dedirtmek zorundadır. Hepimiz bunu hep birlikte dedirtmek zorundayız.

Nitekim bu muhteşem toplantı da bu amaca hizmet ediyor. Sadece sistemi değiştirelim olmuyor değerli meslektaşlarım, sistem değiştirmek bir anayasa fetişizmine kadar gidiyor. Ama sistemi değiştirdikten sonra, hatta değiştirmede iyi yetişmiş, bilgilendirilmiş hukukçularla asıl doğruları ancak o zaman yapabiliriz. Çünkü bilgi demek güç demektir, bilgi demek iyilik demektir.

Ben hepinize bilgiyi çoğalttığınız için çok teşekkür ediyorum. Yüksek mahkemelerden değerli katılımcılara hocalarımıza ve Sema Güleç Uçakhan'a da bu harikulade toplantıyı organize ettiği için, günlerdir değil aylardır uyumuyor. Uyumadığı neyse de, uyutmuyor da. Biraz daha fazla konuşursam şikâyete girecek. Artık sizin de şu toplantıdan sonra biraz huzur bulmanız dileğiyle, ben burada elçiye zeval olmaz, arkadaşların temel isteğidir bu. Ellerinize sağlık Sema Hanım, çok teşekkür ederiz. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Öncelikle hepinize hoş geldiniz diyorum. Avukatlar Günümüz kutlu olsun tabii ki. Oturumumuzun konusu aile içi şiddet ve sonuçları... Ben çok kısacak bir şey söylemek istiyorum, o da şu: 2015'te ve 2018'de iki kongre düzenledik, akit dışı sorumluluk ve akdi sorumluluk üzerine bedensel zararlar. Bu her ikisinin bir bileşkesi gibi değerlendirdiğimiz üçüncü kongremiz. Bu kongremizde yüksek yargının görüşlerine değer verip, onların görüşlerini dinlemek istediğiz.

Bu aşamaya gelinceye kadar pek çok konular ayrıldı. Aile içi şiddet geçtiğimiz Kasım ayındaki kongremizde yoktu, ondan önceki kongremizde vardı. Aile içi şiddet konusunda Yargıtay dilerdik ki 2.Hukuk Dairesi de yanımızda olsun, ama tercih etmediler, onun için aramızda değiller.

Bu oturumda öncelikle sıralama konusunda konuşma konularında, ben şöyle bir şey yapmak istiyorum. 2010 yılında Ankara Barosunda kadına karşı ve aile içindeki diğer şiddet unsurlarına karşı Metin Başkanım ve Sema Hanım tarafından bir proje üretildi. Bu proje Gelincik Projesi olarak hayata atıldı ve bu proje kadınların korunması, himaye edilmesi ve onlara gerekli hukuksal desteğin sağlanması için başlatılmıştı. Çok güzel yerlere geldi, nerelere geldiğini Sayın Sema Aksoy bizlere zaten anlatacak, ben onun için konunun detaylarına girmiyorum. Ama şununla ben öncelikle gurur duyuyorum ki, gerek Ankara Barosundayken, gerek şimdi Türkiye Barolar Birliğinde yurt çapına yayılma aşamasında olan çok güzel bir projeye imza atılmış durumda.

İlk sözü o yüzden Sayın Sema Aksoy'a bırakmak istiyorum, Ankara Baromuzun önceki başkanı. Daha sonra Zeynep Hanım bu konuyla ilgili bize gereken bilgileri verecek, Bölge Adliye Mahkemesi 1.Hukuk Dairesi Başkanı. Daha sonra da Sayın Yunus Yılmaz Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi.

Ben ilk sözü Sema Hanıma bırakıyorum. Buyurun Sema Hanım.

Av. Sema AKSOY

Ankara Barosu Önceki Başkanı

Çok teşekkür ediyorum. Sema Güleç Uçakhan'la biz bir dönem Ankara Barosu yönetiminde de çalışmıştık. Yan yana olmaktan mutluluk duyuyorum. Hepinizi saygıyla selamlıyorum, hoş geldiniz. Öncelikle tüm meslektaşlarımın ve milletimizin avukatlar gününü kutluyorum. Bizim için özel bir gün.

Kıymetli Başkanımız Sayın Metin Feyzioğlu kurumsal işbirliğinden bahsetti. Aslında gerçekten sorunların çözüm yolu hakikaten kurumsal işbirlikleri. Bu sempozyum da bu işbirliğinin bir göstergesi. Yargıtay'ımız, Danıştay'ımız ve Türkiye Barolar Birliğinin ortaklaşa hazırladığı, çok değerli katılımcıların deneyimlerini paylaştığı bir sempozyum içindeyiz. Ben bir bölümünü dinleme fırsatı buldum, inanılmaz yararlandım. Katılımcılar soru sorular dahi bir cümleleriyle neredeyse tez yazacak durumdalar. Emeklerinize sağlık, çok teşekkür ediyorum.

Efendim tabii ne yazık ki bu oturumun konusu aile içi şiddet, konuşmak zorundayız, bir gerçeğimiz. Ne yazık ki kadınlarımızı hâlâ insanlığa kattığı, ülkelere kattığı değerlerle değil de şiddet konusuyla gündeme getiriyoruz ve anıyoruz. Halbuki kadınlarımızın tüm dünyada aslında kadınların hem ülkelerine, hem insanlığa kattığı o kadar çok şey var, o kadar çok değer var ki, umut ediyorum bir gün bunların konuşulacağı günleri de hep birlikte görürüz.

Tabii şiddet sadece Türkiye'nin sorunu değil, tüm dünyada olan bir şey ve sadece aile içi de değil, toplumsal anlamda bir şiddet sarmalının içindeyiz. Değerlerimizi kaybettiğimiz, birbirimize karşı sevmenin ötesinde saygıyı kaybettiğimiz bir süreç yaşıyoruz. Bu süreçlere nasıl gelindiğini tabii değerlendirmek lazım ve bundan kurtulmanın da genel olarak yol ve yöntemlerini de hep beraber tayin etmemiz ve üzerimize düşeni de yapmamız lazım.

Biz 2011 yılında Türkiye’de ve barolarda ilk defa uygulanan bir projeye imza attık. Baroların genel anlamda sosyal sorumluluk projeleri o dönemlerde hiç yoktu. Türkiye’de bir baronun uyguladığı ilk sosyal sorumluluk projesidir Gelincik Projesi. Projeye başlamamızın temel amacı da şuydu: Türkiye’de özellikle kadınlar adalete erişimde sorun yaşıyorlar. Adalete erişimde sorun yaşayan kadınlarımıza bir araç olmak istedik ve bu aracı sağlamak için de Gelincik projesini oluşturduk ve şu anda hâlâ çalışmaya devam ediyor.

Şiddet konusu Türkiye özeline bakarsak, aslında toplumsal geldilerimizin, toplumun bize yüklediği, hücrelerimize kadar işlemiş bir kısım unsurların yarattığı bir olgu. Kadına verilen kıymetle ilgili doğrudan doğruya çok ilgili, aslında toplumumuzda baktığımız zaman Türklerde özellikle kadınların ne kadar kıymetli olduğu ve geçmiş kavimlerde hatunun emri buyruğu olmadan hiçbir buyruğun ortaya çıkmadığı, Osmanlı Devletinin kuruluşunda Hayme Ananın rolü ve daha sonrasında baktığımız zaman kuruluş mücadelesindeki kadınlarımızın mücadelesi, Nezihe Muhittinlerin hem kadın hakları konusunda, hem siyasi örgütlenme konusunda verdikleri mücadele, Türkiye’de adım adım geline bir noktayı gösteriyor. Ama arada bir boşluk var, yani neden kadınlarımız haklarını kaybetti? Belli bir süreye kadar çok iyi giden aile ilişkileri, devlet içerisindeki kadının rolü ve zaman içerisinde bir tükeniş yaşıyoruz. Ve şimdi bugün yerel seçimleri yaşadık, konuşuyoruz, hâlâ devam eden bir süreç var. 81 ilde 5 kadın belediye başkanı seçildi. Ve ben bir utancı kaybettiğim yok ettiğim için gurur duyuyorum, Ankara Barosu Türkiye Cumhuriyetinin başkentidir ve 100 yıllık tarihindeki ilk kadın baro başkanım.

Biz aile içi şiddeti konuşurken ve kadına yönelik şiddeti konuşurken, olaya çok geniş çerçevede bakmak zorundayız. Bu geniş çerçevenin içinde de bence şu var. Biz toplum olarak aslında kadına değer veriyoruz, ama kurumsal çalışmalar sırasında ne yazık ki yaptığımız işlerde biraz muşlı muşlu işler yürütüyoruz. Sürdürülebilir politikalar izlemiyoruz, sürdürülebilir projeler yaratmıyoruz ve yapılan şeyleri, işte salonların içinde veya yapılan bir projeyi bir yere kadar sürdürüp bırakıyoruz ve bize fayda sağlamıyor.

2005 yılında Türkiye’de ilk defa kadına yönelik şiddetle mücadele devlet politikası olarak Türkiye’de benimsenmiş ve o dönemde ciddi bir mücadele yürütülmüş. Özellikle birkaç sene eğitim konusunda hem kurumsal eğitimlerin, hem de daha geniş çerçevede yapılacak eylem planlarının belirlendiği bir dönem olmuş, ama sonra bir yerde kesilmiş. Şimdi biz sürdürülebilir işleri yaratmadığımız sürece hakikaten bu konuyla mücadelede eksik kalıyoruz. Ben projemizin yaratılmasından sonra pek çok bakanla çalıştım, aile bakanlarımızla. İlk projemizin başladığında Sayın Selma Aliye Kavaf Bakan hanımdı, daha sonra Sayın Fatma Şahin Bakan oldu. En iyi çalıştığımız Bakanımız Sayın Fatma Şahin olmuştu, avukat olması, konuya duyarlılığı açısından gerçekten takdire şayan bir ilişki yürüttük ve sonuçlarını da aldık.

Projemizin en önemli olgusu da, kurumsal işbirliğiydi. Başarısı da bence buna bağlı. Çünkü tek başına bir kurumun bir Bakanlığın veya bir baronun tek başına bu konuda mücadele edip bir sonuca varması hakikaten imkânsız. Hepimize düşen alanlar var. Ben bir avukat olarak sosyal hizmetten anlamam, ben bir avukat olarak psikolojiden anlamam, ben bir avukat olarak bir kadının asayiş açısından nasıl korunacağını bilmem, işte bunların hepsi bir araya gelip oluşturduğumuz bir proje oldu.

2011 yılı 2 Nisan’da biz projemizi hayata geçirdik. Çok kısa bahsedeceğim. Ben bugün, daha doğrusu katılımcıların sunumlarını çok daha fazla önemsiyorum ve ben de çok yararlandığım için dinlemek istiyorum. Kısaca projeden bahsedip, konuyu hemen kapatacağım bu bölümde.

Biz 5 avukat yola çıktık bu projede, gönüllü avukatlarla. Dedik ki, kadınlar bize ulaşamıyorsa biz onlara ulaşalım. Bir merkez kurduk Ankara Barosu bünyesinde ve bu merkezimizde açtığımız bir telefon hattıyla, 444 43 06 numaralı bir telefon hattıyla Türkiye’nin her yerinden aranmasını sağlayarak bir çalışma başlattık. Gördük ki, o kadar büyük bir ihtiyaç varmış ki, biz projeyi başlattığımız günden itibaren telefonlarımız kilitlendi. Türkiye’de spesifik anlamda açılmış ilk telefon hattıdır bu hat. Daha sonra Bakanlığa gittik, Aile Bakanlığına konuyu ilettik. O kadar büyük heyecanla karşıladılar ki, neredeyse sanki onlar da açmışlar kapıyı bizi bekliyorlar. Buradaki heyecanı, kurumlar-

daki heyecanı gördüğümüzde inanın şaşırıdık. Çünkü bütün kurumlarda iyi niyetle hakikaten mücadele edip, sonuca ulaşmak isteyen o kadar çok insan çalışıyor ki, görev yapıyor ki. Ama kimi zaman bürokrasinin yarattığı sıkıntılarla, bir yerde tıkanıp kalıyor. Biz de onlara bir araç olduk, Bakanlıklara bir araç olduk, hep birlikte çok güzel çalışmalar yaptık, protokoller yaptık bütün kamu kurum ve kuruluşlarıyla. Sadece Aile Bakanlığı değil, Milli Eğitim Bakanlığı, Valilik, Emniyet, Jandarma ve biz bu konuyu gündeme taşıdık.

2018 yılı sonu itibariyle projemizin ulaştığı rakam 50 binin üzerinde kadına yardımcı olmuşuz. Büyük bir rakamdır bu. Biz sonuçta bir baro olarak bu faaliyeti yürüttük, maddi kaynaksız bu faaliyeti yürüttük ve hâlâ da çok hızla çalışıyor arkadaşlarımız. Nihayetinde bu proje kurumsallaştı. Kurumsallaşmasını istedik, bizlere bağlı kalsın istemedik. Biz gittikten sonra da yönetimler değiştikten sonra da sürdürülebilir olmasını istedik projemizin. Şu anda da tüm hızıyla devam ediyor. Sanıyorum 400'e yakın avukat arkadaşımız da proje kapsamında çalışmasını sürdürüyor.

2011 yılından sonra biz 6284 sayılı Yasanın çalışmalarını birlikte yürüttük. O dönemde Gelincik Merkezi model olarak masaya konuldu Bakanlıkla yaptığımız çalışmalar sırasında ve hatta biz dedik ki, bütün baroların bünyesinde bu merkezleri oluşturalım. Çünkü avukatsız şiddetle mücadele imkânsız, avukat olmadan bir yerde geliyorsunuz takılıp kalıyorsunuz. Sonuçta herkesin bir avukata ihtiyacı var, özellikle mağdurların avukata ihtiyacı var. O dönem denildi ki, biz de bir şeyler yapmak istiyoruz denildi ve Bakanlık ŞÖNİM'leri Gelincik merkezini model alarak oluşturdu. ŞÖNİM'lere de biz avukat desteği sağladık baro olarak ve hâlâ sağlamaya devam ediyoruz, ama ŞÖNİM'lerin avukat ayağında şu andaki yaptığımız saha çalışmalarında illerde gördük ki, sıkıntı var. Onun için barolarla ŞÖNİM'lerin ortak çalışmaları hâlâ devam ediyor.

Emniyette çalışmalar yaptık. 2011 yılında, o zaman 6284 sayılı Yasa yok ve ne yazık ki biliyorsunuz şiddet mağdurlarının ilk muhatap olduğu adres karakollar ve karakollarda çok olumsuz davranış biçimleriyle, kendi bakış açısını, kişisel bakış açısını yansıtan bir kısım davranış biçimleriyle kimi zaman karşılaşıyorduk.

Şimdi böyle bir tabloyla karşılaşmanız imkânsız. Çünkü bütün karakollarda biz eğitimler yaptık. Her karakolda farkındalık çalışmaları, daha sonra da 6284 sayılı Yasanın uygulanmasıyla ilgili, uygulama yöntemleriyle ilgili bütün karakollarda polislerimizle birlikte ortak çalışmalar yürüttük. Nihayetinde de yine bizim açtığımız telefon hattı da konuşularak, 183 Alo şiddet hattı oluşturuldu. Alo şiddet hattı bir süre bizim merkezimize telefonları yönlendiriyordu, çünkü tam hazırlığımız o dönemde yoktu. Şimdi çok daha iyi bir aşamada hizmet vermeye devam ediyor. Jandarmanın hattı kuruldu.

Bunlarla ilgili hem farkındalık, hem toplumsal bilinçlenme çalışmalarını sürdürdük. Bütün belediyeler bize kapısını açtı Ankara'da. Belediyelerde halk eğitim merkezlerinde vatandaşlarımıza yönelik bilgilendirme ve şiddet gördüğü anda ulaşması gereken yerleri bilmesi açısından da eğitim çalışmaları ve farkındalık çalışmaları, toplumsal cinsiyet eşitliğiyle ilgili de çalışmalar yürüttük.

Bütün kamu kurum ve kuruluşlarıyla, özellikle Milli Eğitim Bakanlığıyla çok güzel çalışmalar yaptık. 2 bin rehber öğretmene online eğitim verdik ve toplumsal cinsiyet eşitliği dersi verdik. Rehber öğretmenler gerçekten çok önemli. Biz bunu şöyle önemsedik. Gördük ki bizim telefon hattımıza özellikle çocuk istismarlarıyla ilgili bilgileri verenler rehber öğretmenler, en çok arayanlar çocuk istismarıyla ilgili en çok ihbarda bulunanlar rehber öğretmenler. Demek ki onlar çok önemli bir kaynak, bu anlamda bilinçlenmeleri ve sorumluluklarını bilmeleri ve bu sorumluluğu nasıl yerine getireceklerini de, nerelere başvurabileceklerini de öğrenmeleri gerekiyordu. Bununla ilgili çok önemli çalışmalar yaptık.

Değerli katılımcılar, nihayetinde Gelincik projesi şu anda Birleşmiş Milletler tarafından Türkiye'de bir model proje olarak kabul edildi ve biz iki aydır bir saha çalışması yürütüyoruz Türkiye'de. Yedi il barosunda da bu projenin uygulanması için karar alındı, şu anda yedi il baromuzda bu projeyi uygulamak için altyapı çalışmalarını başlattık ve sanıyorum Mayıs ayından itibaren de yedi il baromuzda şiddet önleme merkezleri barolar bünyesinde kurulacak. Yaşar Hanım da burada, Yaşar Seyman Hanım projemizin sivil toplum kuruluşları uzmanı. Orada da çalışıyor.

Sizinle sadece bir konuyu daha paylaşıp kapatıyorum. Saha çalışmalarlarıyla ilgili birkaç gördüğümüz hususu sizlerle paylaşmak istiyorum. Gerçekten Türkiye'nin gerçekleri hakikaten vahim; bir ilimizde hiç beklemediğim bir ilde, yani sonuçta bizde biliyorsunuz çok net istatistiki veriler Türkiye'de yok. Bir şiddet haritamız da henüz oluşmuş değil, ama son zamanlarda özellikle ŞÖNİM'lere yansıyan sonuçların Aile Bakanlığı merkezinde veri toplama bankasında toplanmasıyla umut ediyorum ki birkaç yıl içerisinde Türkiye'de bir şiddet haritasını da ortaya çıkartmış olacağız.

Fakat hiç umut etmediğim, hiç beklemediğim bir ilde öyle vahim bir tabloyla karşılaştık ki, inanılmaz. Bir ilimizin bir ilçesinde 12 yaşında kız bulamıyorsunuz, çünkü evlendiriliyorlar. Alışılmış bir tablo ve benimsenmiş, kanıksanmış, çocuklar tarafından da kanıksanmış, hatta çocuklar 12'isine gelmeden kaçıyorlarmış. Şu anda yaşanan bir gerçek bu, 12 yaşını geçmiş bir kız çocuğunu o ilçede bulamıyoruz ve çocuk istismarı konusu gerçekten çok vahim bir durumda. Yine bir il çalışmamızda şunu gördüm. Soruyoruz gittik ziyaretlere, hiç ses çıkmıyor. Sanki o ilde şiddet yok, aile içi şiddet yok, istismar yok, cinsel şiddet yok, hiçbir vaka yokmuş gibi hiç kimseden bir ses çıkmadı. En son bir sivil toplum kuruluşu ziyaretinde dedim ki, lütfen konuşun. Yani bu ilde hiç mi bir şey yok? Olamaz böyle bir şey, imkânsız.

Nihayetinde orada bir kadın doğum uzmanı katılımcı kalktı ve konuştu ve bir kasım tabii acı gerçekleri, 13 yaş 14 yaş hamilelikle gelen kız çocuklarından bize bahsederek, şehrin tablosunu az da olsa görmemizi sağladı.

Şimdi olan şeyleri saklamamalıyız, var olan şeyi kabullenerek çözüm yollarını bulmak zorundayız. Bu sorun hiç kimsenin bireysel sorunu değil, bu sorun toplumsal bir sorun. O bakımdan da gerçekleri net olarak ortaya koyup, istatistikleri doğru olarak çıkartarak şiddetle mücadele etmek zorundayız. Yoksa bunun altında hepimiz kalacağız. Sadece aile içi şiddet değil ki, insanın kendini en güvende hissetmesi gereken yer aile. Hepimiz kapımızı kapatıp dışarıdan evimize gittiğimizde bir oh çekeriz, en güvenli ortamımızdır çünkü. Ama şimdi bakın şiddetle aile içiyi birlikte kullanıyoruz ve bunu tartışmak zorunda kalıyoruz.

Gidiyorsunuz işyerinize, işte çok yakın zamanda Çankaya

Üniversitesinde gencecik bir akademisyenimizi, pırıl pırıl bir arkadaşımızı bir hafta sonra bir eğitim planlamıştık kendisiyle, kaybettik geçti gitti, anlak bir öfke. Bu öfke patlamasının kime olacağı belli değil. Şu kapıdan çıktığımız anda veya Şu salonda dahi olma ihtimali var. Onun için de bu mücadele ortak bir mücadele, artık bu mücadeleyi birlikte yürütme zamanıdır. Toplumsal bir işbirliğinin, Sayın Başkanımızın da dediğı gibi her alanda toplumsal ilişki, kurumsal işbirliği kültürünün gelişmesiyle biz bunların üstesinden geleceğiz.

Ben hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum efendim. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederiz Sema Başkanım. 6284 sayılı Yasanın kapsamını, bizlere neler getirdiğini, ne tür önlemlerin alınmasıyla ilgili verilerin neler olduğunu Sayın Zeynep Öksüzoğlu bizlere anlatacak. Buyurun Zeynep Hanım.

Zeynep ÖKSÜZOĞLU

Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri 1. Hukuk Dairesi Başkanı

Değerli meslektaşlarım diyorum, birlikte aynı sıralardan mezun olduk geldik. Bir tane arkadaşımı görüyorum, ilkokul ortaokul üniversiteden arkadaşım meslektaşım. Sonuçta meslektaşız, hepinizin avukatlar gününü kutluyorum. Tabii avukatlarla birlikte olacak yargı, bir sacayağı iddia makamı savunma ve yargı birlikte yürütmemiz gerekiyor, birlikte beraber yargının sorunlarını halletmemiz ve sağlıklı kararlara ulaşmamız gerekiyor. Onun için hepinizin gününü kutluyorum. Birlikte olmamız gerektiğini de düşünüyorum her zaman olduğu gibi.

6284 sayılı Kanunun uygulamasını anlatacağım. Benim de bu kanunla ilgili maceram bayağı eski, bu konuda herhalde en çok çalışan hâkimlerden bir tanesiyim. Taslak çalışmaları, daha bu kanun ortada yokken Adalet Bakanlığında çalışmalara katıldım. Baroyla bir sürü toplantılara katıldık, çalıştım. Bu kanunun çıktıktan sonra da eğitim çalışmalarına da katılıyorum. Aile Bakanlığı, Avrupa Birliği Bakanlığı ve Adalet Bakanlığının eğitimi Türkiye'nin çeşitli yerlerinde. Şimdi de Adalet Akademisinde 6284 derslerini anlatıyorum, toplumsal cinsiyet eşitliği dersi de bizim Adalet Bakanlığı hâkim savcının personele eğitimiyle ilgili, yazı işleri müdürü eğitimiyle ilgili de çalıştım.

Ama bugün gelirken sabah rakamları aldım, verilen tedbir kararlarıyla ilgili, gerçekten vahim bir tablo. Şimdi 2015 yılında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, kadına yönelik şiddet araştırması yaptı Hacettepe Üniversitesiyle birlikte. Türkiye'de bu 2015... 2014'te yaptı, ama yayınlaması o tarihi bulduğu için, Türkiye'de kadınların yüzde 36'sı hayatlarının bir bölümünde fiziksel şiddete, yüzde 12'si cinsel şiddete, yüzde 44'ü psikolojik şiddete, yüzde 30'u da ekonomik şiddete maruz kalıyor, maalesef şiddet hayatımızın her yerinde.

Bir de bu kanun gereğince verilen tedbir kararlarını, çünkü bu bir tedbir kanunu. Rakamları vermek istiyorum. Koruyucu ve önleyici tedbirler var. Hep bu kanunda ötelenen, aslında destekleyici tedbirler de var. İşte Gelincik projesi, ŞÖNİM'ler bu destekleyici tedbirler kapsamında, ama maalesef... Yani baro bu konuda çok iyi çalışıyor, ama ben destekleyici tedbirlerin yeterli olmadığını düşünüyorum. Hem şiddet mağduru, hem şiddet uygulayanla ilgili destekleyici tedbirlerin bir an önce ele alınması gerekiyor. Ben yine bu çalışmalar kapsamında yurtdışına gitmiştim. Mesela diyorlar ki, şiddet oldu bunu tedavi edelim, tedbirleri alalım, ama tekrarını engelleyelim. En önemli şeylerden bir tanesi de tekrarını engellemek. Bizde bu konuda yeteri kadar çalışma olmadığını düşünüyorum, eksikliğimiz olduğunu düşünüyorum.

Şimdi koruyucu tedbir 2017 yılında 50 bin tane verilmiş. Neler olduğunu tek tek anlatacağım. 2018 yılında 47 bin tane verilmiş, 2019 1 Nisan tarihi itibarıyla 11 bin küsur koruyucu tedbir verilmiş. Önleyici tedbirler 2017 yılında 295 bin, 2018 yılında 358 bin, 2019 yılı 1 Nisan tarihi itibarıyla 92 bin tane mahkemeler tarafından önleyici tedbir verilmiş. Aslında çok büyük bir rakam ve mahkemelere de aslında çok büyük bir iş yükü getirdi bu.

Şimdi aile içi şiddet mahkemeleri kurulması da gündemde, ama tabii yargının bu 15 Temmuz nedeniyle yaşadığı sıkıntı nedeniyle buralara verebilecek ve eğitim almış hâkim bulmak da çok zor. Yani aslında bütün aile mahkemesi hâkimleri bu eğitimi aldı, zaman zaman meslek içi eğitimleri de alınıyor, ama 5 bin kişi eksilip yerine 10 bin kişi alınınca, tabii bu eğitimlerde de biraz aksama oldu, ama devam ediyor. Daha geçen ay yine meslek içi eğitim vardı, 6 bin civarında bu yıl hâkime meslek içi eğitim verilecek. Bunları alanlardan bir tanesi de 6284. Adalet Bakanlığı da bu konuda bizim eğitilmemiz için elinden geleni yapıyor.

Şimdi kanunun uygulanmasından birazcık bahsetmek istiyorum. Tabii bu bir yasal süreç önce SEDAV Türkiye'ye üye oldu, sonra ihtiyari protokol imzalandı. 1998 yılında 4320 sayılı Kanun çıktı, bu yürürlüğe girdi. Çok kısa bir kanundu ve bu kanun yetersiz kaldı. Biliyorsunuz özellikle Ayşe Paşalı olayından sonra bu kanunun ne kadar yetersiz kaldığı ortaya çıktı. 5636'yla değişiklik yapıldı, ama bu da yetmedi. Ama bundan sonra İstanbul Sözleş-

mesi imzalandı. Ben bütün hukukçuların İstanbul Sözleşmesini okuması gerektiğini söylüyorum, okumamız gerekiyor. Zaten 6284 İstanbul Sözleşmesi baz alınarak, neredeyse birebir şekilde o baz alınarak çıkarıldı. 20.03.2012 tarihinde 6284 yürürlüğe girdi, bir yıl sonra da yönetmelik yayınlandı. ŞÖNİM Yönetmeliği de daha sonra yayınlandı, bu kanun gereğince çıkması gereken.

Bence bu kanundan daha çıkması gereken yönetmelikler de var, ama onlar henüz çıkmadı. Örneğin, kimlik bilgilerinin değiştirilmesiyle ilgili çok büyük eksiklik var. O konuda da bir düzenleme olmalı.

Bu kanunun amacı, şiddete uğrayan ya da uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve ilk defa bu kanunla, yani İstanbul Sözleşmesiyle geldi, ama bizim kanunumuza girdi, tek taraflı ısrarlı takip mağdurları bu kanun kapsamına girdi. Şimdi 4320 sayılı Kanun resmi nikâhlı eşlere uygulanıyordu. Ama bu yetersizdi, çünkü biz Sema Hanımın da bahsettiği gibi, en çok güvendiğimiz insanlar tarafından zarara uğratılıyor. Eşimiz, hayat arkadaşımız, en çok kadınlara şiddet uygulayan eşi, babası, erkek kardeşi, oğlu. Erkekler de şiddete uğruyor, bu kanun erkekleri de koruyor. Ama tabii Ankara Barosuyla Ankara Başsavcılığı da birlikte çalıştı. Bu kanun çıkmadan önce aile içi şiddet bürosu kuruldu. İstatistikler yapıyordu başta, ama sonra artık Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü bu istatistikleri yapıyor. Şiddete uğrayanların yüzde 88'i kadınlar. Yani kadınların aleyhine çok büyük bir orantısızlık var burada. İşte yüzde 6 civarında çocuklar, onun dışında erkekler aile içi ya da eşlerinin ya da kız arkadaşlarının partnerlerinin şiddetine uğruyor.

Bu kanunun güzel yanlarından biri bence, sadece resmi nikâhlı eşler değil, diğer beraberlikleri de bu kanun kapsamına aldı. İşte eşcinsel ilişkiler de bu kanun kapsamına girdi. Bu bence çok büyük bir yenilikti. Biz de ısrarlı takip bu kanunla gündemimize geldi. Çünkü bu ısrarlı takipte tek taraflı bir takıntıyla Erzurum'da bir öğretmen, Konya'da bir öğretmen öldürüldü biliyorsunuz. Tek taraflı ona aşık olduğunu söyleyen, ne kadar büyük bir aşksa en çok sevdiğimizi öldürüyoruz maalesef. İşte takip etti, kendisiyle arkadaş olmak isteyen ısrarla takip edeni öldürdü. Bunlar da bu kanun kapsamına girdi. Bu şekilde kapsam daha çok genişletildi.

Koruyucu önleyici ve destekleyici tedbirler bu kanunda düzenlenmiş. Koruyucu tedbirlere mülki amirler, kolluk kuvvetleri ve hâkim veriyor. Önleyici tedbirler hâkim veriyor, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amiri bu tedbiri veriyor, ama ilk iş günü hâkim onayına sunuyor. Bu şekilde bu kanunda tedbirler düzenlemiş vaziyetti.

Şimdi bu kanunda şiddet tanımları var; aynen İstanbul Sözleşmesinde olduğu gibi. Fiziksel şiddet, cinsel psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesi veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel... 4320’de karar verirken bir rapor alıyorduk, şiddetin varlığının ispat edilmesi gerekiyordu. Ama bu kanunun getirdiği yenilik, ihtimal halinde bile kendinizi tehlikede hissetmeniz halinde, eşiniz partneriniz eski erkek arkadaşınız kız arkadaşınız aile bireyi sayılan diğer kişiler tarafından kendinizi tehlikede hissetmeniz halinde bile bu kanunun kapsamından yararlanabiliyorsunuz, bu da önemli bir yenilik.

Tehdit, baskı, özgürlüğün keyfi engellenmesini içeren toplumsal kamusal ya da özel alanda meydana gelen fiziksel cinsel psikolojik sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış şiddet olarak kabul edildi ve çok geniş kapsamlı bir tanım yapıldı. Yine kanunda şiddetin alt başlıkları da sayıldı. Ev içi şiddet, şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da, aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel cinsel psikolojik ve ekonomik şiddet ev içi şiddet olarak tanımlandı. Kadına yönelik şiddette sadece kadın oldukları için kadınlara uygulanan, kadınları etkileyen cinsiyete dayalı ayrımcılıkla kadının insan hakları ihlallerine yol açan her türlü şiddet kadına yönelik şiddet olarak tanımlandı. Bu şekilde şiddet kapsamı çok daha geniş bir kapsama alındı. Eski kız arkadaşınız, erkek arkadaşınız, partneriniz, sevgiliniz, seviyeli birliktelik, imam nikahı deyin, tüm kapsamları hepsini içine alabilecek şekilde...

Mesela Ayşe Paşalı olayında biz bir bölü iki bakıyorduk Ankara Adliyesinde. Benim ortağım vermişti o kararı. Hâkim Bey linç edildi, ama hâkim beyin verdiği karar doğrudu. Çünkü resmi nikâhlı eşleri kapsıyordu. Ayşe Paşalı boşanmıştı ve bazı arkadaşlar boşanmış olsa dahi verdiler, ama o zaman temyize tabiydi o

kararlar ve Yargıtay bozuyordu bu kararları. Siz yani bir tedbir kararının, yani diğer tedbirler tabii HMK'daki tedbirler var, ama bu HMK'daki tedbirlere benzemeyen bir tedbir. Çünkü can güvenliği, insanın yaşamı her şeyden önemli, yaşam hakkı her şeyden öte. Ben derslerde de anlatırken diyorum ki, mesela diyorlar ki kadının hiç mi kusuru yok dayak yiyor. Diyorum ki, hiç onları düşünmeyeceksiniz. Kusur varsa zina yapmış kadın mesela diyorlar. Yaptıysa boşanma davasının sonuçlarına katlanır. Yani siz onun yaşam hakkını elinden alamazsınız, en önemli şey yaşam hakkıdır. Bu yaşam hakkını engelleyen her türlü zarar verici eylemin durdurulması gerekiyor.

İlk kanun çalışmaları yapılırken, Kadın Statüsü Genel Müdürü bir şey söylemişti, ben çok beğenmiştim onu, hem de söylüyorum. Bu bir flaster bant yasa, bir kan akıyor o kanı durdurmamız gerekiyor bizim, o kanın durması lazım. Sebebini sonra araştırırız hiç önemli değil sebebi, ama yaşam hakkı kutsal bir haktır, önce bunu korumamız gerekiyor ve bu bakış açısıyla bizim bakıp bu tedbirleri almamız gerekiyor.

Koruyucu tedbirler, dediğim gibi önleyici tedbirler var. Mülki amir gerektiğinde kolluk amirince verilen bu tedbirler var. Şimdi geçici maddi yardım sağlanabilir, eğer şiddet mağdurunun ekonomik olarak kendisinin geçimini sağlayacak durumda değilse ya da erişimi engellenmişse geçici maddi yardım sağlanabilir. Bunu ŞÖNİM'ler aracılığıyla ya da kaymakamlıklar, mülki amirler bunu sağlıyorlar. Barınma yeri sağlanması da bu kanun gereğince verilebilecek tedbirlerden bir tanesi. Maalesef kadın sığınma evlerinin sayısı çok az, ama ben bu bir proje kapsamında yurtdışına gitmiştim. O söyledikleri benim çok hoşuma gitti. Önce hep şiddet mağdurunun evinden uzaklaştırılması düşünülmüş, ama daha sonra zaten şiddet nedeniyle mağdur olmuş, bir de evinden alıştığı yerden uzaklaşacak, başka bir yere gidecek, ikinci bir mağduriyet olacak. Onun için şiddet uygulayanın uzaklaştırılması.

Mesela erkek sığınma evleri, sığınma evi gibi değil de, şiddet uygulayan erkeklerin barınacakları bir yerler yapılırsa, kadın evinde daha iyi muhafaza edilirse ve korunursa, neden evinden de uzaklaşsın, çocuğundan da uzaklaşsın, eşyasından uzaklaşsın başka bir yere sığınsın? Kesinlikle kadın sığınma evleri olmalı,

gerekirse güvenlik nedeniyle korunmalı, ama şiddet uygulayanın bir yere gönderilmesi bence daha iyi olacaktır diye düşünüyorum. Barınma yeri yine de sağlanması mülki amir, kolluk amirince verilebilecek bir şey.

Psikolojik, mesleki, hukuki ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık verilmesi de bu tedbirlerden bir tanesi. Çocuklar için kreş imkânının sağlanması bunu mülki amir, yani kanunda her şey altı ay burada bir dört aylık süre belirlenmiş. Dört ay süreyle eğer çalışıyorsa şiddet mağduru, çocuk varsa kreşe giden, o kreş ücretinin belli bir kısmı veriliyor.

Hayati tehlikesinin bulunması halinde geçici koruma altına alınması: Yakın koruma verilebiliyor, bunu mülki amir de veriyor mahkemeler de bu tedbirlerin hepsini verebiliyoruz. Tabii psikolojik mesleki, hukuki, sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık verilmesini hâkimin vermesi mümkün değil, ama biz de barolara yönlendirebiliriz. Mesela Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı il ilçe müdürlüklerine barınma yeri gerekiyorsa ya da maddi destek gerekiyorsa meslek edindirme kursu gibi bir şey gerekiyorsa, hâkimlere yazıp bu konuda talepte bulunup mağduriyetin giderilmesi sağlanabilir. Hâkimlerin de bu tedbirleri vermesine engel hiçbir durum yok.

Bizim hâkimler tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları, evli olması halinde aile konutu dışında ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi. Bu tabii boşanma davaları için çok önemli. Çünkü boşanma davalarında yetki kuralı var biliyorsunuz. Eğer aile mahkemesi başka bir yerleşim yeri belirlerse, eşiniz sizi dövmüş evden atmış, ailenizin yanına gitmişsiniz, muhtara gidip ikametgahınızı alamıyorsunuz. Bu sefer şiddete uğradığınız yere gelip orada boşanma davası açmak zor bir şey, herkesin de yapamayacağı bir şey. Bu önemli bir şey, resmi nikâhla evli eşler için önemli bir madde. Ama çok uygulanıyor mu? Çok uygulandığını söyleyemem.

İşyeri değişikliği kararı verilebilir. İşyeri değiştirilmesiyle ilgili konuda çok büyük sıkıntılar yaşıyoruz. Hâkimler de çok büyük sıkıntılar yaşıyor, mağdurlar da büyük sıkıntılar yaşıyor. Bir kere özellikle Ankara hâkimleri olarak biz ilgili Bakanlıkların personel genel müdürü zannediyorlar bizi, hemen bir koruma kararıyla iş-

yeri değiştirmemiz talebinde bulunuyorlar bazen. Bu doğru değil. Benim bildiğim bir olay var. Mesela Güneydoğu'da bir yerde bir doktor eşi İzmir'de, tayin yaptırmak için Ankara'ya gelmiş. Eşim bana şiddet uyguluyor, ailem İzmir'de yaşıyor, beni İzmir'e tayin edin diye, verildi de öyle bir karar. Ama eşi İzmir'de yaşıyor zaten. Yani o kanuna dolanma anlamında bu bizi zorluyor biraz, ama işyerinin değiştirilmesi gerekiyorsa mutlaka verilmesi gereken bir tedbir, etkin de bir tedbir. Mutlaka bunu da eğer avukatı ya da kendisi belgelendirirse, işyeri değişikliği kararı da çok rahat bir şekilde verilebilir. Tabii bu ancak devlet dairesinde çalışan insanlar için ya da kurumsal büyük yerlerde. Yani tuhafiyecide çalışan kadının işyeri değişikliği kararı verirseniz, patronu onu işten atar mağdur olur, öyle bir sıkıntı doğabilir.

Aile konutu şerhi konulabilir. Bu da önemli bir tedbir, örneğin eşiniz size şiddet uyguladı, yine evli eş olması gerekiyor ki aile konutu şerhi konulabilsin. Sizi evden attı, sonra da gitti evi satışa çıkardı, mal rejimi tasfiyesinden kaynaklanan alacaklarınızı alamayacaksınız. O zaman aile konutu şerhi konulmasını isteyebilirsiniz, çünkü başka şartları var. Aslında bir dava, önce tapuya müracaat etmek gerekiyor, sonra mahkemeye müracaat etmek gerekiyor. Ama 6284 sayılı Kanunun kapsamıyla da bu talep edilebilir.

Tabii bu kanun kapsamında verilebilecek en önemli koruyucu tedbir kararlarından bir tanesi, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi. Biraz önce de söylediğim gibi, kimlik bilgilerinin değiştirilmesiyle ilgili bence bir yönetmelik çıkmalı. Çünkü kanun Tanık Koruma Kanununa atıf yapıyor. Tanık Koruma Kanununda MİT görevli. Bana ilk kimlik değiştirme talebiyle geldi, şimdi ben ne yapacağımı şaşırardım MİT'e yazdım. Dedim ki, burada Tanık Koruma Kanunu kapsamı gereğince bunun... Çünkü bu çok ciddi bir karar. Kimlik değiştirme, siz 35 yaşına kadar Hatice'siniz, 35 yaşından sonra Ayşe olacaksınız, bambaşka birisi olacaksınız. Yani sabıkalı olabilirsiniz, terörist olabilirsiniz, başka bir şey olabilirsiniz, bu konuda birazcık veri ve bilgi olması gerekiyor. Bu maddeyle ilgili başlı başına çalışma yapılması gerekiyor. MİT dedi ki, benim görev tanımında böyle bir şey yok dedi. Ben nasıl bu kimliği değiştireceğim? Şimdi UYAP sistemi üzerinde, yani ben üç yıl oldu istinaf mahkemesine geçtim. Ankara Adliyesinde çalışırken sadece

Ankara’da verilen tedbir kararlarını görüyordum, şimdi UYAP’ta buton açıldı, Türkiye’nin her tarafında verilen kararları görebiliyor hâkimler. Kendi bilgisayarlarından, UYAP sisteminden görebiliyorlar. Daha önce verilmiş kararların yetersiz olması, artık hayatı tehlikenin bulunması halinde kimlik bilgileri değiştirilebilir.

Aydınlatılmış rıza deniyor kanunda, ama aydınlatılmış rızanın kim tarafından nasıl alınacağı konusunda hiçbir açıklık yok. Mesela ŞÖNİM benden bir tane kimlik değiştirme talep etmişti. Duruşma açtım, duruşmaya çağırdım. Kadın dedi ki, ben istemiyorum ki kimliğimin değiştirilmesini. Bir kere kimlik değiştirmenin sonuçlarının ona anlatılması lazım. Bence kimliği değiştirenin de psikolojik destek alması da lazım. Çünkü kimlik değiştikten sonra da bambaşka bir hayatınız olacak. Dediğim gibi Hatice’ydiniz Ayşe oldunuz. Belki çocuklarınızı, akrabalarınızı hiç göremeyeceksiniz. Bütün evraklarınız değişecek, başka bir şehre gideceksiniz, başka yeni bir yaşam kuracaksınız. Bunlar çok çok önemli şeyler, kesinlikle psikolojik destek ve bilgilendirme alınması gerekiyor. Emniyetteki arkadaşlar diyorlar ki, kadının kimliğini değiştirmişler, tutmuş Face hesabı açmış, yeni adını yazmış, resmini de koymuş, gel beni alma diyor. Adam zaten o kadar çok şiddet uygulamış ki, artık kimliği değiştirilmiş. Yani bu konuda da bilgilendirilmesi gerekiyor, ama bunu yapan yok, sadece mahkemelerin üstüne kaldı bu. Mahkemelerde de bunu araştırıp verebilecek çok kişi olduğunu düşünmüyorum, sayı da yüksek, kimlik değiştirilen sayısını çok açıklamak istemiyorlar. Çünkü Emniyet bu istatistikleri tutuyor. Çünkü kimliğinin değiştirildiği öğrenilirse, işte saldırgan eşlerin daha çok saldırgan hale gelip arayıp bulabileceği düşünülüyor. Bu şekilde çok araştırma yapılması gereken şey, çalışma da yapılması gerekir.

Mesela diyor ki Emniyet Genel Müdürlüğündeki kadına yönelik şubedeki arkadaş. Beş kere kimliğini değiştirdik, boşanma davası açıyor kimliği değiştirilmiş, ama bu sefer hangi kimlikle. Mal rejimi tasfiyesi davası açıyor, çocuklarla kişisel ilişki nasıl kurulacak, nasıl sağlanacak? Bunların hepsi ayrı ayrı sorun. Bir kadının beş kez kimliğini değiştirmişler. Biz kimliğini değiştirdiğimiz zaman, kayıtlarda o hane gizleniyor, nüfus kayıtlarında MERNİS kayıtlarında. Mahkeme de bilmiyor kadının yeni kimliğini. Biz sadece kimlik bilgilerinin değiştirilmesine diyoruz, gönderiyoruz

onu İçişleri Bakanlığı Nüfus Vatandaşlık Genel Müdürlüğü yeni bir TC numarası ve kimlik veriyorlar. Ona göre yeni kimlik alıyor. Bazen çocukların da, velayet kendisine verilmişse çocukların da kimliği değiştirilebiliyor. Onunla ilgili kararlar var.

Şimdi kimlik değiştirmede bir de çocukların hakları var. Yani şiddet uygulayan baba dünyanın en kötü insanı olabilir, katil olabilir, ama sonuçta biyolojik baba, çocukların da hakları var ebeveynlerle ilişki kurmak. Yani burada kişisel ilişki de çok büyük bir sorun oluyor. Bu konularda da çok düzenlemeler yapılması gerekiyor. Eşini çok ciddi yaralayan görmesin çocuklarını diyebiliyorsunuz, ama çocukların da hakkı var. Onu nasıl yorumlayacağız onu bilemiyorum.

Önleyici tedbir kararları en çok mahkemelerde rutin haline geldi. Artık hâkimler de biraz şablonlar oluşturdular. 5.madde de sayılmış bu tedbirler, ama ciddi tedbirler, gerçekten etkin olan tedbirler. Şiddet, tehdit, hakaret, aşağılama, küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması konusunda tedbir kararı veriyoruz. Müşterek konuttan uzaklaştırma, müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi. Bu çok ciddi bir tedbir, gerçekten evden uzaklaştırma kararı çok çok etkin ve ciddi bir tedbir. Yani doğru dozlarda uygulanırsa şiddet uygulayanı da ıslah edici bence. Yani altı ay siz ayağınızda terlikle şortla dışarı çıktınız, kış geldi evinize giremiyorsunuz, bayağı ıslah edici bence güzel bir tedbir. Korunan kişiye yakınlarının konutlarında okula ve işyerine yaklaşmaması; çünkü bu sefer bulunabileceği yerlere yönelik saldırılar oluyor, belli mesafeyle yaklaşmamasıyla ilgili tedbir kararları verebiliyoruz. Eğer şiddet mağduru çocuksa ya da çocuğunun önünde meydana gelen bir şiddet varsa, kişisel ilişkiyi kaldırabiliriz sınırlandırabiliriz tedbir süresi boyunca. Korunan kişi ve yakınlarının yanına... Şiddete uğruyorsunuz annenizin yanına gidiyorsunuz, geliyor evine saldırıyor, annenizi babanızı yaralıyor öldürüyor bazen. Yani her gün üçüncü sayfa haberlerinde “kayıp pederini öldürdü, kayınvalidesini öldürdü” haberleri var. Onlarla da ilgili tedbirler verilebiliyor.

Şahsi eşyalarını ve ev eşyalarına zarar vermemesi konusunda tedbir kararları veriyoruz. Çünkü çok yaygın bir şekilde, işte kadınların kıyafetlerinden dolayı elbiseleri kesiliyor. Gerçi bu kadınlar da erkeklere yapıyorlar bunu, biraz psikolojik şiddet

olarak düşünebiliriz. Mesela çamaşır suyu döküyorlar elbiselere, kesiyorlar, arabaya zarar veriyorlar. Ama eşyaları parçalıyor mesela evde, daha çok yüzde 88 erkekler olunca, kadınların yaptığı çok da görünmüyor, görünmemesi gerekiyor diye düşünüyorum.

Evdeki bütün eşyaları kırıp döküyor. Dikiş dikiyor kadın evde, makinesini kırıyor, buzdolabını kırıyor, televizyonu parçalıyor. Bu tür eylemlere engel olunması konusunda tedbir kararı verilebiliyor. İletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi konusunda tedbir kararı veriyoruz. Bence bu da etkin bir tedbir. Tamam evden uzaklaşıyor, ama sürekli telefonla internetle başka şekilde rahatsız ediyor. Ben bir koruma kararı vermiştim, çok da üzülmüştüm. Erkek arkadaş edinmiş bir kız sosyal medya üzerinden. Artık hayatımız oldu sosyal medya, ama aslında bize zarar veriyor. Sonra beraber olmuşlar. Kızın mahrem görüntülerini çekmiş, ondan ayrılınca üniversitedeki bütün arkadaşlarına görüntüleri göndermiş. Hatta üniversiteden kaydımı sildireceğim dedi. Dedim ki, böyle bir şey sakın yapma, zaten ilk yaptığın yanlış, böyle güvenilmeyen biriyle beraber olmak, bir de okulunu sakın bırakma. Yani en kötü ihtimal dondur bir sene sonra git, bir şeyler yap; bu da etkin bir tedbir verilmesi gereken bir tedbir.

Silahlı varsa, tabii ruhsatlı silahı varsa, silahın kolluğa teslimi konusunda tedbir kararı veriyoruz. Eğer ruhsatsızsa zaten onun hakkında yasal işlem yapılıyor. Ceza kovuşturması... Bu kanun gereğince verilen tedbirlerin uygulanması, ceza kovuşturmasına engel değil. Hatta zorlama hapsi var bu kanun gereğince verilen. Anayasa Mahkemesine gitti iki kez, Anayasa Mahkemesi dedi ki, hem burada hapis hem ceza dosyasında hapis hayır dedi, bu hukuki bir tedbirdir, mükerrer değildir, iptali için yapılan başvuruyu reddetti. Kamu görevi nedeniyle silah taşıyorsa, işte polisti askerdi ya da hâkim savcı olabilir, avukat olabilir, kamu görevi nedeniyle silah taşıyorsa kurumuna teslim ediyor, kamu görevi nedeniyle kurumuna teslim ediyor. Tedbir süresi sonunda, özellikle silahla yaralama ya da... Mesela çok yaygın bir şekilde, daha geçen gün haberlerde görmüştüm. İki de polis, kadın adamı vurdu intihar etti. Özellikle kolluk görevlilerinde silah teşhiri, silahla tehdit, birbirlerini yaralama, kafasına silah dayama gibi eylemler çok fazla. İşte bunlarda bu tedbir etkin bir tedbir, uygulanabiliyor kurumuna teslim etmesi konusunda.

Korunan kişinin bulunduğu yerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinden korunmuş kişilere yaklaşmaması, bağımlı ise tedavisinin sağlanması konusunda tedbir. Bu çok önemli bir tedbir, mesela bazen eşe şiddet uygulamıyor, ama eşyaları parçalıyor ya da rahatsız ediyor. Bu kanunda aslında yetki o kadar geniş ki, tedavi bile sağlanabiliyor. Önce gitmezse ihlal diye gelmiyordu, ama Sağlık Bakanlığıyla protokol yapıldı. Şimdi eğer tedaviye gitmezse ihlal sayılıyor ve zorlama hapsi alınabiliyor. Özellikle böyle bir sorun varsa, tedavi tedbiri de talep eden arkadaşlar, çok önemli bir şey bu tedavi tedbiri. AMATEM'e ya da başka yere gidip tedavi sağlanabilir. Hatta ben yazdım kararlarımda, gerektiğinde zorla. Çünkü zorla demezseniz gitmiyor. Polis eşliğinde götürülüp hastaneye teslim ediliyor, tedavi sağlanabiliyor.

Psikolojik sıkıntısı varsa, rahatsızlık varsa sağlık tedbiri de istenebilir. Psikolojik sıkıntı nedeniyle verilebilir. Bazı tedbirler, evden uzaklaştırma yaklaşmama, kolluk amiri verir hâkimin onayına sunulur, hâkim bunu onaylayacak 24 saat içinde, nafakaya da hükmedilebilir bu kanun kapsamında. Bu kanun kapsamında elektronik kelepçe uygulaması var arkadaşlar. Önce panik butonu denildi, ama panik butonu her yerde çalışmadı. Mesela asansörlerde ve otoparklarda çalışmadı. Elektronik kelepçe uygulamasına geçildi, ama çok pilot uygulanıyor. Birkaç ilde uygulanıyor, sayı da çok az, ama bu tedbir de verilebilir.

Bu kanun gereğince verilen tedbirlerden biri de, özellikle sığınma evine ya da başka bir şehre gönderilen kadınlarla ilgili, kimliğini ortaya çıkabilecek bilgilerin, adres bilgilerinin resmi kayıtlarda saklı tutulması. Bu da çok önemli, özellikle çocuklar varsa, onların kayıtlarının da saklı tutulmasını isteyin. Çünkü okul kaydından e-devletten hangi okula gittiğini bulabiliyor; bu da önemli bir tedbir. Herkes ihbarda bulunabilir, kendisi talep edebilir, Bakanlık kolluk görevlileri talep edebilir, cumhuriyet savcısı talep edebilir, aile mahkemeleri verir bu kararı. En fazla altı ay için verilir, gerektiğinde uzatılabilir, şekli değiştirilebilir. İtirazı mümkün, iki hafta içinde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine takip eden numaralı mahkeme bakıyor. İtiraz üzerine verilen karar kesin. Yasa yolu yok arkadaşlar bunda, yani mesela istinafta bazen talep ediyorlar, istinafta mümkün değil. Sadece itiraza tabi, o da

yan numaralı mahkeme. Aykırılık halinde zorlama hapsi yine bu kanun gereğince verilen önemli tedbirlerden bir tanesi. İlk seferinde 3 günden 10 güne, tekrarı halinde 15 günden 30 güne kadar zorlama hapsine hükmedilebilir.

Çok önemli bir şey bu, tedbir kararları talep edilirken harç yargılama gideri ve masraf yok, resen karşılanıyor bunların hepsi resen karşılanıyor. Şimdi AGO'lar düzenlendi biliyorsunuz, adli görüşme odaları, ama yönetmeliğinde kadına yönelik şiddetle ilgili hiçbir şey yok. Yani bu konunun da düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Hani onların yararlanmasına engel bir durum yok, ama mevzuatın içinde de yok; bu da önemli bir şey.

Destek hizmetleri en son söylemek istediğim, Aile Bakanlığı, aslında Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, herkesin birlikte çözmesi gereken bir şey. Şiddeti tekrar engellemek için aslında kanunda 15.maddede destek hizmetleri var, ama uygulaması son derece az. Öfke kontrol merkezleri, meslek edindirme kursları, işte bağımlılıkla ilgili tedavi merkezlerinin çok çok artırılması gerekiyor, ama bunlar henüz daha yapılmadı.

Biraz süremi aştım herhalde. Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Biz teşekkür ederiz. Buyurun Yunus Bey.

Yunus YILMAZ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Öncelikle bütün katılımcıları selamlıyorum ve sempozyumun herkes için faydalı olmasını temenni ediyorum. İkinci olarak da, yargının erkinin üçlü sacayağından birini oluşturan avukat meslektaşlarımın avukatlar gününü kutluyorum.

Değerli meslektaşım Zeynep Hanım, aile içi şiddet, ailenin korunması ve buna ilişkin mevzuat çalışmalarının serencamını detaylı olarak bize anlattı. Benim konu başlığım, aile içi şiddet eylemlerinden zarar görenlerin tazminat hakları. Bununla ilgili olarak önce şiddet kavramını ben de, şiddetin ne olduğunu tekrar ben de tanımlamak istiyorum. Kişilere zarar veren, onların acı çekmelerine sebep olan, onların hürriyetinden mahrum bırakan, fiziksel cinsel psikolojik veya ekonomik her türlü tutum ve davranış şiddet kavramı içerisinde değerlendirilebilir.

Bu tanıma göre şiddetin görünüş şekilleri dört ana başlıkta toplanabilir. Fiziksel şiddet, psikolojik şiddet, cinsel şiddet ve ekonomik şiddet olmak üzere. Fiziksel şiddeti de, cismani zarara sebep olan şiddet, bu ceza kanunu anlamında kasten yaralama olabilir, kasten öldürme olabilir. Bir yerde kalmaya veya bir yerden ayrılmaya zorlayıcı hürriyete yönelik şiddet olabilir, malvarlığı zararına sebep olan şiddet olabilir. Psikolojik şiddet, korku, kaygı ve endişeye sevk eden şiddet olabilir. Bu Ceza Kanunu anlamında tehdit olarak karşımıza çıkabilir. Şeref ve onura yönelik şiddet olabilir, bu da Ceza Kanunu anlamında karşımıza hakaret olarak çıkabilir. Huzur ve sükûnu bozmaya yönelik şiddet olabilir.

Cinsel şiddet, sözlü veya fiili her türlü cinsel saldırıyı, eski Ceza Kanunumuzda biliyorsunuz söz atmadan başlayıp tecavüze kadar bütün cinsel içerikli hareketler cinsel saldırı kapsamında kabul ediliyordu. Sadakatsizlik ve cinsel temastan kaçınma, cinsel şiddet ana başlığının alt kategorileri olarak değerlendirilebi-

lır. Ekonomik şiddet de, aile bireylerinin ihtiyaçlarına duyarsız kalınması, para verilmemesi, istek dışında gelirin tamamına el konulması gibi alt başlıklara ayrılabilir.

Şiddeti oluşturan eylemler: Şiddetin tarifinden de anlaşılacağı üzere, hem Ceza Kanunu anlamında suç teşkil edebilir, hem borçlar hukuku anlamında haksız fiil teşkil edebilir, hem Medeni Kanun anlamında boşanma sebebi teşkil edebilir. Yani eşler yönünden söylüyorum tabii bunu. Borçlar Kanunu anlamında haksız fiil teşkil ettiğini nereden çıkartıyoruz? Türk Borçlar Kanununun 49.maddesinde, kusurlu ve hukuka aykırı fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür denilmesinden bunu çıkartıyoruz. Zaten biraz önce şiddeti tarif ederken de, kişilere zarar veren her türlü davranış olarak tanımlamıştık.

Zarar kapsamına, maddi zararlar dahil olduğu gibi, manevi zararlar da dahildir. Maddi zararların konusunu bedensel zararlar ve malvarlığı zararları oluşturabilir. Manevi zararların konusunu ise, yine bedensel zararlar, kişilik haklarının zedelenmesinden kaynaklanan zararlar ve istisnai hallerde mala yönelik zararlar oluşturabilir. Nitekim bizim dairemizin görüşü, mala yönelik zararalarda malın ya da eşyanın kişi için bir hatırasının olması durumunda manevi tazminata hükmedileceği yönündedir. Ancak diğer türlü mala zarar verme eylemlerinde manevi tazminat kabul edilmemektedir.

Şiddete maruz kalan eşlerin seçimlik hakları vardır. Maruz kaldıkları şiddet sebebiyle seçimlik hakları vardır. İster boşanma davasından ayrı olarak maddi manevi tazminat isteğinde bulunabilirler, isterlerse de boşanma sebebi olarak boşanma davasıyla birlikte veya boşanma davası kesinleştikten sonraki bir yıllık süre içerisinde aile mahkemesinden maddi manevi tazminat isteğinde bulunabilirler.

Fiziksel şiddet sonucu istenebilecek maddi tazminat kalemleri Borçlar Kanununun 53.maddesinde sayılmıştır. Eğer ölüm gerekleşmişe, cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemesi durumunda tedavi giderleri, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradığı kayıplar, yani bizim destekten yoksun kalma tazminatı dediğimiz tazminat ölüm halinde istenebilecek maddi tazminat türleridir.

Fiziksel şiddet sonucunda bedensel zarara sebebiyet verilmiş ise, istenebilecek tazminat türleri de yine Borçlar Kanununun 54.maddesinde belirlenmiştir. Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar bu başlık altında değerlendirilebilir.

Psikolojik şiddet kapsamında kişilik haklarına saldırı sebebiyle istenebilecek manevi tazminat ise, Borçlar Kanununun 58.maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanında Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddelerinde de kişilik haklarının ihlalin-den doğan durumlarda tazminat istenebileceği hüküm altına alınmıştır.

Şimdi buraya kadar anlattığım kısımlar, yasalarda net bir şekilde düzenlenmiş olan ve uygulamada da tereddüt bulunmayan hususlar. Şimdi ben özelliği bulunan şiddet türleriyle ilgili olarak kısaca bir açıklamada bulunmak istiyorum. Özellik arz eden konulardan bir tanesi sadakatsizliktir. Bu hem doktrinde, hem de Yargıtay içtihadı birleştirme kararında, cinsel ve psikolojik şiddet kapsamında değerlendirilmiştir. Sadakatsizliğe maruz kalan kusurlu eşten, boşanmaya sebep olan olay kapsamında Türk Medeni Kanununun 174.maddesi uyarınca maddi ve manevi tazminat isteğinde bulunabilir. Ayrıca boşanmaya sebep olan olay kapsamında değerlendirmez ise, boşanma davasından ayrı olarak haksız fiil kapsamında tazminat isteğinde de bulunabilir. Nitekim dairemizin buna ilişkin olarak kararları vardır. Yani sadakatsizliğe maruz kalan eşin genel hükümler uyarınca da genel mahkemelerden manevi tazminat isteyebileceği yönünde kararları vardır.

İkinci üzerinde durmak istediğim konu, anlaşmalı boşanmadan sonra evlilik dönemindeki haksız fiiller sebebiyle tazminat istenip istenemeyeceği konusudur. Ben burada kendi görüşümü söylemek istiyorum. Dairemizin de buna ilişkin bir kararı var. Ancak konu henüz tartışmalı, fikir birliğine vardığımız bir konu olmadığını söylemek durumundayım. Benim kendi görüşüme göre, anlaşma protokolünün yapıldığı sırada bilinen eylemler sebebiyle daha sonrasında tazminat istenemeyeceğini düşünüyorum. Çünkü anlaşma protokolü yapılırken, hiçbir şekilde maddi manevi tazminat istenmeyeceği belirtilmektedir. Ancak bilinme-

yen hususlar, yani anlaşma protokolünün yapıldığı sırada bilinmeyen hususlar sebebiyle maddi manevi tazminat hususu, biraz önce de belirttiğim gibi tartışmalıdır. Bu konuda dairemizden iki tane karar çıkmıştır, ancak bu kararlar oy çokluğuyla çıkmıştır. Bazı üye arkadaşlarımız, hiçbir şekilde istenemeyeceği görüşündedir. Benim de içinde bulunduğumuz bir grup arkadaşımız ise, bilinmeyen olaylar sebebiyle anlaşma protokolünden sonra, yani evlilik birliği içerisinde vuku bulmuş, ancak anlaşma protokolünün yapıldığı sırada bilinmeyen eylemler sebebiyle tazminata hükmedilebileceği yönündedir.

2. Hukuk Dairesinin bu konudaki görüşünü de söylemek isterim. 2. Hukuk Dairesi, ister bilinsin ister bilinmesin, anlaşmalı boşanma kararı kesinleştikten sonra kusur tartışması yapılamayacağından, boşanmanın mali sonuçları hakkında istekte bulunamayacağı görüşündedir. 2.Hukuk Dairesinin bu konudaki görüşü istikrarlı gözükmemektedir.

Kamuoyunda uzunca süre tartışılan, evli olduğunu bildiği eşle birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin tazminat hakkı da, üzerinde durmak istediğim bir konu başlığıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010 ilâ 2017 yılları arasında verdiği kararlarda, dairemiz ise 2015 yılına gelinceye kadar vermiş olduğu kararlarında, evlilik birliği devam ederken eşlerden biriyle evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteğinde bulunabileceğini kabul etmişlerdi. Ancak dairemizin görüşü 2015 yılından sonra değişmeye başlamıştır. Daha doğrusu dairemiz çoğunluğunun görüşü, evli olduğunu bilerek eşle birlikte olan üçüncü kişinin, diğer eşe karşı herhangi bir tazminat yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde evrilmiştir.

Gerek dairemizin uyguladığı dönemde, gerek Hukuk Genel Kurulunun kabul ettiği dönemde bu husus doktrinde de çokça tartışılmış, Nisim Franko ve Bilgehan Çetiner dışında doktrinde üçüncü kişiye karşı böyle bir dava açılmayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Oğuzman, Öz, Öztanser, Ozan başlıca bu görüşü savunan hocalardır.

Nihayet bu konu içtihadı birleştirme büyük genel kurulunun gündemine gelmiş ve 6 Temmuz 2018 tarihinde yapılan görüşme sırasında, içtihadı birleştirme büyük genel kurulu; evlilik birliği

devam ederken eşlerden biriyle evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağına hükmetmiş ve bu konu da bu şekilde neticelenmiştir.

Yargıtay İtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, bu kararında gerekçe olarak, üçüncü kişinin eyleminin hukuka aykırı olmadığına, ahlaka aykırılık yönünden zarar verme kastının bulunmadığına, üçüncü kişinin eşe karşı sadakat yükümlülüğünün bulunmadığına, sadakat yükümlülüğünün herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak bir kişilik hakkı olmadığı gibi sebeplere yaslanmıştır.

Üzerinde durmak istediğim bir diğer konu, cinsel temastan kaçınmadır. Bu da aklınıza böyle bir şiddet olur mu diye gelebilir. Ancak bu da Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin içtihatlarıyla, cinsel şiddet kapsamında değerlendirilmiştir. Psikolojik şiddet kapsamında da değerlendirilebileceğini düşünüyorum. Nitekim Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 2018/9794 sayılı kararında, erkeğin cinsel yükümlülüklerini yerine getirmeyerek davacıyla ayrı yattığı anlaşılmaktadır. Davalı erkeğin gerçekleşen bu kusurlu davranışı, davacı kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eder. TMK 174/2. madde uyarınca davacı kadın yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir demıştır. Ancak bu husus, yani cinsel temastan kaçınma hususu haksız fiil kapsamında dairemize gelmemiştir.

Bir diğer üzerinde durmak istediğim konu, ekonomik şiddet konusudur. İhtiyaçlara duyarsız kalınması, para verilmemesi, istek dışında gelirlere el konulmaması gibi faaliyetler, yine Yargıtay 2. Hukuk Dairesince ekonomik şiddet kapsamında değerlendirilmiştir ve ekonomik şiddete maruz kalan eş için, boşanmaya sebep olan olaylar kapsamında diğer eşten maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceği kararlaştırılmıştır. Ekonomik şiddetle ilgili olarak da genel haksız fiil hükümleri kapsamında dairemize herhangi bir dava gelmemiştir.

Evlilik birliği devam ederken veya evlilik birliği sonlandıktan sonraki bir yıllık süre içerisinde veya daha sonrasında evlilik birliği devam ederken meydana gelen haksız fiiller sebebiyle görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu üzerinde de durmamız gerekir. Boşanma davasıyla birlikte veya boşanma hükmünün

kesinleşmesinden sonraki bir yıllık süre içinde boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden açılan maddi ve manevi tazminat istekli davalarda görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu açıktır. Burada herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Boşanma davasından ayrı olarak açılan tazminat istekli davalarda görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu konusu tartışmalıdır. Ancak prensip olarak genel mahkemenin görevli olduğu kabul edilmektedir. Nitekim dairemizin... Daha doğrusu buradaki haksız fiili iki gruba ayırabiliriz. Bir, sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan haksız fiil, ikincisi de diğer haksız fiiller olarak ikiye ayırabiliriz. Diğer haksız fiiller yönünden yine tereddüt olmadığı gözükmektedir. Dairemiz evlilik birliği devam ederken kötü muamele gibi, konut dokunulmazlığını ihlal gibi haksız fiillerde asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmiş ve buna ilişkin davaları esastan incelemiştir. Burada dairemizin örnek kararlarını görüyorsunuz. Eşe karşı konut dokunulmazlığının ihlali sebebiyle istenen manevi tazminat davası, asliye hukuk mahkemesinde görülmüş, verilen karar esastan incelenmiştir. Yine eşe karşı işlenen kasten yaralama eyleminden kaynaklanmaktadır, davanın yasal dayanağı Türk Borçlar Kanununun 49 ve takip eden maddelerinde düzenlenen haksız fiil, failin kusuruna dayanan sorumluluğu olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda uyuşmazlığın görüm ve çözüm yeri aile mahkemesi olmayıp, genel mahkemeler denilmiştir.

Ancak sadakatsizliğe dayalı davalar bakımından tam bir görüş birliği olduğunu söyleyebilme imkânı yoktur. 2.Hukuk Dairesinin yakın tarihli bir kararını göremedim. Ancak 2015 yılında verdiği bir kararında, boşanma sebebinden bağımsız hale gelen manevi tazminat isteği yönünden asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu içtihadında bulunmuştur. Dairemiz ise önceki kararlarında, haksız fiil hükümlerine dayanıldığı gerekçesiyle genel mahkemelerin görevli olduğunu kabul etmiştir. Ancak dairemizin Hukuk Genel Kurulunun kararından sonra görüşü değişmiştir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu, 2018 yılında vermiş olduğu kararında, eşler arasındaki birlik yükümlülüklerine uyulup uyulmadığını belirleme görevi aile mahkemesine ait olduğundan, bu sebepten kaynaklanan tazminat davalarına bakma görevi aile mahkemesine aittir demiştir. Dairemiz de bu karardan sonra görevsizlik kararı

vermeye başlamıştır. Yani aile mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

Üzerinde durmak istediğim diğer konu, evlenme vaadiyle nikâhsız yaşamının manevi tazminat gerektirip gerektirmeyeceği hususudur. Prensip olarak resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşamın sonuçlarını bilebilecek, kavrayabilecek durumda olan reşit kişiler manevi tazminat isteyemezler. Ancak 18 yaşından küçük çocukların usulüne uygun bir rızaları bulunmadığından, bunlar yönünden manevi tazminat isteklerinin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Burada daireden ayrıldığım bir konuya da temas etmek isterim. Dairemiz bazı durumlarda reşit olan, ancak karşı tarafın resmi nikâh yapılacağını vaat ederek kandırılması sonucu evlendiğini iddia eden kadınların, yaşadıkları sosyal çevre ve geleneksel yapı gözetilerek lehlerine manevi tazminata hükmedilebileceği görüşünde bulunmuştur: Ancak ben burada hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Dairemizde de bu konuda aynı fikri paylaşmadığımı belirtmek isterim.

Üzerinde durmak istediğim bir diğer konu, babalığın inkârı konusudur. Babalığın inkârı nasıl olabilir? Erkek ve kadın resmi nikâh dışında birlikte olurlar. Bu birlikteliklerinden bir çocuk dünyaya gelir. Ancak erkek ısrarla bu çocuğun kendisinden olmadığını ileri sürer, çocuğa karşı velayet görevlerini yerine getirmez, kişisel ilişki kurmaz. Bu sebeple çocuk adına annesi veya reşit olduktan sonra çocuk bu konuyla ilgili olarak babaları aleyhine maddi manevi tazminat davası açabilirler. Bu durumlarda dairemizin görüşü, çocuk lehine maddi ve manevi tazminat hükmedilmesi gerektiği yönündedir.

Son olarak üzerinde durmak istediğim konu ise, şiddet eylemlerinde tazminat miktarının nasıl belirlendiği hususudur. 1966 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre herkesin bildiği üzere, hâkim manevi tazminat miktarını tayin ederken, saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında, tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkı kullanılır.

Ben dairemiz kararlarını taradığımda, haksız fiilin aile bireylerine yönelik olarak gerçekleştirilmesi durumunda, bu durumun özel bir artırım veya azaltma gerekçesi olarak gösterildiğini görmedim. Yani eylemin aile içi şiddet kapsamında kalması sebebiyle manevi tazminatın daha üst düzeyde hükmedilmesi gerekir veya daha alt düzeyde zaten denilmez de, daha üst düzeyde hükmedilmesi gerekir şeklinde bir gerekçeye rastlamadım. Ancak olayın özellikleri kapsamında değerlendirildiğini müşahade ettim. Örnek verecek olursak, dairemiz 2016/7542 Esas sayılı dosyasında, babası tarafından kasten öldürülen çocuk için anneye 100 bin TL, kardeşlere 60 biner TL tazminatı az bulmuştur örneğin. Yine 2016/14616 Esas sayılı dosyasında ise, ayrı yaşadığı eşin konut dokunulmazlığını ihlal eden erkek aleyhine hükmedilen 2 bin TL'yi de az bulmuştur.

Sunumum burada bitti, beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum. Umarım faydalı olmuştur. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederiz Yunus Bey, ama belki salondan soru olabilecek. Yalnız benim bir ufak sorum var, biraz bu konularla ilgili olduğum için.

Şimdi tazminat miktarının belirlenmesi özel hal ve şartlara göre değerlendirilir demiştik. Manevi tazminat konusunda tabii ki, ama maddi tazminatı neye göre tayin ediyorsunuz? Yani bunun bir ilkeleri var mı, maddi tazminatın belirlenmesi ilkeleri var mı?

Yunus YILMAZ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Örneğin, biraz önceki bahsettiğim olayda, babası tarafından çocuğun öldürüldüğü, yani öz çocuğunun öldürüldüğü olayda, normal Borçlar Kanunu 53, 54 onları esas alıyoruz.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim, sağ olun.

Av. Sema AKSOY- Soru yoksa ben de bir soru sormak istiyorum. Aslında bunu tartışmak lazım, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle kadına yönelik şiddetle ilgili başvurularda, kadına yönelik şiddetin bir cinsiyet ayrımcılığı suçu olduğunu ve ne yazık ki Türkiye'den gelen dilekçelerde avukatların bu konuyu işlemediğini, olaya sadece ceza hukuku açısından haksız fiil olarak yaklaşıldığını açıkça kararlarında bahsediyor.

Bugüne kadar AİHM'e giden kadına yönelik şiddet dosyalarından sadece 15'inde cinsiyet ayrımcılığından bahsedilmiş ve işlenmiş, onun dışında yok. Olaya bu açıdan yaklaşmak gerekir mi diye hâkim bey size de bu konuda bir soru yöneltmek istiyorum.

Yunus YILMAZ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Vallahi ben de topu, ben daireye yeni geldim, topu Nilgün ablamıza atayım. O birkaç cümle etmek isterse...

Nilgün TAŞ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Tekrar herkesi saygıyla selamlıyorum. Ben 97 yılından beri Yargıtay 4.Hukuk Dairesindeyim, önce tetkik hâkimiydim sonra üye oldum. Şimdi biz tazminat miktarlarında hep olayın özelliği, tarafların konumu, yuvarlak bir söylem kullanıyoruz. Ancak içinde bunlar da var. Yani aile içinde güven ilişkisine dayalı, kendisini güvende hissettiği bir ortamda saldırıya maruz kalması durumunu bu söylemler içinde aslında değerlendiriyoruz.

Biraz önce Yunus Beyin bahsettiği kararlardan birinde, özellikle hani bunu desek mi, yine olayın özelliği tarafların konumu, işte davacıların ölene yakınlığı ya da davacının olay nedeniyle savunmasız kalması; bütün bunları tazminat miktarında değerlendiriyoruz. Maddi tazminatta olmuyor, bunlar Borçlar Kanununun genel hükümleri uyarınca hesaplanıyor. Ancak manevinin miktarının tayininde bunların hepsini en ince detayına kadar inceliyoruz. Tek tek konuşuyoruz ve tartışıyoruz.

Şunu eklemem lazım, içtihadı birleştirme kararından bahsetti Yunus Bey. Evli kişiyle birlikte olduğunu bilerek birlikte olan kişinin üçüncü kişiye karşı manevi tazminat isteme hakkı var mıdır? İçtihadı birleştirme kararında benim muhalefetim var. Ben orada evli olduğunu bilerek bir kişiyle birlikte olan kişinin, diğer eşin toplumdaki sosyal kişilik değerlerine saldırıda bulunduğunu düşündüğümünden ve kişilik hakları da mutlak haklar olduğundan, herkese karşı ileri sürebileceğini düşündüğümünden muhalefet yazmıştım. Bunu yine söylemek istedim.

Teşekkür ediyorum.

Zeynep ÖKSÜZOĞLU (Ankara Bölge Adliye Mahkemele-ri 1.Hukuk Dairesi Başkanı)- Benim de manevi tazminatla ilgili bir direnme kararım var ve boşanma dosyasında, Genel Kurul-

dan da geçti. Erkek eşin aldatması, başka bir kadınla beraberliği vardı, manevi tazminatı çok buldu daire. Ben de hatta kararına şey yazmıştım, eğer Türk toplumunda erkek yapsaydı elinin kiri, kadın yapsaydı sonucu ölümle sonuçlanabilecek bir şey. Bu kadına yönelik haksızlıktır, manevi tazminat miktarı az değildir diye direndim. Genel kuruldan geçti, onadılar. Yani bu toplumsal cinsiyetle ilgili böyle bir kararım geçti genel kuruldan.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Buyurun.

Av. Zübeyde KAMALAK- Öncelikle hepinizi çok çok saygıyla selamlıyorum, teşekkür ediyorum, gerçekten çok faydalandık. Ancak 6284 sayılı Yasayla diğer kanunların ve toplumdaki kurumların da uyumlaştırılması gerektiğine inanıyorum.

Şöyle ki, 6284 sayılı Yasa gereğince birtakım belgeler sunduk bir boşanma dosyasına. Bitti şu anda, bittiği için rahat konuşuyorum. Ancak bunları sunduğumuz için... Biz sunmadık tabii eşi getirdi biz sunduk. Bunları sunduğumuz için eşi bizi gitti tek tek her bir delilimiz, her bir tanığımız için şikâyetinde bulundu. 2016 yılından beri kan davası gibi süren bir dava. Ne kadının anası babası dedesi nenesi kaldı, ne biz kaldık, eşim ben bütün kadına yardım eden herkes suçlu, 30-40 tane dosya çıktı bir boşanma davasından. Neyse ki dün bitti kurtulduk. Kadın koridorlarda çığlık çığlığa, sevinç çığlıkları atarak kutladı böyle bir adamdan kurtuldum...

Ancak benim burada sormak istediğim şey şu: İddia ve savunmanın sınırıyla, 6284 sayılı Yasadaki koruma tedbirleri, önlem tedbirlerinin uyarlanması gerekiyor. Çünkü biz kadının nasıl bir adamdan korunması gerektiğini gösterebilmemiz için birtakım şeyler sunduk. Mesela adam üst komşunun çocuğunu dövmüş, küçük çocuğu dövmüş. Sonra annesi koşmuş gelmiş çocuğa sahip çıkmaya, kadın sinkaplı küfür etmiş. Bununla ilgili iddianame düzenlenmiş. Daha önce alınmış bir hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı var diye, işte ne yapmışlar bilmiyorum. Kadının ve çocuğun şikâyetini geri alması sağlanmış. Kadın bunu getirdi dedi ki bize, öyle bir adam ki bu, kadınları döver çocukları döver, ben üçüncü eşiyim yapacak bir şey yok. Ayrıca işyerinde birtakım usulsüzlüklere sebebiyet vermiş. Beni eşimi, kadını ayrı ayrı her yere şikâyet etti. Kadını neyse beraat ettirdik kurtuldu.

Bizlerle ilgili de sağ olsun baro anlamış bizi, avukat arkadaşlarımızı anlamış verdiğimiz delillerden dolayı. Şimdi bir de Adalet Bakanlığında bir bölümü var, muhtemelen orası da anlayacak diye umuyoruz.

Ancak burada iddia ve savunmayla 6284 arasında bir uyarılmanın olması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü biz nasıl bir adamdan koruyacağız kadını ya da erkeği? Erkeğe de bazen şiddet oluyor binde bir olsa da. Bu konuda bir girişimde bulunulur mu? Bunu sormak istiyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Kime soru yöneltiyorsunuz?

Av. Zübeyde KAMALAK- Herkese. Diğer yönüyle bir başka sorum da şöyle; yine bu şekilde 6284 sayılı Yasayla Sayın Hâkim Zeynep Hanımefendinin de söylediği gibi, kadının ve çocuklara ev tahsis edilerek, adamın evden gönderilmesini talep ettim. Çünkü gerçekten en uygunu da buydu, kadın büyük bir baskı altındaydı, üstelik kendi ailesi tarafından da baskı altında. Boşanmayacaksın diyorlar, üstelik eğitilmiş bir kadın. Bu durumda da krediyle alınmış bir ev söz konusu. Adam dedi ki, eğer dedi boşanırsan çocuğun okul taksitlerini keserim, evin kredilerini bankaya ödemem, ev satılır banka tarafından atılırsınız.

Şimdi bu konuda da yine bir uyarılma olup da, boşanma davası sonuçlanıncaya kadar en azından bankaların bu tür... İşte diyor ben taksitleri ödemeyince mecburen banka üç ay sonra evi satacak, siz de göreceksiniz diyor. Şimdi ben bu konuda sayın hâkimimizden bir tedbir isteyeceğim, en azından bu nafakayı artırsın diye. Nafakaya artırsın, hiç değilse kadın bunları ödeyebilsin diye. Bilmiyorum çıkar mı çıkmaz mı, ama esas söylemek istediğim, bankalar gibi kurumlarla da 6284'ün uyumlaştırılması konusunda bir girişim olamaz mı? Çünkü denilsin ki, boşanma davası bitinceye kadar en azından, biri de bu.

Diğer yönden, mesela demin Sayın Hâkimimiz Yavuz Beyin söylediği, işte resimlerini herkese göndermiş duyurdunuz. Gerçekten şu anda elimizde öyle bir durum söz konusu, kadının telefon rehberini kopyalamış, boşanma davası açtığı takdirde bu rehberde işte bütün erkeklerle ilişkisi vardır diye bu mesajları atacığım diyor. Hem boşanma davası açtığım yerden talep ettim,

hem savcılıktan talep ettim, ama ikisinden de ret geldi. Kadın büyük bir endişe içerisinde yaşıyor, beni karalayacak, böyle kötü bir şeyim olacak diye. Ama yine de boşanma davasını açtık.

Eşyaların zarar verilmemesi, parçalanmaması, şu bu konusunda biliyorsunuz 6284 sayılı Yasanın 5.maddesinde hüküm var. Bu konuda karar çıkarttırdık. Kadına ve çocuğa yine evin tahsisini talep ettik. Talebimiz kabul gördü, ancak eve girildiğinde adam kadının bütün eşyalarını kırmış dökmüş, bilgisayarını telefonunu götürmüş yok etmiş. Bu konuda suç duyurusunda bulunduk ret edildi. Çünkü diyor ki, karı koca arasında... Ama dedim, ben karı koca arasındaki bir eşyaya zarar verilmesini değil, 6284'ün ihla-line dair bir suç duyurusunda bulunduğumu beyan ettim. Onun sonucunu henüz bekliyoruz.

Burada söylemek istediğim şey, kanunun kurumlarla ve diğer kanunlarla uyumlaştırılması konusunda. Yani böyle bir kanun gereğince birtakım önlemler alınmışsa, bunun diğer kurum ve kanunlar tarafından da kolaylaştırılmasının sağlanması konusunda.

Bir de Adalet Bakanlığının son zamanlarda bu 6284 sayılı Yasayla ilgili toplumda güya biz aileyi birleştirmek için değil de, meğer bozmak için kanun yapmışız gibi bir beyanı var. Ben şu son aldığım davalara kadar ben de kendimce diyordum ki, acaba bu aileyi yıkmaya mı sebep oluyor, ama düşünüyorum başka da bir yolu yok, adamları nasıl durduracağız?

Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Buyurun Zeynep Hanım.

Zeynep ÖKSÜZOĞLU (Ankara Bölge Adliye Mahkemeleri 1.Hukuk Dairesi Başkanı)- 6284 sayılı Kanun, söylediğim gibi bir yara bandı kanunu. Çok geniş kapsamlı, hatta delil belge aranmaksızın veriyoruz bu tedbirleri biz gerekirse. Hani bazı durumlarda istiyoruz, ama onun için haklıyı haksızı ayırmadan, can güvenliği öncelik olduğu için, can güvenliğini sağlamak için. Ama mesela kredisini ödemesiyle ilgili bir tedbir bu kanun kapsamında verilebileceğini düşünemiyorum. Ama mesela lojmanda oturuyorsa lojmanı boşaltmama, abonelikleri kapatmama konusunda, çünkü "ve benzeri tedbirler" diyor kanun. Bu tedbirler verilebilir.

Mesela kişisel eşyaların teslimi konusunda tedbirler verilebilir. Bunları kapsar, ama lojmanı boşaltmama, kira sözleşmesinin ya da tarafı olma, bunlar verilebilir. Ama krediyle ilgili o bambaşka bir şey, o mal rejimine girer başka bir konu, çok çok zor, olmaz olacağını düşünmüyorum, o konuda zor. Ayrı bir tedbir konusu olabilir.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Buyurun.

Av. Hatice KAYNAK- Ben soru değil, ama küçücük bir ekleme yapacağım. Adli görüşme odalarını bilmeyen meslektaşlarımız açısından da. Adli görüşme odaları şu anda 55 adliyede 59 tane adli görüşme odası. Mahkemede dinlenecek kişinin can güvenliğinin olmaması ya da kendini orada rahat ifade edemeyecek olması durumunda bir odada bir uzmanla o ifadenin ya da beyanın alındığı, mahkeme salonu ya da savcılığa ya da yandaki gözlem odasına SEGBİS'le aktarıldığı sistem.

Çok özür dileyerek, kadınlar ve aile içi şiddet mağdurları için kullanılmıyor dediniz. Aslında burası çocuklar için öncelikli olarak yapılmış yerler. Haftada iki günü çocuklara ayrılmak zorunda, ama yönetmeliğin 15/2.maddesinde, cinsel saldırı suçu mağduru kadınlar ve aile içi şiddet mağduru kadınlar için de özellikle kullanılacağı belirtilmiş. Ama hâkimlerimiz burayı kullanma konusunda çok isteksizler. Özellikle aile mahkemelerinden SEGBİS sistemi kaldırıldığı için. Ama ceza mahkemelerinde görülen çok sayıda aile içi şiddet dosyasında, ben çok kadını biliyorum ki, orada o adamla karşılaşmamak için davasını savunamaz hale geliyor. Onlar için kullanılması mümkün. Aile mahkemelerinde yandaki gözlem odasından kullanabilirler. Onlar için de açık bir kurumdur.

Teşekkürler.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz. Başka soru yok zannediyorum. Çok teşekkür ediyoruz dinlediğiniz için, sağ olun. Oturumu kapatıyorum. (Alkışlar)

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

2. GÜN

4. Oturum

Bedensel Zararların Hesaplanması İlkeleri

Mete DUMAN

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Başkanı (Oturum Başkanı)

Saygıdeğer meslektaşlarım ve değerli katılımcılar, hepiniz hoş geldiniz. İyi bir çalışma günü diliyorum.

Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen bugünkü oturumun konusu, “bedensel zararların hesaplanması ilkeleri” başlığını taşımaktadır. Bedensel zararın yasada herhangi bir tanımı yapılmış olmasa da, biz bedensel bütünlüğü zarar gören şahsın malvarlığının, bedensel zararın oluşmasından sonraki durumuyla, bedensel zarar hiç oluşmasaydı malvarlığındaki durum hangi halde olacaktır? Bir başka anlatımla, her iki ölçüt arasındaki fark bedensel zararı oluşturmaktadır. İşte bir başkasının eylemi sonucu zarara uğrayan kimse, aradaki bu farktan dolayı uğradığı zararını karşı taraftan isteyebilecektir.

Nitekim bugün Türk Borçlar Kanununun 54.maddesinde yazılıdır. Anılan bu madde kapsamında ulaşabilecek tazminat davalarında istenilebilecek tazminatları dört ana başlıkta toplamak mümkündür. İlk olarak, uğranılan haksız eylem sonucu bedensel zarar olarak zarar gören kişi, yaptığı tedaviyi giderir ve masraflarını isteyebilecektir. İkinci olarak, bu eylem sonucu tedavi sürecinde geçici veya sürekli olarak iş kaybına uğramışsa, iş göremezlik masraflarını da isteyebilir. Üçüncü kalem olarak da diyebiliriz ki, tedavi sonrası kalıcı bir sakatlık veya iş göremezlik söz konusu ise, bu nedenle uğradığı veya uğrayacağı kazanç kaybını da karşı taraftan isteyebilecektir. Dördüncü ana başlıkta da, ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlarını da isteyebilmektedir.

Bu dört ana başlıktan oluşan beden zararlarının hesaplanması yöntemlerini konuşmacı arkadaşlar detaylı bir şekilde anlatacaklardır. Her bir konuşmacının 20 dakika konuşma süresi vardır.

Şimdi sözü dairemiz üyesi Sayın Hikmet Kanık’a veriyorum. Buyurun Hikmet Bey, söz sizin.

YARGITAY UYGULAMASINDA BEDENSEL ZARARLARIN HESAPLANMASI İLKELERİ

Hikmet KANIK

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

1.BEDENSEL ZARARLAR

A . Genel Olarak

Borçlar Yasası'na ve Sorumluluk Hukuku ilkelerine göre, haksız ve hukuka aykırı (eylem) olaylardan zarara uğrayan kişiler uğradıkları **"her türlü (bedensel zararlarda dahil) zararlarını"** isteme hakkına sahiptirler.

Vücut bütünlüğünün ihlali neticesi oluşan zararlar mülga 818 Sayılı Borçlar Kanununun 46. Maddesinde **"Cismani zarar"** olarak düzenlenmişken, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 54. Maddesinde **"Bedensel zarar"** olarak düzenlenmiştir.

Bedensel zararın kanunda bir tanımı yapılmamış olup kapsamı örnekleme sayma- yolu ile (sınırlı sayı yöntemi değil) belirtilmiştir.

Bedensel zarar, zarar görenin malvarlığının bedensel zarar sonrasındaki durumu ile böyle bir olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark olarak tanımlanabilir.

Beden bütünlüğünün ihlali sonucunda ortaya çıkan **(bedensel) maddi zararlar** TBK m.54.de ;

1. Tedavi giderleri (tüm iyileşme sürecinde) yapılan her türlü masraflar,
- 2 . Geçici iş göremezlik nedeniyle oluşan iş ve kazanç kaybı,
3. Sürekli iş göremezlik (kalıcı sakatlık) nedeniyle çalışma gücü ve kazanç kaybı,

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, Olarak belirtilmiştir.

TBK m.50 uyarınca zarar gören uğranılan zararı ve miktarını kanıtlamakla yükümlüdür.

Kanun maddesinin sayma usulü belirlemesinden bedensel zararlarda sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı anlaşılmaktadır.

TBK m. 56 uyarınca sadece vücut bütünlüğü ihlal olan kişi değil bu kişinin yakınlarında da manevi zararlar oluşacağından bu kapsamda kalan manevi zarar/arıda bedensel zarar kavramı içinde kabul edebiliriz.

Bedensel zararlarda hesaplama zamanı karar vermeye en yakın zamandır.(TBKm.75)

Konuya ilişkin açıklamamda daha çok üyesi bulunduğum Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin uygulamasını yansıtan emsal kararları incelenmiştir.

B. TEDAVİVEİYİLEŞME GİDERLERİ

Haksız eylem sonucu (vücut bütünlüğü ihlaledilen yaralanan kişi,tümüyle iyileşip eski sağlığına (şifa buluncaya) kavuşuncaya kadar yaptığı ve ilerde bu yaralanmanın tedavisi maksadıyla yapacağı tüm masraflarını isteyebilir.

Bunun tıbbi tedavi ile sınırlı bölümü “tedavi giderleri”,o/arak bilinir.

Zarar görenin eski sağlığa kavuşup yeniden çalışmaya ve günlük işlerini sürdürebilecek duruma gelinceye kadar yapılan ve yapılacak olan tüm masraflar “iyileşme giderleri” olarak kabul edilir.

Gider kapsamına, zarar görenin, beden bütünlüğünü eski haline getirmeye, yani (şifa buluncaya) iyileşmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik harcamak durumunda olduğu ve ilerde harcaması olası bütün masraflar girerectir.

“Mağdurun durumu, yanında refakatçi bulundurulmasını gerektiriyorsa, bu refakatçi kim olursa olsun, bu masrafları sorumlu kişinin tazmin etmesi gerekir.” (3.HD. 26.06.1961, 5210-4181)

Yaralanan kişinin iyileşme amaçlı yaptığı veya yapacağı masrafların dava ve hatta hüküm gününe kadar yapılmış olması koşul olmayıp , gelecekte yapılması olası tedavi ve iyileşme harcamaları da istenebilecektir.

Geçirilen kaza ve yaralanma, kişideki bir başka hastalığı ortaya çıkarmış ise (örneğin kalp krizi geçirmesine, şeker düzeyinin artmasına, tansiyon yükselmesine, neden olmuşsa) hastalığın normal seyri ve normal tedavisi dışında, bedensel zarara sebep olan haksız eylemle (sebeup-sonuç bağı kurulmak) ilişkilendirilmek koşuluyla, fazladan yapılan tedavi masraflarının da istenebileceği, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay içtihatları ile kabul edilmektedir.

aa. Gider Türleri

Öncelikle zarar görenin tedavisi ve iyileşmesine yönelik yapılacak koşulu ile sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmalıdır.

1. Doğrudan tedavi giderleri;

Her hangi bir sağlık kurumuna ödenen paralar; doktor , hemşire, hastabakıcı, iğneci, pansumancı fizyoterapist, gibi tedavide rol alanlar ile bunların yardımcılara ödenen ücretler; ilaç, serum, kan, iğne ve çeşitli tahlil giderleri; röntgen, ultrason, tomografi gibi görüntüleme aygıtları ile, elektro ve benzeri denetleme aygıtlarına ve diyaliz makinesine ödenen paralar; her türlü ameliyat, yoğun bakım, ambulans ve ilkyardım giderleri; ortopedik aygıtlar, protez, takma organ bedelleri ve bunların yenilenmesi için yapılan harcamalar; tekerlekli sandalye, havalı yatak, koltuk değneği , baston gibi protez türü araçların kullanılması zorunlu nesnelere için yapılan masraflardır.

2. Tedavi sırasında yapılan zorunluharcamalar;

Refakatçi, özel bakıcı ve özel beslenme giderleri; hastanın ve yakınlarının hastanelere, sağlık kurumlarına,doktor muayenehanelerine, fizik tedavi yerlerine ulaşım giderleri; hastanın başka bir şehirde veya yurt dışında tedavisi gerekiyorsa, kendisinin ve yakınlarının otomobil, otobüs, lokanta, ulaşım gibi barınma ve bes-

lenme giderleri; hekimlerce gerekli görülmesi durumunda kaplıca, ılıca, dağ veya deniz kıyısı gibi hava değişim yerlerine ödenen paralar , kaplıca tedavisi bu kapsamda değerlendirilecektir.

3. Tedavi sonrasında yapılması zorunlu dolaylıharcamalar

Hastaneden taburcu olduktan sonra bir süre evde bakılması gerekiyorsa buna ilişkin bakıcı veya yardımcı giderleri, bir süre özel beslenme gerekiyorsa buna ilişkin masraflar, tedavisi sonuçlanmasına karşın, bir süre toplu taşıma araçlarına binemeyecekse veya kendi otomobilini kullanamayacaksa, işe gidiş geliş taksi ücretlerinden, toplu taşıma ücretlerinin veya kendi aracının benzin paralarının indiriminden sonra aradaki farktan oluşan harcamalarda bu kapsamda değerlendirilecektir.

Hukuka aykırı bir olay sonucu yaralanan kişinin, hastaneden taburcu edilmesinden sonra, evdeki iyileşme sürecinde bir hasta-bakıcı veya aile bireyleri tarafından bakılması gerekiyorsa, tedavi giderleri kapsamında ayrı bir zarar türü olarak “bakıcı giderleri” adı altında sorumlulardan tazminatistenebilecektir.

Ancak yaşam boyu bakım giderleri istenebilmesi için, sağlık kurulu raporlarında kesinlikle kişinin “yaşam boyu başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu” konusunda bir açıklama bulunmalıdır.

Yaşam boyu başkasının bakımına muhtaç olduğu” açıklanan kişinin “bakım giderleri” olay tarihindeki yaşına göre (PMF-1931 Yaşam tablosuna göre) belirlenecek bakiye yaşam süresinin sonuna kadar hesaplanacaktır.

03.08.2013 gün 28727 sayılı RG’de yayınlanan Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği’nin “Başka birinin sürekli bakımına muhtaç olma halleri” başlıklı 12.maddesinde, yaşam boyu bakım gideri istenebilme koşulları belirtilmiştir.Yaşam boyu bakım giderleri istenebilmesi için, Sağlık Kurulu raporlarında kişinin “yaşam boyu başka birinin sürekli bakımına muhtaç olduğu” konusunda açıklama bulunmalıdır.

Yaşam boyu bakım giderleri “asgari ücretler üzerinden” hesaplanması gerekir.

4. İlerde yapılacak tedavi masrafları

İlerde yapılması zorunlu tedaviler ve henüz yapılamayan ameliyat masrafları, yaşam boyu kullanılacak ilaçlar, protez ve benzeri aygıtlar için yapılacak masraflar “gerçekleşmiş zarar” olarak kabul edilip, uzman bilirkişi aracılığıyla bütün bunların hesaplatılıp hüküm altına alınması; harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebileceği kabul edilmektedir.

- İleride yapılması zorunlu tedavi giderleri “gerçekleşmiş zarar” niteliğindedir. “Masraflar kavramının kapsamına, zarar görenin, beden bütünlüğünü eski haline getirmeye, yani iyileşmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik harcamak durumunda olduğu ve ileride harcaması olası bütün masraflar girer. İlerde yapılması zorunlu tedavi giderleri “gerçekleşmiş zarar” niteliğinde olup uzman bilirkişiye hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır.” (Y.3.HD 26.09.2013 T.2013/9944, 2013/13393E.K.)
- Tedavi sonrası kullanılması gereken protez gideri, fiyat belirleme ve temerrüt oluşumu

“Tazminat hukuku ilkeleri ve somut uyuşmazlığa konu protezin tedavi amacına yönelik olduğu dikkate alınarak, davacının ne zaman protez kullanmaya başlayacağı, değişim periyodunun ne olacağı, davacının yaşına, durumundan beklenebilecek aktivitelere en uygun ve kullanışlı protezin niteliğinin tespit edilmesi için davacının konusunda uzman bilirkişi heyetince bizzat muayene edilmesi sağlanmalı, uygun olduğu belirtilen protezin ortalama fiyatı belirlenerek tazminatın buna göre hesaplanması gerekirken en ileri teknoloji ürünü protez fiyatının belirlendiği rapor benimseyerek hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

Hükmedilen protez kol bedeli için de olay tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmıştır. İlke olarak, zarar, kaza tarihinde ya da gelişen durumun sona erdiği tarihte belirli ve istenebilir duruma gelmiş olduğundan, kazadan sonra davacının gelişen durumunun sona erdiği diğer anlatımla kalıcı protez kullanmaya başlayabileceği tarihin uzman bilirkişi raporu ile saptanması ve davacının dava konusu zararının harcama yapsın ya da yapmasın en erken doğduğu bu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekir” (Y.3.HD 24.09.2013 T 2013/11554, 2013/13257 E.K.)

- “Zarara uğrayan, yitirdiği sağlığını ve çalışma gücünü tekrar kazanmak için katlanmak zorunda kaldığı ya da kalacağı bütün giderleri isteyebilir. “ (4.HD.21.02.1980, 1979/2840-1980/2233(YKD.1981/4-430)
- “Mağdurun iki ameliyatla iyileşmemiş olması, üçüncü ameliyata gerek duyulması , bu süre içerisinde yeni ve artan masrafların yapılmasının olağan olması karşısında,davanımspatedilmediğigörüüşüilereddedilmesiisabetsizdir.Bunedenledirenme kararı bozulmalıdır.” (HGK. 26.04.1995 Tarih E.1995/11-122, K.1995/430)

bb. HESAPLAMA ŞEKLİ ;

Hesaplanma süresi;

- a) Ağır biçimde beden gücü kaybına uğrayıp, Sağlık Kurulu raporlarında “yaşam boyu başkasının bakımına muhtaç olduğu” açıklanan kişinin “bakım giderleri” olay tarihindeki yaşına göre PMF-1931 yaşam tablosuna göre belirlenecek bakiye yaşam süresinin sonuna kadar hesaplanır.
- b) Bakıma muhtaç kişinin, yılın bütün günleri (365 gün), günün bütün saatleri (24 saat) bakılacağı düşünülerek hesaplamaya pılmalıdır.

Parasal değerlendirme;

Ömür boyu bakıma muhtaç kişiye, gerçekte bir hastabakıcı yada bir hemşire bakmamakta; kişi çok zengin biri olup da evde yardımcıları ve hizmetçileri çalışıyor olsa dahi, gerçekte çoğu zaman bakım işi aile bireyleri tarafından yerine getirilmektedir. Bu görev aile bireyleri için ahlaki bir borç, kaçınılmaz bir yükümlülük olarak kabul edilse bile bu ağır yükün bedeli zarar sorumlularına ödetilmelidir. Yaşam boyu bakım giderlerinin “asgari ücretler üzerinden” hesaplanması gerekir. Bu değer ölçüsü ise, “asgari ücretlerin geçim indirimsiz net tutarları” (AGİSİZ) olmalıdır.

- “BK.m.46/1’de ifade edilen “bütün masraflar” deyimini çok kapsamlıdır. Burada,zarar görenin kurtulması, olay yerinden kaldırılması, ızdıraplarının dindirilmesi, sağlığının ve çalışma

gücünün geri gelmesi için yapılan ve yapılması gereken bütün giderler söz konusu olur. Bu zararlar örneğin, doktor, hemşire, hasta bakıcısı, iğneci için yapılan giderleri, muayene, tahlil ameliyat, röntgen, ortopedi, protez, fizik tedavisi, her türlü ilaç ve hastalığın gerektirdiği gıda parası, hastaneye ve doktora gidip gelme gibi bütün giderler zararın kapsamını oluşturur.” (Y.HGK 20.12.2006 T 2006/4-801 :2006/813)

- Tazminat hukuku ilkeleri ve talep edilen protezlerin tedavi amacına yönelik olduğu dikkate alınarak, küçük Hazal’ın ne zaman protez kullanmaya başlayacağı, değişim periyodunun ne olacağı, yaşına, durumundan beklenebilecek aktivitelerine en uygun ve kullanışlı protezin niteliğinin tespit edilmesi için küçüğün konusunda uzman bilirkişi heyetince bizzat muayene edilmesi sağlanmalı, uygun olduğu belirtilen protezin ortalama fiyatı belirlenerek tazminatın buna göre hesaplanması gerekirken bu hususta mahkemece bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. “(Y.3.HD.20.06.2017 T 2016/6220, 2017/10490E.K.)
- 6098 sayılı TBK’nun 54. maddesinde bedensel zararlar; tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak açıkça belirlenmiştir. Masraflar kavramının kapsamına , zarar görenin, beden bütünlüğünü eski haline getirmeye , yani iyileşmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik harcamak durumunda olduğu ve ileride harcaması olası bütün masraflar girer. (Y.3.HD 16.02.2017T2015/17638, 2017/1540 E.K.)
- Haksız eylem ve kaza sonucu yaralanan kişi, tümü ile iyileşip eski sağlığına kavuşuncaya kadar yaptığı ve ileride yapacağı tüm masrafları isteyebilir. Bunun tıbbi tedavi ile sınırlı bölümüne “tedavi giderleri” ve eski sağlığına kavuşup yeniden çalışmaya ve günlük işlerini sürdürebilecek duruma gelinceye kadar yaptığı ve yapacağı tüm masraflara “iyileşme giderleri” denilmektedir. Borçlar Kanunu 46.maddesi 1.fıkrasında, zarar görene , kapsamını belirtmeksizin “bütün masraflarını” isteme hakkı tanınmıştır.(6098 sayılı TBK’nun 54. maddesinde bedensel zararlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün

azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak açıkça belirlenmiştir.) Masraflar kavramının kapsamına, zarar görenin , beden bütünlüğünü eski haline getirmeye, yani iyileşmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik harcamak durumunda olduğu ve ileride harcaması olası bütün masraflar girer . İlerde yapılması zorunlu tedavi giderleri “gerçekleşmiş zarar” niteliğinde olup uzman bilirkişiye hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır.” (Y.3.HD 24.09.2013 T2013/11554,2013/13257E.K.)

C . GEÇİCİ İŞ GÖRMEZLİK NEDENİYLE İŞ VE KAZANÇ KAYBI

aa. Genel Olarak

Kişinin,bedensel yaralanma sonrası kalıcı sakatlık durumu söz konusu olmasa da , bir süre tedavi görmesi, iyileşinceye kadar çalışamaması ve bu yüzden tam olarak iş ve kazanç kaybına uğramış bulunması “geçici süreyle iş göremezlik” olarak kabul edilir. Uygulamada buna”mesleki işten kalma süresi” veya “çalışılmayansüre” de denilmektedir.

Geçici iş göremezlik süresi, yalnızca tıbbi tedavi süresi ile sınırlı değildir. Ayrıca iyileşme (yeniden çalışmaya başlama) süresinde söz konusudur ve bu süre tedavi süresinden daha uzun olabilir. Örneğin, hastaneden taburcu olduktan sonra, yeniden çalışmaya başlayana kadar bir süre daha evde istirahat gerekli görülebilir. İyileşme süresi, bedensel zarar görenin yaptığı işe, mesleğe ve bedensel zararın türüne göre farklılıklar arz edebilir.

Yaralanan kişi eğer sürekli olarak beden gücü kaybına uğramışsa, zarar süreleri ikiye ayrılmakta; tedavi, bakım ve iyileşme süresine “geçici -tam- iş görmezlik süresi” ve tedavi sonrası Sağlık Kurulu raporuyla belirlenen sürekli hale gelen güç kaybı oranına göre, yaşam süresince devam edecek olan “sürekli (tam veya kısmi) iş görmezlik süresi” dir.

İyileşme süresi, yapılan işe, mesleğe ve bedensel zararın türüne göre farklı olabilir. Bacağı kırılan bir kimse masa başı işler yapıyorsa onun iyileşme süresi hamal olarak çalışana göre tabii ki kısa olacaktır.

Geçici işgörmezlik tazminatı belirlenirken geçici işgörmezlik süresi içinde kişinin yoksun kaldığı gelirleri esas alınır.

- **İyileşme süresinde meslek icra edilemeyeceğinden geçici iş göremezlik süresince tazminat hesabı yapılmalıdır.**

“.....’nin 25.04.2011 tarihinde maruz kaldığı elektrik çarpması neticesinde vücudunda oluşan yaralanmalara ilişkin olarak Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu’nun 02.05.2014 tarihli raporunda fonksiyonel araz bırakmadan iyileşmiş olduğundan sürekli maluliyet tayinine mahal olmadığı, iyileşme sürecinin 25.04.2011 tarihinden itibaren 1 aya kadar uzayabileceği, bu süre zarfında ise mesleğini icra edemeyeceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Buna göre davacının dava konusu yaralanma olayı nedeniyle geçici iş göremezlik süresinin 1 ay olduğu ve bu dönemde çalışamayacak durumda olduğu Adli Tıp Kurumu raporu ile sabittir.

Buna göre, her ne kadar mahkemece davacıardan ...ın dava konusu olay nedeniyle kalıcı işgücü kaybına uğramadığından bahisle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiş ise de, davacının dava dilekçesinin istem (netice-i talep) bölümünde genel anlamda iş görmezlik tazminatı talebinde bulunduğu ve dosya kapsamında alınan Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu’nun 02.05.2014 tarihli raporuna göre de davacının geçici iş göremezlik süresinin 25.04.2011 tarihinden itibaren 1 aya kadar uzayabileceği, bu süre zarfında ise mesleğini icra edemeyeceği belirtilmiş olmakla, davacı’ın geçici iş göremezlik tazminatı talebi yönünden dosyanın alanında uzman hesap bilirkişisine tevdi edilerek alınacak rapor doğrultusunda değerlendirme yapılmalıdır.”(Y.3.HD 19.01.2016 T 2015/2808 , 2016/256 E.K.)

bb. Tedavi süresi

Tedavi süresinden anlaşılması gereken, yaralanan kişiye doğrudan bir sağlık kurumunda veya kurum dışındaki her türlü tıbbi elatmanın yapıldığı aşama ile bu aşama sonrasında tedavi olarak artık yapılacak bir iş kalmayıp tedavinin sona erdiği tarihe kadar geçen süredir.

cc. İyileşme süresi

Tedavinin sona ermesinden (tıbbi el atmaların tamamlanmasından) sonraki, kişinin bütünüyle sağlığına kavuşup, yeniden

işinin ve uğraşının başına geçebilecek, başkasının yardımı olmaksızın günlük işlerinin yapabilecek, çalışmaya, üretmeye ve kazanç elde etmeye başlayabilecek duruma gelinceye kadar geçecek süre "iyileşme süresi" dir.

Tazminat hukuku yönünden iyileşme süresi; Çalışan kişiler için "mesleki işten kalma" süresi; ev kadınları için "ev hizmetlerini yapamama" süresi; bir işi ve kazancı olmayanlar, yaşlılar, emekliler, çocuklar için "günlük işlerini yapamama" süresi,okula giden çocuklar için, iyileşme süresi uzun sürüyorsa "okula gide-meme ve bu yüzden okul bitirmede yıl kaybetme zararı" dır.

İyileşme süresi belirlenirken , kişinin iş, meslek ve yaşam koşulları ile mesleğine ve uğraşına göre ,çok kullanılan uzvunun yaralanmadan etkilenip etkilenmediği , işe alışma ve uyum sağlama sürecine ve benzeri koşullar dikkate alınarak iyileşme süreleri belirlenmelidir.

Beden gücü eksilen kişilerin bir işi ve kazançları olmasa bile, günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle "güç kaybından kaynaklanan tazminatı" isteyebilecekleri kabul olunur.

Bedensel zararlar nedeniyle kazanç kaybına dayalı tazminat hesaplarında, önce "geçici tam iş göremezlik süresi" hesaplanmalı; daha sonra, geçici tam iş göremezlik süresinin sona erdiği tarihten başlanarak, kişinin yaşam süresinin sonuna kadar(çalışanlarda aktif dönem-pasif dönem ayrımı da yapılarak) devam etmesi halinde beden gücü kayıp oranına göre "sürekli kısmi veya tam iş göremezlik" zararı hesaplanmalıdır.

dd.Çalışanlar yönünden

Bedensel zarara uğrayan kişi iyileşme süresince tedavi gördüğü süre için tam olarak çalışmamaktan dolayı kazanç kaybına uğrayabilir.

TBK 54. Maddesinde kazanç kaybı demiş ise de sadece elde edilen gelirden yoksunluk olarak dar yorumlanamaz. Günümüzde beden gücü eksilen kişinin gelirinde bir eksilme olmasa bile, aynı kazancı elde ederken yaşıtlarına ve aynı işi yapanlara göre daha fazla "güç-efor" harcayacak olması nedeniyle "güç (efor) kaybı tazminatı" isteme hakkı bulunduğunu kabul edilmektedir.

Yargıtay kazanç kaybında gelir kaybı kriteri yanında efor kaybı kriterini de esas almaktadır.

ee. Bir işi ve kazancı bulunmayanlar yönünden

Özellikle işi olmayanlar , emekliler gibi bedensel zarara uğrayan çalışmıyor ve kazanç elde etmiyor olsa bile, günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacaklarından, onların da tazminat isteme hakları bulunmaktadır. Sadece meslek sahipleri ve çalışıp kazanç elde etmekte olanlar değil, tedavi ve iyileşme süresince günlük işlerini yapamayanlar , bir süre okuluna gidemeyen ve bu yüzden yıl kaybına uğrayan öğrenciler de, çalışma yaşamına bir yıl geç atılacak olması nedeniyle gelecekteki kazanç kaybını tazminat olarak isteyebilecektir.

ff. Kendi ev hizmetlerini yapan ev kadınları

Ev kadınları bir işi ve kazancı olmayan kişiler olarak görülmezler. Tazminat hukukunda ev kadınlığı da bir meslek kabul edilir. Ev kadını yaralanmışsa, kendi ev hizmetlerini yaparken beden gücündeki eksilme oranında zorlanacağından, bu güç kaybının tazminat olarak ödeneceği kabul edilmiştir.

Kalıcı sakatlık söz konusu olmasa bile, yaralanma nedeniyle bir süre ev hizmetlerinin yerine getirilememesi de geçici iş görmezlik olarak değerlendirilecek ve bunun süresikadardır zarar hesabı yapılması gerekecektir. Ev hizmetleri yönünden tazminat hesabı yasal net asgari ücretler üzerinden yapılır.

gg. Küçük yaşta çocuklar

Beden gücü eksilen çocuk günlük yaşamını sürdürürken, okula giderken, geleceğini hazırlarken “yaşıtlarına oranla” sakatlığı nedeniyle daha fazla güç (efor) harcayacağı muhakkaktır.

Çocuk çok küçükse ve ilerde hangi mesleği seçeceği henüz belli değilse, bulunduğu yaştan başlayarak yaşam süresinin sonuna kadar asgari ücretler üzerinden “güç kaybı tazminatı” hesaplanmalıdır.

Çocuk bir meslek okulunda veya üniversitede okuyorsa , tazminat hesabı üç döneme ayrılarak yapılmalıdır.

Birinci dönem, beden gücü kaybına uğradığı günden okulunu bitirip çalışma yaşamına atılacağı yıla kadar geçen süre (okul öncesi ve okul dönemi) olacak; bu dönemin tazminatı asgari ücretler üzerinden hesaplanmalıdır.

İkinci dönem, okulunu bitirip çalışmaya ve kazanç elde etmeye başladığı günden

60 yaşına kadar geçecek olan “aktif dönem”dir. Bu dönemin tazminatı, ilgili meslek kuruluşundan veya ticaret odasından mesleğine göre sorulup belirlenecek ücretlerin, çalışmaya ve kazanç elde etmeye başlayacağı tarihteki ulaşan değeri üzerinden hesaplanacaktır.

Üçüncü dönem, 60 yaşından başlayarak yaşam süresinin sonuna kadar geçecek olan “pasif dönem” olup, bu dönemin güç kaybı tazminatı ilk döneminki gibi asgari ücretler üzerinden hesaplanacaktır. Şu farkla ki, pasif dönem tazminat hesabına esas kazanç, hüküm tarihine en yakın tarihte yürürlüğe girmiş olan asgari ücretin, pasif dönem başlangıcındaki ulaşım değeri kadar olacak; ancak önceki sürelerin toplamı üzerinden belirlenecek katsayı üzerinden pasif dönem tazminatı iskonto edilecektir. Eğer çocuğun sakatlık derecesi, onun yaşam boyu başkası tarafından sürekli bakımını gerektiriyorsa, beden gücünü kaybettiği günden yaşam süresinin sonuna kadar ayrıca ‘yasal asgari ücretlerin brüt tutarları üzerinden “bakım giderleri” hesaplanacaktır.

hh. Estetik zararlar

Kaza sonucu estetik zarara uğrayan, yüz ve bedeninde kalıcı izler olan kişinin mevcut meslek ve işini yapabilseler dahi aynı işi yapan diğer kişilere göre mesleğini yaparken, mesleğinde ilerlemekte zorluklarla karşılaşa bilir. Bazı meslek gruplarında bu durum daha ağır bir şekilde görülür. Örneğin geçimini mankenlik yaparak kazanan, TV spikeri olan kişinin yüzünde elinde oluşacak kalıcı iz mesleğini kaybetmesine sürekli olarak iş kaybına sebebiyet verecektir. Bu durumlar dikkate alınarak konusunda uzman bilirkişilere bu zararların nitelik ve mahiyetine göre hesaplatılacaktır.

II . Geçici iş göremezlikte “yardımcı kişi” giderleri

Bedensel yaralanma nedeniyle geçici iş göremezlik kaybına uğrayan kişiler, iyileşme ve mesleki işten kalma süresi içinde kendi işlerini başkalarına yaptırabilirler. Böylece yardımcı kişi kullanmış olurlar. Bu kişilere ücret ödenmiş olabileceği gibi, ücretsiz de çalıştırılmış olabilirler. Yardım karşılıksız yapılmı şbile olsa,yakınlar için bir yük ve bir ek külfet oluşturacaktır. Bu külfetin parasal olarak değerlendirilmesi gerekir.

gg. Geçici iş göremezlikte “Bakıcı giderleri”

Bedensel zararların ağır olduğu durumlarda tedavi ve iyileşme süresinde ihtiyaç duyulan “bakıcı” ile “yardımcı kişi” giderleri talep edilebilecektir.

Yardımcı kişi, bedensel zarara uğrayan ve bir süre çalışamayacak olan kişinin, kendi yapması gereken işleri, tedavisi tamamlanuncaya ve iyileşinceye kadar bir başka kişiye yaptırmasıdır. Yardımcıya ödenen ve zarar sorumlularından istenecek olan ücret “yardımcı kişi ücreti” dir.

Bakıcı ise ağır yaralanan ve evde özel bakıma gereksinimi olan kişiye iyileşinceye kadar bakan kişidir. Bakıcı, yakınlardan biri olsa dahi, sorumlulardan”bakıcı gideri” istenebilir. Geçici (tam) iş göremezlikteki “bakıcı” gereksinimi ile sürekli (tam) iş göremezlikteki “yaşam boyu bakım” gereksinimi arasında süre bakımından fark olsa da nitelikçe bir fark bulunmamaktadır.

Konuyla ilgili Yargıtay Kararları

- “Çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün gelir getirici şekilde kullanılması demektir. Burada asıl önem arz eden, kazanç kaybı veya azalması değil, kazanma gücünün kaybı veya azalmasıdır. Bu kayıp ve azalmadan doğan olumsuz ekonomik sonuçlar, zararı oluşturur (EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 9, İstanbul 2006, s.713).

Bununla birlikte, Yargıtay’ın yerleşik uygulaması gereğince; kişinin vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan beden gücü kayıplarının, gelirinde veya malvarlığında bir azalma mey-

dana gelmese dahi tazminatı gerektirdiği kabul edilmekte ve bu husus güç kaybı tazminatı olarak ifade edilmektedir. Bu durum, ilk bakışta sorumluluk hukukundaki zarar kavramına aykırı gibi görünse de, burada vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin aynı işi zarardan önceki durumu ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarf ederek yaptığı gerçeğinden hareket edilmekte ve zararı, fazladan sarf edilen bu gücün oluşturduğu kabul edilmektedir. Bunun gibi, çalışma yaşına gelmemiş küçükler yönünden de bedensel zarar sonucu oluşan maluliyet nedeni ile evde ya da dışarıda aileye yardımcı olma, eğitim alma, yeme, içme vb tüm yaşamsal faaliyetlerin sürdürülmesinde emsallerine göre sarfetmesi gereken fazla çaba veya güç (efor) bir ekonomik değer olarak görülmeli ve bu nedenle bir zarar oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Buna göre, mahkemece; davacı Anıl'ın sürekli çalışma gücünü yitirdiği 16.05.2005 tarihi ile öldüğü 04.06.2008 tarihi arasında zarara uğradığı kabul edilerek, asgari ücret üzerinden uğradığı güç kaybı tazminatının hesaplanması ve hüküm altına alınması gerekir." (Y 3 HD 20.06.2017 T.016/6772 ,2017/10511 E.K.)

- "Geçici iş göremezlik zararı, zararı görenin yaptığı iş ve gelir durumu itibariyle iyileşme süresinde elde edemediği kazançtan ibarettir.

Sürekli iş göremezlik zararı ise beden gücü kaybına uğrayan kişinin, zarar görmeden önce yapmakta olduğu iş için daha fazla bir güç (efor) harcaması nedeniyle doğan zarardır. Davacı herhangi bir iş yapmasa dahi, meydana gelen beden gücü kaybı nedeniyle günlük işlerini gerçekleştirmesi sırasında daha fazla güç harcayacağı açıktır." (Y.3.HD 23.01.2014 T. 2013/16314, 2014/836 E.K.)

D. Sürekli (kalıcı) iş göremezlik (tam/kısmi sakatlık) durumu

Beden bütünlüğü ihlal edilen kişi tedavi ve iyileşme süresi sonrasında tam olarak şifa bulamaya bilecektir. Bu ihlal nedeniyle iyileşme süresinin tamamlanmasına rağmen sürekli olarak tamamen veya kısmen çalışamaz duruma gelmişse, bundan doğan zararının tazminini de talep edebilir.

Çalışma gücü, kişinin beden ve fikir gücünün kazanç sağlama-
da kullanılmasıdır.

Beden gücü eksilen kişinin bir işi, mesleği, kazancı olmasa bile;
bu kimse bir çocuk veya emeklilik dönemini sürdüren yaşlı bir
kimse ya da kendi ev hizmetlerini yapan bir kadın olsa dahi, gün-
lük yaşamlarını sürdürürlerken, günlük mutad işlerini yaparlarken
tüm uzuvları tam ve sağlam olanlara göre sakatlıkları oranında
zorlanacak olmaları nedeniyle “güç (efor) kaybı tazminatı”
isteme hakları bulunduğu kabul edilmelidir. İş Hukukunda ve
Sosyal Güvenlik Yasası’nda “sürekli işgöremezlik” olarak adlandırılan
bedensel zararlara “kalıcı sakatlık” denildiği gibi, Yargıtay kararlarında
ve Adli Tıp Kurumu raporlarında “beden gücü kaybı” veya “çalışma gücü kaybı”
ya da “meslekte kazanma gücü kaybı” da denilmektedir.

Adli Tıpta, “sürekli” bedensel zararlar, iki ana bölüme ayrılmaktadır:
1- Organ (uzuv tatili) kaybı

2- Organ zayıflaması.

Sürekli iş göremezlik zararları, beden gücü kayıp oranlarına göre de ikiye ayrılır;

a. **Sürekli kısmi iş göremezlik,**

b. **Sürekli tam işgöremezlik,**

Sürekli kısmi iş göremezlik hali, organ kaybı veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün belli bir oranda azalması halidir.

Sürekli tam iş göremezlik hali ise organ kaybı veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün tamamen kaybı durumudur.

Bu durumlardaki kişilerden kısmi kayıp halinde olanlar çalışmasını sürdürebilir ise de, yaşlılarına ve aynı işi yapanlara göre (sakatlığı oranında) daha fazla güç ve çaba harcayacağından, kazançlarında bir azalma olmasa bile (sakatlığı oranında) tazminat isteme hakkı vardır. Yargıtay kararlarında bu “güç kaybı-efor kaybı” olarak adlandırılmaktadır.

Tazminat hesabının yapılabilmesi için zarar görenin muhtemel yaşam süresi ile bu yaşam süresinde hangi yaşa kadar çalışacağı (aktif yaşam süresi) ile bu çalışmaya başlayacağı yaşın bilinmesi gerekir.

Çalışma süresi hesaplanırken zarar görenin mesleği, sağlık durumu ve yaşı gibi somut verilerin dikkate alınması gerekmektedir.

Dairemiz uygulamasında aktif çalışmaya başlama süresi onsekiz, Çalışma süresi (Aktif devre) 60 yaşa kadar ,pasif devre 60 yaşından PMF -1931 Fransız Yaşam Tablosuna göre bulunacak olan bakiye ömür sonuna kadar olan devre kabul edilmektedir. (Yargıtay 10.HD ise TRH-2010 Kadın ve Erkek Hayat Tablosunu kullanmaktadır)

Bedensel zarar görenin gelirin bilinmeyen dönem için progressif rant yöntemi ile hesaplama yapılır.Pasif dönem hesabında AGİ'siz asgari ücret değerleri alınır.

Beden gücünün bütünüyle yitirilmesi durumu sürekli tam iş göremezlik hali durumudur. Bu durumdaki kişi artık çalışamayacak ve kazanç elde edemeyecektir. Bu nedenle tazminatı yüzde yüz oranı üzerinden hesaplanacak, başkasının yardımıyla yaşamını sürdürmesi zorunluluğu varsa, ayrıca tazminat tutarına bakıcı giderlerinin de eklenmesi gerekecektir.

Söz konusu maluliyet raporunun Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümlerinden bedensel zarar görenin şikayetleri dikkate alınarak yaralanmanın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan tüzük yada yönetmeliğe uygun olarak rapor alınmalıdır.

a. 11.10.2008 tarihine kadar olan yaralanmalarda "Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü",

b. 11.10.2008-01.09.2013 tarihleri arası olanlarda "Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği ",

c. 01.09.2013 tarihinden sonrakilerde ise "Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği " geçerli olup haksız fiil tarihinde geçerli olan mevzuat uygulanacaktır .

Adli Tıp Şube müdürlüklerinden alınan rapora somut itirazlar varsa veya alınan ikinci rapor ile ilk rapor arasında büyük bir fark varsa Üniversitelerin adli tıp bölümü öğretim üyelerinden oluşacak üçlü heyet yada Adli Tıp Kurumu Üçüncü ihtisas Kurulundan çelişkiyi giderecek rapor alınması uygun olacağı gibi gerekirse Adli Tıp Genel kurulundan kesin rapor alınması Yargıtay uygulamaları ile yerleşmiştir .

- Gerçek zarar miktarı; bedensel zarar görenin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluşmaktadır.
- Halen dairemizde bakiye ömrün tespiti için (önceleri sosyal güvenlik kurumlarının gelir bağlama işlemlerinde de uzun yıllar kullanılmış olan) PMF-1931 Fransız yaşam (mortalite) tablosu kullanılmaktadır.
- **Trafik kazalarından doğan bedensel zararlarda ;** Yeni Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sığortası Genel Şartları 01.06 .2015 tarihinde değişmiş ve Tazminat Hesaplama Esasları yeniden belirlenmiştir. Genel şartların yürürlük zamanı ise 1.madde ikinci fıkrasında “Bütün Genel Şartlar ekleriyle bir bütündür. Bu Genel Şartlar ve sigorta teminat limitleri kaza tarihi itibariyle uygulamaya esas alınır.” Şeklinde 01.06.2015 tarihinden sonraki trafik kazalarında geçerli olduğu belirtilmiştir. Tazminat Hesaplamalarında Uyulacak Esaslar yönünden cismani tazminat hesaplarında TRH 2010 yaşam tablosu esas alınması kabuledilmiştir.

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla “TRH 2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir.

Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır.

Bu durumda,tüm bedensel zararlarda ve destekten yoksun kalma durumlarının tamamında yeknesaklığın sağlanması bakımından ülkemize özgü ve güncel verileri içeren Yaşam Tablosunun oluşturularak bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınması verilerin daha gerçekçi olması nedeniyle hakkaniyete de uygun olacağını söyleyebiliriz.

- **Rapora itiraz edildiğinden üçlü aktüeryal bilirkişi heyetinden rapor alınmalıdır.**

“Davalılar vekili tarafından belirlenen maluliyet bedelinin fazla olarak hesaplandığı gerekçesiyle rapora itiraz edilmiştir.

Bu durumda, hükme esas alınan bilirkişi raporuna gerekçeleri de gözetilmek suretiyle itiraz olunduğundan HUMK.nun 283.md. (6100 sayılı HMK.nun 281.md.) itirazların mutlaka karşılanması gerektiği gözetilerek mahkemece, itirazları da değerlendirecek şekilde ayrıntılı, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli, konusunda uzman üçlü Aktüerya Hesabı Bilirkişi Kurulundan davacının uğradığı maluliyet bedelinin belirlenmesi için rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.”(Y.3.HD 19.02.2014 T2013/17811 , 2014/2511 E.K.)

• “Aktüerya raporunda aktif devre 65 yaşına kadar kabul edilerek asgari ücret üzerinden sürekli işgöremezlik zararı belirlendiği anlaşılmaktadır. **Yerleşik Yargıtay uygulamalarına göre 60 yaşına kadar aktif devre kabul edilmekte olup, 60 yaşını tamamladıktan sonra pasif devre zararı hesaplanması gerekirken** bu husus göz ardı edilerek düzenlenen rapora göre karar verilmesi de isabetli olmamıştır.” (Yargıtay 17. Hukuk dairesi 28.04.2015 Esas No:2015/1420 Karar No:2015/6155)

E. Tedavi giderlerinin kanıtlanması

TBK m.50 uyarınca zarar gören, zararının miktarını, kapsamını ve zarar verenin kusurunu ispat etmekte yükümlüdür.

6098 sayılı TBK.m.50./1 uyarınca , zararın gerçek tutarının kanıtlanamaması durumunda, hakim, 2. fıkra gereği bedensel zararın özelliğine, uygulanan tedavinin şekline ve iyileşme süresine göre zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla ve uzman bilirkişi aracılığı ile tutarını hesaplatmakla yükümlüdür.

Sağlık kuruluşlarında yapılan sağlık hizmeti harcamaları rahatlıkla fatura ve benzeri harcama belgeleri ile ispatlanabilir. Ancak belge temin edilmesi mümkün olmayan hallerde TBK 50/2 maddesi gereği Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Bu nedenle kişinin haksız eylemden zarar gördüğünün ve bedensel zarara uğradığının ispatlanması yeterli olup, ayrıca iyileşme harcamaları için fatura ve makbuz gibi belgeler bulup getirmesi şart değildir. Hiçbir belge sunulmasa bile, hakim, görevlendireceği uzman bilirkişilere tedavi ve tüm

iyileşme giderlerini hesaplatmakla ve hüküm altına almakla yükümlüdür. (HGK.26.04.1995, E. 1995/11-122 K.1995/430)

Sağlık harcamalarının belgelendirilmesindeki güçlükler nedeniyle Yargıtay uygulamalarında harcama belgesi (makbuz, fatura) aranmaksızın, tedavi (iyileştirme) giderleri için zarar görene kanıtlanma kolaylıkları getirilmiştir.

Tedavi giderlerinin belgeye bağlanması koşul değildir. Tedavi giderleri her biçimde, her yola başvuruyla kanıtlanabilir. Tedavi giderleri tarifelerle sınırlı değildir. Usul yasasındaki biçime bağlı koşullar dışında, kanıtlanma olanaklarının sınırsız olduğu durumlarda akla gelebilecek her yol denenebilir. Örneğin, tedaviyi yapan hekim ile hemşire, hastabakıcı, laborant gibi yardımcıları tanık olarak dinlenebilir.

Özel hastanelere ödenen tedavi giderleri, resmi tarifelerle sınırlandırılmaz.

Tedavi giderlerinin resmi bir kurum tarafından ödenmesi, ek zararın istenmesine engel değildir. Ayrıca İlerde yapılacak tedavi giderlerinin hesaplatılıp hüküm altına alınması istenebilir. Hakim 818 sayılı BK.42/2. maddesi ve 6098 sayılı TBK.50/2.maddesi çerçevesinde zararın kapsamını doğrudan araştırmakla yükümlüdür. Hiçbir belge sunulmasa bile, Hakim , görevlendireceği uzman bilirkişilere tedavi ve tüm iyileşme giderlerini hesaplatmakla ve hüküm altına almakla yükümlüdür. Sosyal Güvenlik Kurumlarının karşılanmayan "fark giderler" zarar verenden istenebilir. Resmi kurumlarda tedavi hakkını kullanmak istemeyen ve özel sağlık kuruluşlarında kendini daha güvencede gören kişinin sosyal durumuna uygun özel bir sağlık kuruluşunda tedavi görmesini olağan karşılamak gerekir. Yaşamsal tehlike geçiren ve ivedi hastaneye kaldırılan kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması vebu konuda seçim yapma hakkının engellenmesi sonucunu doğurur. Özel hastane faturalarında tedavinin zorunlu kıldığı sınırlar aşılmamalıdır. İlerde yapılması zorunlu tedavi giderleri "gerçekleşmiş zarar" niteliğinde olup, uzman bilirkişiyeye hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır. Yaşam boyu kullanılacak ilaç giderleri istenebilir. Zarara uğrayan, yitirdiği sağlığını ve çalışma gücünü tekrar kazanmak için katlanmak zorunda kaldığı

ya da kalacağı bütün giderleri isteyebilir. Henüz tedavi için harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebilir. Tedavinin sürmekte oluşu ve ileride de süreceğinin anlaşılması durumunda, yapılmış ve yapılacak tüm tedavi harcamaları uzman bilirkişiye hesaplatılıp hüküm altına alınmalıdır.

Ayrıca ek harcama niteliğinde olduğu kabul edilen ; Hastanın ve yakınlarının yol giderleri, hastane dışından alınan ilaç bedelleri, döner sermayeye veya yardım vakfına ödetilen paralar, tedavi görülen hastanede yapılamayan ve hasta yakınları tarafından ivedi yerine getirilen bir takım tahliller için ödenen ücretler, başka bir şehirden gelen (ana, baba, eş, çocuk gibi) hasta yakınlarının yol, barınma ve beslenme giderleri, bahşişler. Sosyal Güvenlik Kurumlarınca karşılanmayan "fark giderler", özel hastanelerin faturaları, tedavideki zorunluluğu aşmamalıdır.

YARGISAL KARARLAR

- "Davacı olay sebebiyle davacının yapmak zorunda olduğu/olacağı tedavi masraflarına ilişkin şimdilik 5.000 TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Buna göre, açıklanan tüm bu hususlar gözetildiğinde; mahkemece davacının tedavi giderleri konusunda (hastane, ilaç, doktor, ambulans ücreti gibi), hangi giderlerin resmi kurum tarafından, hangilerinin davacının bütçesinden karşılandığı hususunun, ilgili kurumlardan gerekli bilgi ve belgeler celp edilerek, gerekirse bu konuda uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle belirlenmesi ve hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, mahkemece eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus da bozmayı gerektirmiştir." (Y.3.HD 10.09.2018 T.2018/608, 2018/8208E.K.)

- Davacı, tedavi giderleri için belge ibraz etmese bile, uğradığı cismani zararın nitelik ve içeriğine göre (...) tedavi giderleri araştırılıp saptanmalıdır. (19.HD.18.10.1993 , 11827 -6752)

Tedavi giderleri için belge ibraz edilemeyen hallerde, yaraların tedavisi bakımından ne miktar bir gider yapılması gerektiği konusunda bilirkişi raporu alınmalı ve gerektiğinde B.K.nun 42.nci maddesi gözetilmelidir. (4.HD.30.5.1996, 4332 - 4798)

- Tedavi giderleri konusunda belge ibraz edilememesi halinde, yapılan giderlerin bilirkişi görüşü alınarak ve **takdire**n belirlenmesi mümkündür. Yerel mahkemece bu konuda bir araştırma yapılmadan talebin tümünden reddedilmesi hatalıdır.(4.HD. 21.11.2005, E.2004/16001 K.2005/12450).

Kural olarak, tedavi giderlerinin her tür kanıtla ispatlanması olanaklıdır. (19. HD. 18.10.1993, 11827-6752)

II. TAZMİNAT HESABI

A. Genel Olarak

Bedensel zararlardan kaynaklanan davalarda mahkeme, zarar gören davacının geçici ve sürekli iş görmezlik durumu ve oranı hakkında sağlık raporu aldıktan ve tarafların yaralanmanın oluşumunda ihlal ettiği kurallar çerçevesinde kusur oranları belirlendikten sonra konusunda uzman bir aktüer hesap bilirkişisine dosya tevdi edilerek zarar görenin talepleri kapsamında tazminat hesabı yapılacaktır.

Tazminatın uğranılan zarar kapsamına göre hesaplanabilmesi için hesap bilirkişisi tarafından bazı kriter ve unsurların bilinmesi gerekir.

1. Karar tarihine en yakın tarihlerdeki ölçütlerin kullanılması

Sorumluluk hukukunun temel amacı, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeler ile engel olunan aktif artışının aynen veya nakden gidererek zarar görenin zarar verici olay sonucunda malvarlığında eksilen veya artışına engel olunan değer yerine nitelik veya nicelik yönünden eş bir değer koymaktır.

Bu anlamda tazminatın gerçek zarar üzerinden belirlenmesi ve giderilmesi önem arz etmektedir. Cismani zarar halinde lazım gelen zarar ve ziyan başlıklı 818 sayılı BK 46. maddesinin 2. fıkrası (6098 sayılı TBK m. 75) gereğince gerçek zararın belirlenmesi bakımından karar tarihine en yakın tarihlerdeki ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Buna göre mahkemece çok önceden (bozma kararı öncesinde) alınan rapor olduğunda hüküm tarihine en

yakın tarihte davacının bilinen kazancını ve yine bilinen asgari ücret tutarını belirleyerek bu verilere göre bilirkişiden ek rapor alınması gerekebilecektir.

2. Çalışmaya başlama süresi ve muhtemel hayat Süresinin belirlenmesi

Bedensel zararın hesaplanmasında zarar görenin çalışma ve muhtemel yaşam süresi belirleyici unsurlardandır. Beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin kısmen veya tamamen çalışmaması nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiğinden, zarar gören tedavi ve iyileşme süresi sonunda çalışmaya başlayacağı sürenin, çalışıyorsa çalışmasının devam edeceği sürenin bilinmesi gerekmektedir. Aktif dönem dediğimiz çalışma dönemi için AGİ dahil net asgari ücret değeri esas alınır. Pasif dönemde (emeklilik dönemi) ise AGİ siz asgari ücret değeri alınarak hesaplamayapılmalıdır.

Zarar görenin ne kadar süre çalışacağı maddi zararın hesaplanması bakımından önem arz etmektedir. Çalışma süresi hesaplanırken zarar görenin mesleği, sağlık durumu ve yaşı gibi somut verilerin dikkate alınması gerekmektedir.

Dairemiz uygulamasında çalışmaya başlama süresi 18 olarak alınmaktadır. Ancak hiçbir işi olmayanlar ve yaşlı kişiler günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanıyorsa, daha fazla güç (efor) harcıyorlarsa, küçük çocukların da günlük yaşamlarını sürdürürlerken, özellikle okullarına gidip gelirlerken, sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları, diğer kişilere göre daha fazla güç (efor) harcamaları nedeniyle, onların tazminatı da, 18 yaşından değil, kaza geçirdikleri tarihteki yaşlarından başlayarak, yaşam sürelerinin sonuna kadar hesaplanmalıdır.

Dairemizdeki uygulamada ; PMF-1931 Fransız yaşam (mortalite)tablosu kullanılmakta, yaşam süreleri bu tabloya göre belirlenmektedir.

3. Zarar görenin geliri

Tazminatın hesaplanmasında bilinmesi gereken kriterlerden biri de zarar görenin geliridir. Zarar gören asgari ücretin üzerinde

bir gelir elde ettiğini ispatlayamadığı sürece geliri tazminat hesap raporunun hazırlandığı tarih itibarı ile geçerli asgari ücret olacaktır.

Yargıtay kararlarıyla;

- a) Maddi tazminat hesapları yapılırken, en son bilinen ücret unsurlarının hesaplamada gözetilmesi gerektiğinden, hüküm gününe en yakın güne kadar yürürlüğe giren tüm asgari ücretlerin uygulanması gerekir. Daha önce bir veya birkaç hesap raporu verilmiş olsa bile, dava bitinceye kadar yürürlüğe giren asgari ücretler için yeniden ek rapor alınması zorunludur.
- b) Asgari ücret, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davanın her aşamasında uygulanması zorunludur. Bozmadan sonra dahi asgari ücretlerde artış olmuşsa, yeniden tazminat hesabı yapılması gerekir.
- c) Hakim, bir istek olmasa dahi, yargılamanın her aşamasında asgari ücret artışlarını doğrudan dikkate almakla yükümlüdür.
- d) Davacı, bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olsa dahi, sonradan yürürlüğe giren asgari ücretlerin uygulanması kamu düzeni gereği ve zorunlu olduğundan, davalı yararına usuli kazanılmış hak oluşmaz.
- e) Hüküm verilinceye kadar yürürlüğe giren yeni asgari ücretlerin uygulanması zorunluluğu nedeniyle, istemle bağlılık ve kazanılmış hak ilkeleri uygulanmaz.
- f) Bozma kararından sonra asgari ücretlerde bir artış olmuşsa, bu artışların da hesaplamada göz önünde tutulması gerekir; ancak, davacının temyiz başvurusu yoksa, oluşan usuli kazanılmış hak ilkesi dikkate alınarak yeniden hesaplanacak tazminat tutarı önceki davadaki miktarı geçemeyecektir.

Zarar gören, zarar tarihinde asgari ücret üzerinde bir gelirin olduğunu iddia ettiğinde bunu ispat etmek durumundadır. Böyle bir iddia olduğunda hakim sunulan deliller ile birlikte zarar gören bir iş yerinde çalışıyorsa maaş bordrosunu getirtmeli, belirli bir işyerinde çalışmaksızın serbest bir meslek icra ettiği iddia ediliyorsa kayıtlı olunan meslek odasından araştırma yapılmalı, vergi kayıtları, ekonomik sosyal durum araştırması ve tanık be-

yanları ile asgari ücretin üzerinde gelir elde edildiğinin ispatına imkan sağlanmalıdır. Sadece beyana dayanan ekonomik ve sosyal durum araştırması kişinin gelirini belirlemede yeterli görülmez.

Belge sunamaması durumunda geliri tazminat hesap tarihinde ki asgari ücret kişinin geliri olarak kabul edilecektir.

III. TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEPLERİ

a) Hatır Taşınması (Trafik kazalarından doğan tazminatlar için)

Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda TBK'nun 51. (818 Sayılı BK. 43) maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Bu nedenle taşımanın hatır için olup olmadığı, tarafların yakınlığı, varsa hatır için taşımanın kimin arzusu ve ne amaçla yapıldığı, olayın özel şartlarının göz önüne alınarak TBK'nun 51. maddesi uyarınca, olayda hakkaniyet indirimi yapıp yapılmayacağı, hangi nedenle ne oranda yapılacağı hususunda taraf delilleri tartışılıp değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Hatır taşınması indiriminden zarar görenin taşındığı yani yolcu olduğu aracın sürücüsü, işleteni ve ZMSS yararlanır. Kazaya karışan diğer araç sürücüsü, işleteni ve ZMSS faydalanamaz.

b) Müterafık Kusur

Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi hükmüne göre zarara uğrayan, zarar doğuran eyleme razı olmuş veya kendisinin sebep olduğu hal ve şartlar zararın meydana gelmesini kolaylaştırıp artmasına etki yapmış veya tazminat sorumlusunun durumunu diğer bir surette ağırlaştırmış ise, hakim, tazminat miktarını hafifletebilir. Örneğin davacının kafa bölgesinde oluşan yaralanmalarında motosiklete kasksız olarak binmesi, sürücünün sarhoş olduğunu bile binilmesi, elektrik direğindeki tehlikeyi belirtir tüm uyarıcı yazı ve işaretlere rağmen direğe tırmanılması, halleri Yargıtay uygulamalarında müterafık kusur kabul edilmektedir.

c) Zarar görene yapılan ödeme

Zarar görene yapılan ödemeleri davadan önce yapılan ödemeler ve dava açıldıktan sonra yapılan ödemeler şeklinde ikiye ayırarak incelenmelidir.

1. Dava tarihinden önce zarar görene bir ödeme yapıldığı belgesi ile ispatlanmış ise ödeme tarihi itibarıyla yapılan ödemenin yeterli yada yetersiz olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun için ödeme tarihindeki veriler (asgari ücret vs gibi) dikkate alınarak yapılacak hesaplama sonucu bulunacak tutar ile ödeme miktarının karşılaştırılarak, ödemenin yeterli bulunması halinde, bir başka anlatımla ödemenin yapıldığı tarih itibarı ile geçerli verilere göre hesaplanan tazminatı yapılan ödeme tamamen karşılıyorsa zarar görenin zararı karşılanmış borç ibra edilmiş sayılır ve ibra nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir .

Şayet ödemenin yetersiz olduğu anlaşılırsa bu kez karar tarihine en yakın veriler dikkate alınarak tazminat hesaplanmalı ve zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince davalı tarafından yapılan ödemeye hesaplama yapıldığı tarihe kadar geçen süre için yasal faiz uygulanarak, hesaplanan tutardan mahsup edilmeli ve kalan miktar tazminat olarak hüküm altına alınmalıdır.

2-Ödemeler dava açıldıktan sonra yapılmış ise o zaman sadece hesaplanan tazminat miktarından ödenen miktar mahsup edilir. Bu durumda önceden yapılan ödemeler için bir güncelleme yapılmaz.

Ödemenin müteselsil sorumlulardan birisi tarafından yapılmış olması halinde ; Müteselsil borçlulardan birinin zarar görene ödeme yapması durumunda diğer borçlulara etkisi TBK 166. Maddesinde "Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur. Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler. Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır." Şeklinde düzenlenmiştir.

TBK 168. Maddesinde “Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur. Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.”Şeklinde düzenlemesi ile müteselsil borçlulardan her biri borcu ödemediği miktarda alacaklının haklarına halef olur ve bu oranda diğer müteselsil borçlulara kusurları oranda rücu edebilir. Ancak alacaklı müteselsil borçlulardan biri ile yaptığı sözleşme ile diğer borçluların durumunu ağırlaştırırsa, bir başka anlatımla diğer borçluların zararına anlaşma yaparsa alacaklı bunun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Yasa koyucunun müteselsil borçlular arasındaki bu durumu TBK 165. Maddesinde “Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz.” Şeklinde vurgulamıştır.

Ödeme ve feragatin müteselsil borçlular etkisi kısaca ;

- a) Müteselsil borçlulardan biri borcu ödemediği miktarda diğer müteselsil borçluları ödeme miktarı kadar borçtan kurtarır.
- b) Müteselsil borçlulardan biri kendi kusuruna isabet eden miktardan fazla bir ödeme yapmış ise rücu hakkına sahip olmak kaydı ile diğer kusur sorumlularına kusurları oranında rücu edebilir. Çünkü fazla ödemesi ile alacaklıya halef olur.
- c) Alacaklı müteselsil borçlulardan biri ile diğer müteselsil borçluları zarara uğratacak anlaşma yapmış ise bunun sonuçlarına katlanacaktır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğer rücu hakkına sahip müteselsil sorumlular yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalıları da sorumluluktan kurtulmuş olur.

SONUÇ OLARAK ;

Tazminat miktarı, uğranılan bedensel zarara göre hesaplanmasında bakiye ömür süresi yaralanma tarihindeki yaş dikkate alınarak PMF-1931 yaşam tablosuna göre, belirlenerek hesaplama yapılacaktır. Örneğin kişi yaralandığında 30 yaşında ise muhtemel hayat süresi 37 yıl 6 ay 3 gün yani yaklaşık 38 yıldır. TRH-2010’a

göre ise erkeklerde 44,45 kadınlarda ise 49.00 dur. Bu nedenle günümüzdeki sağlık imkan ve koşullarına göre insan ömrü uzamış olup PMF-1931 yaşam tablosunun verileri Türk toplumuna göre tespiti yapılan TRH-2010 'a göre daha düşük olup hesaplamalar sonucu ulaşılan rakamlar gerçek olgulardan uzak hale gelmektedir. Bu nedenle bedensel zarar hesaplamalarının tümünde Türk toplum yapısının gerçeklerine uygun olarak düzenlenen bir yaşam tablosu Yargıtay uygulamalarında temel alınarak değişikliğe gidilmesinin zarar gideriminin de adalet ve hakkaniyet ilkelerinin gerçekleştirilmesi açısından faydalı olacağı düşünülmelidir.

Tazminat hesabının yapılabilmesi için bedensel zarar görenin geliri de bilinmelidir. Zarar gören asgari ücret üzerinde bir gelir elde ettiğini ispat edemez ise pasif döneme kadar aktif dönemde asgari geçim indirimli net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Pasif dönem ise yani 60 yaşından sonraki hesaplama ise AGI siz net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Ev kadınları, henüz çalışamayan küçük çocukların performans zararlarının hesaplanmasında AGI siz net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Davacının muhtemel hayat süresine göre bilinen dönem için net asgari ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır. Bilinmeyen dönem yani rapor tarihinden sonra ki dönem ise bilinen dönemin en son esas alınan geliri (net asgari ücret) üzerinden %10 artırma ve %10 eksiltme yapılarak bilinmeyen dönem tazminatı belirlenecektir.

Bedensel zarar görenin muhtemel hayat süresine göre zararı belirlendikten sonra kişinin maluliyet oranı kısmi ise buna göre zararı belirlenecektir.

Zarar belirlendikten sonra zarar görenin kusuru varsa kusur oranında tazminattan indirim yapılır.

Dava açılmadan önce davacıya bir ödeme yapılmış ise güncellenmiş değeri, dava açıldıktan sonra yapılan ödeme ise yapılan ödeme miktarı kadar kusur indirimi, ardından hatır ve müterafık kusur indirimi yapıldıktan sonra hesaplanan zarardan ödemeler indirilerek davacının talep edebileceği tazminat belirlenmiş olacaktır.

Nilgün TAŞ

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Öncelikle tüm katılımcıları saygıyla selamlıyorum, avukatlar gününü ben de kutluyorum.

4. Hukuk Dairesi haksız eylemden kaynaklanan tazminatlar konusunda verilen kararların temyiz incelemesini yapmaktadır. Arkadaşım giriş yaptı, Türk Borçlar Kanununda ve 01.07.2012 öncesi uygulanan 818 sayılı Borçlar Kanununda, bedensel zarara uğrayan kişilerin ölüm halinde, ölenin desteğinden yararlanan kişilerin hangi konularda, hangi türden tazminat isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Yaralanma hali ayrı, ölüm hali ayrı. Yaralanma halinde, istenebilecek zarar türleri, tazminat nedenleri şunlar: Geçici iş görmezlik halindeki kazanç kaybı, yani iyileşme süresince uğradığı kazanç kaybı veya haksız fiil sonrası beden gücü oranında bir eksilme veya tümüyle yitilmesi halinde yaşamı süresince isteyebileceği tazminat konusu. Ayrıca iyileşmesi sürecince yaptığı bütün masraflar, bir de haksız fiil sonucunda beden gücü eksikliklerinin yanında vücutta birtakım izler kalabilmekte. Estetik yönden birtakım sakıncalar doğmakta. Bununla ilgili de ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanan zararları nedeniyle tazminat istenebilmekte.

Şimdi geçmişte 1980'li yıllara kadar tazminat isteminde temel alınan nokta şuydu. Malvarlığında eksilme, kazançta kayıp. Ancak 80'li yıllardan sonra bu anlayış terk edilmiş, malvarlığında eksilme veya kazançta kayıp olmasa bile, kişinin uğradığı bu haksız fiil sonucu beden gücünde meydana gelen eksilme oranında kazanma gücünde bir kayıp olduğu varsayılarak, her ne kadar sonradan çalışsa aynı kazancı elde etse bile, daha fazla güç sarf edeceği, efor sarf edeceği kabul edilerek, bu fazla güç sarf etmesinden kaynaklanan beden gücü kayıp oranındaki tazminata

hak kazandığı kabul edilmekte ve tüm Yargıtay dairelerinde de bu efor kaybı nedeniyle tazminat verileceği kabul edilmektedir.

Şimdi bu durumda, yaralanan kişi tazminat istediği zaman, öncelikle esas alacağımız şeyler nelerdir? Olay tarihindeki durumu, yaralanan kişinin olay tarihindeki yaşı. Küçük çocuk ise, bu çocuğun ileride 18 yaşından sonra çalışmaya başlayacağı ve çalıştığı zaman daha fazla güç kaybı nedeniyle efor sar edeceği esas alınarak, 18 yaşından itibaren 60 yaşına kadar tüm hesaplamalar genelde öyle aktif dönemi, 60 yaş üzeri ise pasif dönemi tazminat hesabında esas alınır. Aktif dönem dediğim gibi ileride yapacağı meslek gözetilerek, o belliyse ona göre, değilse asgari ücret üzerinden. Pasif dönem her zaman asgari ücret üzerinden hesaplanır. Ev hanımları yönünden veya emekliler yönünden de, çalışmasalar bile ev işlerine katkısı dikkate alındığında, bunların bir mali yönden de katkıda buldukları, yani hizmetin karşılığının da maddi olduğu düşünülüp ve tazminat hesabı yapılır.

Genelde tedavi giderleri yönünden özellikle haksız fiile uğrayan kişilerin tedavi esnasında belge toplamaları beklenemez. Bir yaralanma var ve tedavi edildiği sabittir. Bu durumda ve hâkimler bütün dosyadaki delilleri toplayıp, sonuçta yaralanmayı gördü, hastane evraklarını gördü, fatura ibraz edilemiyorsa hekim bilirkişiden böyle bir yaralanma nedeniyle ne kadar tedavi gideri yapılmıştır diye rapor alır. Sonuçta sorumlulara ve sorumluluk nedenlerini de tespit ederek, olayda kusur durumları da gözetilerek bir tazminata hükmedilir.

Bedensel zararlar dediğim gibi yaralanmalar şeklinde olabileceği gibi, ölüm şeklinde de olabilir. Ölüm nedeniyle istenebilecek tazminatlar ise, ölenin desteğinden yararlananların isteyebilecekleri veya ileride yararlanma ihtimali yüksek olan kişilerin isteyebileceği destekten yoksun kalma tazminatları, cenaze ve defin gideri.

Şimdi bu konuda özellikle dün Sayın Başkanım Mesut Beyin söylediği bir içtihadı birleştirme kararı var. Anne babaya çocuğun ölümü halinde, çocuğun destek olacağı karine olarak kabul edilir şeklinde bir içtihadı birleştirme çıktı. Çünkü bizim 3, 4, 17, 11.hukuk dairelerinin kabulünde, anne baba bunu ispatla yükümlü değil. İleride çocuk ölüm tarihi itibariyle gerçek destek gerçek-

leşme bile, ileride anne babaya destek olma ihtimali yüksek görülmekte. Bunu biz o nedenle karine olarak kabul ediyorduk. Zaten içtihadı birleştirme öyle çıktı. Çünkü farazi destek kavramını kabul ediyoruz. Ölüm tarihi itibarıyla desteğin gerçekleşmesini koşul olarak aramıyoruz. Destek olma, devamlı düzenli olabilme ihtimalinin yüksekliği bizim kabul ettiğimiz husus.

Destek tazminatlarında da, olay tarihinde ölenin yaşı, onun PMF tablosu, bizim de esas aldığımız yaşam tablosu, muhtemel yaşama süresi, bu arada ondan destek alacak kişilerin eşinin çocuklarının bakım ihtiyaç süresi, yani eşte yaşam boyu ya da evlenene kadar olabiliyor. Çocuklarda ise, erkek çocuklarda 18 yaşına kadar, eğer ortaöğretimde iseler 20 yaşına, yükseköğretimde iseler 25 yaşına kadar destek hesabı yapılmakta. Kız çocuklarında ortaöğretimde olsalar bile 20 yaşına kadar, yüksek öğretimde 25 yaşına kadar. Ancak kız çocuklarıyla ilgili özel bir durum var, hiç evlenmemiş çalışmayan, anne babasıyla yaşayan bir kız çocuğu varsa, onun da bu evlenme şansı tablolarından yararlanarak bir miktar destek tazminatı hesabı yapılmaktadır.

Tedavi giderlerine tekrar dönüş yapıyorum. Tedavi giderlerinde, özellikle biz şunu dikkate alıyoruz, resmi tarifelerle sınırlandırmıyoruz. Yani sen niye özel hastaneye gittin, devlet hastanesine gitseydin bu kadar masraf yapardın diye bir kabulümüz yok. Dediğim gibi belgeyle sınırlandırmıyoruz. Yapılmış veya ileride bu eylem nedeniyle yapılması zorunlu tüm masrafları isteyebileceğini kabul ediyoruz. Yaralanma halinde beden gücü kaybına uğrayan kişinin veya ölüm halinde desteğin, olay tarihindeki geliri. İşi kazancı olmayan kişi ise, asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmakta, ama çalışan kişi ise ilgili meslek kuruluşundan geliri sorulmakta. Gelir bildirilmez ise, gerçek kazancı üzerinden, yani örneğin özel sektörde çalışanların hiçbir zaman gerçek kazancı bordrolara yansıtılmıyor. Biz kamu düzenine, ahlaka aykırı olmamak kaydıyla gerçek kazanç araştırması öngörüyoruz. Buna göre hesap rapor tarihine kadar ki, o da mahkemenin karar tarihine en yakın tarih olması esasımızdır. Bütün bilinen durumları dikkate alıyoruz. Burada yaralanan kişinin beden gücü kayıp oranı, karşı tarafın eylemdeki kusur oranı, sorumluluk derecesi dikkate alınarak ona göre bir hesaplama yapılıyor.

Destek tazminatlarında şu önemli: Ölenin davacı olan kişiye ayıracağı pay. Anne babaysa tek çocuksa pay farklı olacaktır, beş çocuğu varsa beşinin ona vereceği oran değişebilecektir. Destek payı önem arz ediyor destek tazminatlarında. Tazminat istemlerinde zamanaşımı konusu ise, zararı ve sorulmasını öğrendiği tarihten itibaren 818 sayılı Borçlar Kanununda bir yıl ve her durumda olay tarihinden 10 yıl, eylem suç teşkil ediyorsa ceza davası açılması koşul değil, ceza zamanaşımı uygulanmaktaydı. Türk Borçlar Kanununda bu bir yıllık süre iki yıl oldu, aynı şekilde eylem suç teşkil ediyorsa ceza zamanaşımı olay tarihinden itibaren 10 yıl.

Zamanaşımının başlangıcıyla ilgili, şimdi geçici alınan raporlar veya kontrol kaydıyla taburcu olma durumlarında bu raporları dikkate almıyoruz. Beden gücü kaybının eksikliği sabitlenmiş, tedavi sonuçlanmış ve sağlık kurulu tarafından beden gücü kayıp oranı kesin olarak tespit edilmiş ve kişi bunu öğrenmişse, sorumlusunu da aynı zamanda öğrenmişse, bu tarihten başlatıyoruz biz zamanaşımını.

Şimdi bir de Yargıtay uygulamalarında daha çok, daha önceden yapılan ödemeler olur. Sorumlu bir miktar ödeme yapar ve dava açıldığında çok daha fazla miktar hesaplanabilir. Şimdi biz mahsubu şöyle yapıyoruz. Ödeme tarihiyle, bu hesap rapor tarihine kadar geçen sürede ödenen miktar ve o ödenen miktarın yasal faizi toplamını gözetiyoruz. Onu en son kusura ve bütün indirim nedenleri gözetilerek hesaplanmış tazminat miktarından düşüyoruz. O şekilde bir tazminat hesabımız var.

Davacı tarafın bölüşük kusuru, kasıtlı eylemde, tahrik de bir kusurdur, bunları dikkate alıyoruz. Ceza mahkemesinin maddi vakıa tespit eden kararları bizi bağlar. Mahkumiyet, eylemin olmaması, kusurun olmaması. Ancak zararın miktarı veya kusurun ağırlık derecesi için hukuk mahkemesi, ceza mahkemesinin hâkiminin kararıyla bağlı değildir.

Şimdi daire kararlarından birtakım örnekler vereceğim sizlere. Destek, desteğin ölüm tarihinden başlar, yardım alanın bakım ihtiyacıyla desteğin bakım gücünden hangisi önce biterse, o tarihte sona erer. Yani desteğin yaşam süresi veya destekten yoksun kalma tazminatı isteyen kişinin durumu. Diyelim ki, erkek çocuk 25

yaşını yüksek öğretimdeydi doldurdu. Desteğin yaşam tarihine de bakılıyor. Önce onunki bittiyse, bakım ihtiyacı bittiyse o veya desteğin muhtemel yaşam süresi sonu daha önce bitmekteyse o dikkate alınacaktır.

Mahsup işlemini söyledik. Nikâhsız eşle ilgili bir karar var. Destekten yoksun kalma tazminatında hukuki bir ilişki önemli değil, eylemli durum önemli. Şimdi bir davada dairenin bir kararı var 2009/14285 Esas sayılı. Buradaki davacı, destekle karı koca hayatı yaşayıp, üç tane çocuğu olan kadın. Ama yalnız bu arada desteğin resmi nikâhlı başka bir eşi yok. Bu durumda nüfus kaydına da bakılarak, karı koca hayatı yaşadıkları, artık üç tane çocukları olduğu ve destek olayının gerçekleştiği anlaşıldığından, ayrıca başka bir resmi nikâhlı eşi de olmadığı gözetilerek destek tazminatı verilmesi gerektiği konusunda karar verilmiş. Yine destek tazminatı hesaplanırken, ölen kişinin beden ve beyin gücüyle yaptığı katkı. Yani bir işletmesi vardır, şirketi vardır, gayrimenkullerinden kira geliri elde ediyordur bunlar değil. Kendisinin kişisel olarak beden ve beyin gücüyle kattığı katkı verdiği destek esas alınır. Buna dair de kararlar var.

Sağ kalan eş yönünden destek tazminatı hesaplanırken, evlenme şansı indirimi yapılması gerekir. Bu da hesap rapor tarihine kadar bakılır. Olay tarihi itibarıyla kadın genç, üç tane de küçük 18 yaşından küçük çocuğu var. Hesap rapor tarihine kadar da evlenmemiş. Bu durumda evlenme şansı oranının hiç olmayacağı veya çok düşük olacağı düşünülebilir.

Bir başka dosyada yine daire kararı var. Şimdi davacılarından bir tanesi ölenin çocuğu. Destek tazminatı istemiş. Mahkeme hesaplarırken yüksek bir destek payı gözeterek tazminata hükmetmiş. Daire dedi ki, sen bu ölenin nüfus kaydını getir, bunun anne babası da olduğu söyleniyor. Anne baba olduğu durumlarda, destek payı ona da bir miktar ayrılacağı için, bunu da gözetirsin, sen buna bu kadar yüksek oranda veremezsin diye bozma yaptı. Biz resen bu konulara girebiliyoruz. Çünkü taraf gündeme getiriyor, bunun anne babası da sağ, şimdi açmadı ileride açabilir, destek payında neden gözetilmedi dediğinde nüfus kaydından görüyorsak bunu söyleyebiliyoruz.

Yine pasif dönem için asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmasıyla ilgili şeyimiz. Şimdi emekli kişi, evet çalışmıyor emekli maaşıyla geçiniyor. Ancak ailesiyle ilgili yapılacak işlerde, örneğin fatura yatırabilir, çarşı pazara gidip file taşıyabilir. Aracı vardır, eşini aracıyla şoförlüğünü yaparak gezdirebilir veya hastalık halinde eşine bakabilir. Bu durumda pasif dönem için de asgari ücret üzerinden beden gücü kaybı nedeniyle tazminat veya destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanması gerektiğini söylemekteyiz.

Şimdi hesaplamalarda genel olarak süreklilik arz etmeyen gelirler. Yani nedir? Çalışan kişi yılda bir ikramiye alıyor veya fiilen çalıştığında ona ek ödemeler yapılıyor. Bunlar değil, devamlılık ve süreklilik arz eden ödemeler tazminat hesabında esas alınır.

Beden gücü kaybı zararıyla ilgili tazminat hesaplamaları, geçici iş göremezlik sonundan başlar; çünkü biz o dönemde geçici iş göremezlik süresince, yani iyileşme süresince yüzde 100 üzerinden bir hesaplama yapılır. Kalan süre için, o geçici iş göremezlik süresi bittikten sonra, yani adli tıp raporlarında genelde iyileşme süresi 18 aya kadar uzayabilir, beden gücü kayıp oranı yüzde 32 dedi. O 18 olay tarihinden itibaren 18 ay sonrasında beden gücü kayıp tazminatı yapılır. Fakat o 18 ay için yüzde 100 hesaplama yapılır.

Örneğin ilginç bir karar var. Üniversite öğrencisi trafik kazasında yaralandı. Bu olay nedeniyle okuluma bir dönem gidemedim, fazladan harç ve okul gideri yatırdım dedi tazminat istedi. Evet, bu eylem nedeniyle gidemediğini tespit ettik. Buna ilişkin zararlarını da hükmet diye bozma yaptığımız kararlar var.

Benim anlatacaklarım bu kadar, teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Mete DUMAN (Oturum Başkanı)- Bu güzel sunumundan dolayı Saygıdeğer 4.Hukuk Dairesi Üyesi Nilgün Hanıma çok teşekkür ediyorum.

Şimdi de sözü, özellikle sigorta hukuku açısından inceleme ve araştırma yapıp karar veren 17.Hukuk Dairesi Üyesi Kadri Özerdoğan'a söz veriyorum. Buyurun Kadri Bey.

Kadri ÖZERDOĞAN

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi

Sayın katılımcılar hoş geldiniz, avukatlar gününü öncelikle kutlarım, saygılar sunarım. Ben Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Üyesi Kadri Özerdoğan. Bu oturumda bedensel zararların hesaplanması ilkelerinden söz edeceğim. Gerçi benden önceki konuşmacı arkadaşlar konuyu ayrıntıyla çok güzel bir şekilde izah ettiler. Ben birazcık onların ezikliği altında kalabilirim.

Bizim daire olarak trafik sigortalarıyla ilgili olarak bedensel zararlar, trafik kazalarından kaynaklanan bedensel zararlarla ilgili uygulamamız olmaktadır. 01.06.2015 tarihinde trafik sigortası genel şartları yeni şartlar yürürlüğe girdi. Fakat bizim daire olarak henüz bu konuda bir uygulamamız olmadı. Destekle ilgili olarak birkaç tane kararımız çıktı. Cismani zararla ilgili olarak çıkmadı. Fakat cismani zararla ilgili olarak genel şartların uygulanma tarihi olan 01.06.2015 mi, yoksa kanun değişikliğinin tarihini mi baz alacağız konusunda yeni bir görüş olmaya başladı.

Destekten yoksun kalma tazminatında, biz 01.06.2015 tarihini nazara aldık. Fakat bu bedensel zararla ilgili olarak uygulamamız ise, sanırım Karayolları Trafik Sigortası Kanunundaki değişiklik tarihi olan 26.04.2016 tarihi olacak. Dairemizce böyle bir eğilim bulunmaktadır.

Şimdi kendi notlarımla devam edeyim burada. Ayrıca bu Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikle, bu dava açmayla ilgili olarak, önce trafik sigortasına başvurulması şartı getirildi. Bunun dava şartı olup olmadığı konusunda bayağı bir tartışmalar olmaktadır. Dairemizde henüz bu konuda çıkmış bir kararımız yok. Fakat çok yakın gelecekte çıkacak, şu anda imzada. Bunun tamamlanabilir bir dava şartı olduğu görüşüne ilişkin olarak kararımız.

Beden tamlığının ihlali sonucu doğan zararlar: Sorumluluğu doğuran olayın zarar gören vücut bütününe ihlal etmesi hali, Türk Borçlar Kanununun 54.maddesinde özel olarak hükme bağlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu 54.maddesinde, vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar bedensel zararlar başlığı altında gösterilmiş olup, bunlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar şeklinde düzenlenmiştir.

Şimdi tedavi giderleriyle ilgili olarak arkadaşlar ayrıntılı olarak anlattılar genel kapsamda. Biz 6111 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, Karayolları Trafik Kanununun 98.maddesinde yapılan değişiklikle, hastanede yapılan, özel sağlık kurumlarında, kliniklerde yapılan, trafik kazası dolayısıyla yapılan giderlerin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödeneceğine ilişkin olarak açıklamalarda bulunuyorum.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından 25.02.2011 tarihinden önce açılmış olan davalarda, Sosyal Güvenlik Kurumunun bu hastanedeki yazılı belgeyle yapılmış olan giderlere ilişkin davaya dahil edilmesini kabul etmiştik. Dava tarihi 25.02.2011'den sonra ise, doğrudan Sosyal Güvenlik Kurumuna davanın açılmasını kabul ettik kararlarımızda. Davaya dair hususu da, bu kanundan kaynaklanan bir durum olduğu için, kabulü cihetine gidilmiştir.

Türk Borçlar Kanununun 54.maddesinde, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak masraflar yerine tedavi giderleri deyi mi tercih edilmiştir. Ancak her iki kanunda da tedavi giderlerinin ya da masraflarının neler olduğu açıkça sayılmış değildir. Bunun sınırlandırılmamış olması da yerindedir. Zira bedensel zararlar nedeniyle yapılabilecek tedavi giderleri, yani masraflar çok çeşitli olabilir. Vücut bütünlüğünün ihlali halinde, zararın kapsamına vücut bütünlüğünü eski hale getirmek, yani iyileştirmek için veya hastalığın artmasına engel olmak için yapılan masraflar girer. Yapılan tüm bu masraflar, doktrinde tedavi masrafları olarak adlandırılmaktadır.

Bu anlamda hastane, sağlık ocağı, klinik, dispensar gibi yerlere doktor hemşire hastabakıcı fizyoterapist gibi sağlık personeline, röntgen ultrason tomografi gibi görüntüleme araçlarına, ilaç

serum kan ve tahlil gibi tedavi araçlarına, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin iyileşmesi için yapılan muayene, tahlil tedavi ameliyat gibi tanı ve tedaviler için yapılan masraflar ve bu gibi diğer tedavi harcamaları bu kapsamda değerlendirilir.

Vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle yapılan masraflara ilişkin tazminat davasında, hüküm tarihine kadar yapılan masraflar dışında, ileride yapılması muhtemel olduğu tespit edilen masraflar da talep edilebilir. Nitekim tazminat talebinde bulunabilmek için, masrafların fiilen yapılmış olması gerekmez. Bu nedenle ilaçların belirli bir süre kullanılması veya zarar görenin belirli dönemlerde kontrol edilmesi veya belirli bir süre sonra bir ameliyat geçirmesinin gerekli olduğu hallerde, illerde yapılacak bu masrafların da tazminat olarak talep edilmesi mümkündür.

Bunun dışında zarar görenin bir organını kaybetmesi halinde, bu organ yerine kendisine takılan organ veya protezler ve bunların yenilenmesi için yapılan masrafların da bu kapsamda değerlendirilmesi uygundur.

Bedensel zarara uğrayanın ve refakatçisinin ulaşım barınma ve yeme içme giderlerinin de tedavi giderlerine dahil edebiliriz. İleride yapılması zorunlu tedavi giderleri gerçekleşmiş zarar niteliğinde olup, böyle bir durumda zarar görenin gelecekte yapılması muhtemel masrafları bilirkişiye hesaplattırılır, ileride yapılması gereken tedaviler henüz yapılmayan estetik ameliyat gibi ameliyat masrafları, yaşam boyu kullanılacak ilaçlar, protez ve benzerleri de buraya dahildir.

Vücut bütünlüğünün ihlalinin tedavisi dışında yol açtığı, sürekli başka bir kişinin bakımına muhtaç olunması nedeniyle yapılan masraflar da bu kapsama dahil edilecektir. Bu nedenle zarar görenin evinde tedavi görmesi ihtimalinde, hemşire veya hastabakıcı için yapmış olduğu masrafların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bakıcı giderinin de tedavi giderleri arasında değerlendirilmesi gerektiği hususunda doktrinde ve uygulamada görüş birliği bulunmaktadır. Yalnız yeni genel şartlarda, bakıcı giderleri sürekli sakatlık kaleminde yer almaktadır.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi bir kararında, bakıcı gideri sağlık gideri kapsamında olup, poliçede sakatlanma ve ölüm teminatı dışında sağlık gideri ve teminatı da olduğundan, bakıcı giderlerinin bu teminat kapsamı içerisinde kaldığının kabul edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken şekilde bozma kararı yapmıştır.

Tedavi giderlerinin ispatı her yolla mümkündür. Bu anlamda veriye bağlanması zorunlu değildir. Ancak sağlık kurumları tarafından yapılan tedaviye ilişkin işlemler genellikle belgelendirilmektedir. Bu bakımdan davacının tedaviye ilişkin yapılan işlemleri gösterir belgeyi mahkemeye sunmasında yarar bulunmaktadır. Bununla birlikte, uğranılan zarar nedeniyle duyulan acı ve endişeden kaynaklı olarak, tedavi için yapılan bütün masrafların belgelendirilmesinin beklenemeyeceği, hayatın olağan tecrübeleri göz önüne alınarak kabul edilmektedir.

Yargıtay uygulamalarında, uzun yıllara yayılan ve tutarlı bir biçimde sürdürülen kararlarda, harcamaların belgeye bağlanamaması, kanıtlamada zorluklarla karşılaşılması durumunda, Borçlar Kanununun 50/2.fıkrası gereği, zararı ve kapsamı doğrudan araştırmakla ve hüküm altına almakla yükümlü olacağı kuralına açıklık getirilmiş. Bilirkişi incelemesinin nasıl yapılacağı ve hangi uzmanlardan yararlanılacağı konularında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır.

Özellikle belgesiz giderlerin takdirinde, anılan hükümden yararlanılarak değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Yargıtay 17.Hukuk Dairesi bir kararında, olayın niteliği gereği bütün giderlerin belgelendirilmesi, olağan hayat tecrübelerine aykırıdır. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Kanununun 42.maddesi yol gösterici nitelikte olup, aynı zamanda zararın gerçek miktarını belirleyecek olan hâkime de bir görev yüklemektedir.

Davacıya, ulaşım ve refakatçi giderlerini kanıtlama imkânı tanınmalı, davacının bu giderleri kanıtlayamaması durumunda belgelenemeyen, ancak tedaviye bağlı olarak yapılması olağan bulunan ulaşım ve refakatçi giderleri yönünden davacının tüm tedavi evraklarının getirtilerek, yaralanma derecesi ve iyileşme süreci de gözetilerek, uzman doktor bilirkişisinden alınacak rapor sonucuna göre olayın özelliği değerlendirilmek suretiyle bu kalem isteklere ilişkin karar verilmesi gerekir denilmiştir.

Önemle belirtilmesi gereken bir husus da, talep edilen tedavi giderlerinin yaralanmayla uyumlu olması gerekliliğidir. Ulaşım, barınma ve yeme içme gibi belgelendirilmesi genellikle güçlük arz eden tedavi giderleriyle, belgelendirilemeyen tedavi işlemlerinin hem ispatı hem de hesaplanmasında uzman doktor bilirkişi raporundan yararlanılmaktadır. Burada doktor bilirkişinin, mevcut tedavi belgelerine göre tedavinin gerektirdiği işlemlerin neler olabileceği, bunlar için yapılması gereken ulaşım barınma yeme içme masraflarının ne kadar olabileceği ve yapılacak tedavi işleminin rayiç tutarının ne olabileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu anlamda doktor bilirkişi dışında bu hususun farklı bir meslek grubundan bir uzmandan alınacak raporla belirlenmesi doğru değildir.

Tedavi giderlerinin kimler tarafından talep edileceği, üzerinde durulması gereken hususlardandır. 818 sayılı Borçlar Kanunu 46, cismani zarara düçar olan kimse ifadesiyle, sadece zarar gören kişiye dava hakkını tanıdığı söylenebilir. Ancak yapılan masraflar, zarar görene bakmakla yükümlü olan kişiler tarafından yapılmış ise, bu masrafları yapan kişilere de dava hakkı tanınmalıdır. Üçüncü kişiler yapmış oldukları bu masraflar için vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak zarar gören aleyhine dava açabilirler.

Veli ve vasiler ise, küçük ya da kısıtlı adına bu masrafları talep edebilirler. Tedavi giderlerinden sorumlu olanlar, kusur sorumluluğunda haksız fiil sorumluları, adam çalıştıran gibi kusursuz sorumlulukta haksız fiil sorumlusuyla kusursuz sorumlu olanlar, trafik kazalarında olduğu gibi tehlike sorumluluğunda haksız fiili gerçekleştiren işleyen ve bunun yanında işletenin sorumluluğunu üstlenen sigortacı sorumlu olabilecektir.

Sigortalının tedavi giderlerinden sorumluluğu bakımından Karayolları Trafik Kanununun 85/1.maddesinde, sigortanın üstlendiği işletenin sorumlularından olan yaralanma nedeniyle ortaya çıkan sağlık giderlerinin, 98.maddesinde ödeme şekli belirlenmiştir. Esasen zorunlu mali sorumluluk sigortası, teminat kapsamında olan yaralanma nedeniyle ortaya çıkan sağlık giderleri, Karayolları Trafik Kanununun 98.maddesinde, 6111 sayılı Yasanın 59.maddesiyle yapılan değişiklikle sınırlandırılmış ve

trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanır.

Az önce de belirttiğim gibi, dava tarihi 25.02.2011 tarihinden önce bu hastanede olan tedavi giderleriyle ilgili olarak açılan davalarda, Sosyal Güvenlik Kurumu kanun gereğince davaya dahil edilmektedir. 25.02.2011 tarihinden sonraki davalarda ise, doğrudan Sosyal Güvenlik Kurumuna açılmayan davalarda davanın reddi, hastaneye ilişkin tedavi giderleriyle ilgili olarak reddi gerekmektedir.

Tedavi giderlerinin hesaplanması: Tedavi giderlerinden olan bakıcı gideri dışındaki masraflarla, bakıcı giderinin hesaplanması ve belirlenmesi yöntemi, farklılık arz etmektedir. Bakıcı gideri dışındaki tedavi giderlerinin hesaplanması, uzman doktor bilirkişi yoluyla yapılabilmektedir. Bedensel zarara uğrayan kişi tarafından sunulan ya da sağlık kuruluşlarından temin edilen tedavi işlemlerine ilişkin belgelerde, uzman doktor bilirkişi tedavi işlemleri için yapılabilecek masrafları belirler. Bu belirlemenin rayiç değerlere uygun olup olmadığına da değerlendirilmesi gerekmektedir. Değilse, rayiç değerlerinin ne kadar olduğu da belirlenmelidir. Yine ulaşım, barınma ve yeme içme gibi yapılan masraflarla ilgili belirlemeler de doktor bilirkişi tarafından yapılması gerekmektedir.

Bakıcı giderinin ne kadarlık bir süre için hesaplanacağı ve hesaplamada dikkate alınacak giderin tutarın belirlenmesinde uygulamada tam bir birlik olduğu söylenemez. Bakıcı giderinin hangi süre için hesaplanması gerektiği esasen doktor bilirkişi kurulunca belirlenmesi gerektiğinden, bu noktada tartışılması gereken bakıcı için yapılacak giderin hesaplanmasıdır.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi, bakıcı giderinden bir indirim uygulamasını benimsememektedir. Ayrıca bakıcı ücretinin hesaplanmasında brüt asgari ücreti esas almaktadır. Bakım giderine ilişkin tazminat hesabının aktüerya konusunda uzman bir bilirkişi tarafından yapılması gerekmektedir. Yargıtay uygulamasın-

da, bu konuda uzman olmaya yeterlilik kabul edilmekte. Bunun yanında aktüerya siciline kayıtlı olma aranmamaktadır. Tedavi giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanan kısmının tazminattan düşürülmesi gerekmektedir. Ancak karşılanmayan kısım talep edilebilecektir.

Kazanç kaybı, geçici çalışma gücü kaybı: Vücut bütünlüğü ihlal edilen zarar gören kişi, bir süre tedavi görmüş, tedavi süresince çalışmamış ve uygulanan tedaviler sonucu tamamen iyileşmiş, çalışma gücündeki azalma ortadan kalkmış ise, çalışma gücünün kaybı nedeniyle istenebilecek tazminat, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışmaması nedeniyle ortaya çıkan kazanç kayıplarından ibarettir. Yoksun kalının kâr niteliğindeki bu zarar geçmişe ilişkindir.

Yargıtay uygulamasında, geçici çalışma gücü kaybı ya da iş ve güçten kalma olarak da tanımlanabilen bu zarar Türk Borçlar Kanununda kazanç kaybı olarak belirlenmiştir. Kazanç kaybına uğranılan geçici çalışma gücü kaybına ilişkin sürenin belirlenmesi, uzman doktor bilirkişi heyeti vasıtasıyla sağlanmalıdır. Zarara uğrayan kişinin tedavi sürecinden sonra almış olduğu raporlar, salt bu sürenin belirlenmesinde dikkate alınamaz. Bu anlamda tıbbi tedavi süresiyle birlikte çalışmaya başlanacak sürenin belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemenin üniversitelerini adli tıp anabilim dalı bölümleri veya Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesince yapılması daha doğru bir sonuca ulaşmayı sağlayacaktır.

Yalnızca meslek sahipleri ve çalışıp kazanç elde etmekte olanlar değil tedavi ve iyileşme süresince günlük işlerini yapamayanlar, örneğin kaza sonucu yaralanma nedeniyle kendi ev hizmetlerini bir süre yapamayan ev kadınları da geçici iş göremezlik tazminatı isteyebilirler. Belirli bir işte ücret karşılığı çalışan kişiler yönünden geçici çalışma gücü kaybına uğranılan dönemde, tam ya da kısmi çalışma gücü kaybı oranına göre aldığı ücret yanında, alıyorsa döner sermaye, fazla çalışma ya da fazla ders ücretlerini de talep edebilir. Doktorlar, öğretmenler, okul müdürleriyle ilgili olarak bu.

Belirli bir işte ücret karşılığı çalışmayıp serbest meslek erbabı ya da işletme sahipleri yönünden ise, bu kişilerin bedensel ve yönetsel katkısı belirlenip, kişinin yerine başkasının çalıştırılması olanağı

göz önüne alınarak, ona yapılacak ya da yapılması gereken ücret temel esas alınarak bu miktar üzerinden belirlenen geçici çalışma gücü zararının hesaplanması gerekmektedir. SGK tarafından zarar görene ödenen geçici çalışma gücü kaybı, yani SGK tarafından yapılan geçici çalışma gücüne ilişkin ödeme, ödenen iş göremezlik tazminatının kazanç kaybı tazminatından indirilmektedir.

Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar: Çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi, organ kaybı ya da organ zayıflaması şeklinde ortaya çıkar. Buna göre kişinin bedensel yapısını oluşturan organlardan biri ya da birkaçının, işlevinin azalması ya da yitirilmesi, beden gücünün belirli bir oranda azalması halini oluşturmaktadır ve bu durum çalışma gücünün sürekli zayıflaması sonucunu doğurur.

Bu belirleme ise uygulamada farklı yollarla yapılmaktadır. Ancak uygulamada çalışma gücü kaybının tespiti farklı kurumlar yardımıyla yapılmakta olsa da, ortak yönleri uzman doktor bilirkişi heyeti olması ve haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü veya Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği ya da tarihe göre Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliği nazara alınmaktadır.

Uygulamada kişinin vücut bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan beden gücü kayıplarının gelinde veya malvarlığında bir azalma meydana gelmese dahi, tazminat gerektiği kabul edilmekte ve bu husus güç kaybı tazminatı olarak ifade edilmektedir. Bu durumu ilk bakışta sorumluluk hukukundaki zarar kavramına aykırı gibi görünse de, burada vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin aynı işi, zarardan önceki durumu ve diğer kişilere göre daha fazla güç sarf ederek yaptığı gerçeğinden hareket edilmekte ve zararı fazladan sarf edilen bu gücün oluşturduğu kabul edilmektedir.

Bu bakımdan çalışma dönemi öncesi küçük yaştaki çocuklar olsun, çalışma dönemindeki ya da emeklilik dönemindeki kişiler olsun, maluliyet nedeniyle bir zarar doğacaktır. Geçici iş göremezlikle ilgili olarak çocuklara biz daire olarak geçici iş göremezlik ödeneği vermiyoruz. Yalnız sürekli maluliyet halinde çocuklara efor kaybı olarak tazminat vermektediriz.

Ben metne bağılı kaldığım için ve ilk olarak böyle bir toplantıya konuşmacı olarak katıldığım için zamana ayarlayamadım. Biz bu maluliyet hesabında, 1931 PMF Fransız yaşam tablosunu nazara almaktayız. Yüzde 10 artırım, bilinmeyen döneme ilişkin olarak yüzde 10 artırım, yüzde 10 iskonto uygulamaktayız. Maluliyet oranıyla ilgili olarak...

Gelir getirici bir işte çalışmayan kişiler yönünden zarar hesaplaması, bu kişinin net asgari ücret geliri olduğu kabul edilerek yapılmaktadır. Asgari ücretin üzerinde geliri olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasını ispatlaması gerekmektedir. Kural budur, ispatlanamaması halinde ise, asgari ücret üzerinden gelir sağladığı kabul edilmektedir.

Kamu görevlileri ve belirli bir işte kayıtlı olarak çalışan ücretlilerin elde ettikleri ücretin belirlenmesi, genellikle çalıştıkları kurum ya da işyeri kayıtlarıyla kolaylık arz etmektedir. Bu kişilerin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları ve işyeri kayıtları dikkate alınarak ücretleri belirlenmelidir. Bununla birlikte çalıştığı işyerinde aldığı ücretin kayıtlarda düşük gösterildiğinin iddia edilmesi halinde ise, bu durumun kişinin almış olduğu eğitim ve mesleki tecrübesi dikkate alınarak, ilgili meslek odasından rayiç ücretler sorularak belirlenmesi gerekmektedir.

Ayrıca zarara uğrayan kişinin çalıştığı işyerinden almış olduğu ücretin gerçekçi olmadığı yönünden bir iddia ileri sürülmesi ve bunu doğrular kanıtların bulunması halinde de, aynı yöntemle ücret belirlenmesi yapılmalıdır. Tazminatın hesaplanması yönünden de... Bitirmek durumundayım zaman kısıtlamasına girdiğim için. Biz tazminatın hesaplanması bakımından, tüm zararı hesaplıyoruz, zarara ilişkin indirimleri önce uyguluyoruz, sonra ödeme varsa ödemeyi düşürüyoruz. Daha sonra da müterafik kusur ve hatır taşıması varsa o indirimleri yapıyoruz. Ama dairemizde bu konuya ilişkin muhalefet var, ama dairemizin uygulaması bu şekilde.

Yine müterafik kusurla ilgili olarak söyleyeyim. Zarar gören indirim nedeni olarak, uygulamaya yönelik olarak, genelde kaskla, sarhoşluk, ehliyetsizlik. Ehliyetsizlik olarak eğre sürücünün görünür hali 18 yaşından küçük olduğu aşikâr bir şekilde belli oluyorsa, ondan ehliyetsizlik nedeniyle müterafik kusuru yapabi-

liyoruz. Kaskla ilgili olarak ise, eğer kask takmamış fakat kafadan herhangi bir yaralanması yoksa bu nedenle indirim yapmıyoruz, müterafik kusuru yok diyoruz. Alkolle ilgili olarak da, açıkça alkollü olduğu anlaşılıyorsa veya birlikte içmiş araca binmişlerse, bunu da müterafik kusur olarak kabul ediyoruz. Yine müterafik kusuru ve hatır taşıması indirimini yüzde 20 olarak, yüzde 20 indirim şeklinde yapıyoruz uygulamada. Hatır taşımasını davalının cevap dilekçesinde ileri sürmesi koşulunu bekliyoruz. Eğer cevap dilekçesinde hatır taşıması indirimine ilişkin itirazda bulunulmamışsa, bunu nazar almıyoruz, müterafik kusurla ilgili olarak her aşamada kabul ediyoruz. Yine yakın akrabalarda hatır taşıması indirimi yapmıyoruz.

Benim sunumum biraz yarım kaldı, zaman kısıtlaması olduğu için. Arkadaşların hakkını da almak istemiyorum.

Dinlediğiniz için çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Mete DUMAN (Oturum Başkanı)- Kadir Beye bu güzel sunumundan dolayı çok çok teşekkür ediyoruz. Şimdi de sözü 21.Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi Mehmet Fatih Kapusuzoğlu'na veriyoruz.

Mehmet Fatih KAPUSUZOĞLU

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

Öncelikle herkese tekrar hoş geldiniz diyorum. Çünkü konuşmamızın konusu bilindiği gibi işverenin bedensel zararlardan dolayı sorumluluğu kapsamıydı. Bugünkü konuşmamızın konusu ise, bunun maddi zarara yönelen kısmı, yani hesap raporunun ilkeleri, nasıl alınacağı, hangi hususların etkili olduğu konusunda, diğer daireler kadar ayrıntılı değil, ama bizim dairemizin konusuna isabet eden kısımlardan bir kısım açıklamalar yapmaya çalışacağım.

Bilindiği gibi mahkemeler, tarafların kusurunun oranı ve aidiyetini sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik oranını ve ücreti belirledikten sonra, davacı tarafın istemi olan maddi tazminatı hüküm altına alabilmek için bilirkişilerden hesap raporları almaktadır. Bu bahsettiğim sıra üzerinden anlatacak olursam, bizim iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davalarında, sürekli iş göremezlik oranının kesin olarak tespiti son derece önem taşımaktadır. Zira maddi tazminat miktarı hesaplanırken kullanılan donelerden bir tanesi, sürekli iş göremezlik oranıdır.

Dairemiz sürekli iş göremezlik oranının tespitinde, oranın ilk olarak kurum için, yani SGK içindeki prosedürler işletilerek kurum içinde belirlenmesini, buna itiraz edilmesi halinde Yüksek Sağlık Kurulu tarafından karara bağlanmasını aramaktadır. Tabii Yüksek Sağlık Kurulu kararları SGK açısından bağlayıcı ise de, ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından, maddi tazminat davasında YSK kararına itiraz edildiği takdirde, itirazın değerlendirilmesi açısından veya sürekli iş göremezlik oranının yeniden tespit edilmesi açısından Adli Tıp Kurumundan rapor alınması önemlidir.

Dünya konuşmamda bir hususa dikkat çekmek istemiştim. Sürekli iş göremezlik oranının sıfır olarak tespit edildiği durumlar-

da demiştik ki, manevi tazminat talep etme hakları var sigortalı kazalı, işte adına ne dersek. Peki, maddi tazminat aynı sürekliliği iş göremezlik oranı sıfır olarak tespit edilen kazalının sigortalının maddi tazminat talep etme hakkı var mıdır? Dairemiz bu konuda sigortalının geçici iş göremezlik dönemi olarak tabir ettiğimiz istirahat döneminde yüzde 100 malul olarak kabul edilerek, bu dönem zararlarını talep edebileceği düşüncesindedir.

Yalnız bu husus tabii bizim resen baktığımız bir husus değil, mahkeme kararında bu yönde bir hata varsa, bu hatanın bozma nedeni yapılabilmesi için biz burada açık temyiz aramaktayız.

Kusurun oranı ve aidiyetine geçecek olursak, tabii ayrıntılı açıklamalar yapmayacağım burada. Kusurun oranı ve aidiyetinin belirlenmesinde, aynı hesap raporunda olduğu gibi mahkeme iş kazasının oluşumunda veya meslek hastalığının oluşumunda hangi alanda oluşmuşsa, o alanda uzman bilirkişilerden genellikle üçlü bilirkişilerden kusur raporları almakta.

Kusur raporlarının nasıl olması gerektiği konusunda da ayrıntılı bir açıklama yapmayacağım, ama bizim uygulamada karşılaştığımız bazı sorunlardan burada bahsetmekte yarar olduğunu düşünüyorum. Dün de biraz bahsetmiştim, iş kazası illa elini pres makinesine kaptırması, iskeleden düşmesi şeklinde olması gerekmiyor. İş kazası kalp krizi şeklinde gerçekleşebilir, beyin kanaması şeklinde gerçekleşebilir. Bu gibi gerçekleşen iş kazalarında, biz bilirkişi heyetinde mutlaka alanında uzman bir doktorun bulunmasını, kalp krizi ise kardiyolog, beyin kanamasıysa nöroloji uzmanının bulunması gerektiğini ve özellikle sadece taraflara kusur dağılımının yapılmasını değil, bünyesel faktörün kalp krizi veya beyin kanamasında etkili olup olmadığı hususunun özellikle değerlendirilmesini istiyoruz. Bu durum niye önem arz etmekte? Kaçınılmazlıktan farklı olarak bünyesel faktörlerde işvereni biz sorumlu tutmuyoruz. Dün bahsetmiştim, kaçınılmazlığın yüzde 60'ından işveren sorumlu tutulabiliyor, ama bünyesel faktör söz konusu ise, bünyesel faktörden işveren sorumlu tutulmamaktadır.

Yine uygulamada kanayan yaralardan bir tanesi, bilirkişi raporlarının gerek mahkeme, gerek taraf vekilleri tarafından okunmaması. Geçen haftalarda çok dikkat çekici bir dosyayla karşılaş-

tım. Şimdi dosya dereceattan birkaç kere bozulmuş, ilk bozmamız çok önemliydi. Olay şu: Davacı bir Dijitürk bayiinde anten montaj ustası olarak çalışıyor. İşvereni görevlendiriyor, iki katlı binanın üst katına çıkıyor, çanak anteni monte ettikten sonra aşağıya kabloyu sarkıtacak. Tabii TEİAŞ'a ait direk çok yakından geçiyor. Aşağı sarkıtırken meydana gelen ağırlıktan bir patlama oluyor. Bu patlama neticesinde elinde yüzünde yanıklar oluşuyor.

Şimdi bu dosyada alınan ilk kusur raporunda, bilirkişilerin TEİAŞ'a kusur vermeme nedeni, arada ihale makamı ilişkisi asıl işveren alt işveren ilişkisi olmaması. Şimdi burada TEİAŞ'ın tamamen olaya üçüncü kişi olduğu gözden kaçırılmış bilirkişi tarafından, mahkemece veya taraflarca dikkatten kaçırılarak, yargılamanın uzamasına neden olmuştur. Bilirkişi incelemesinde dikkat edilecek, benim nazarımda dikkat edilmesi gereken önemli hususlardan bir tanesi, belki de en önemlisi bilirkişi raporlarının okunması.

Şimdi tespit edilen kusur oranları maddi zararın belirlenmesinde önemli, neden? Kimse kendi kusurundan yararlanamayacağından, davacı kazaların veya müteveffa ise sigortalının kusuru oranında tazminattan indirim yapılmaktadır. Yine bizim açımızdan, yani 21.Hukuk Dairesi açısından kusurun hesap raporundaki diğer bir önemi de, sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan kurum ödemeleri hesaplanan zarar tutarından tenzil edilirken, kusur oranından indirim yapılmaktadır.

Zararın belirlenmesinde belki de hesap raporlarında en önemli unsur ücret. Zira hesaba esas alınacak ücretin yüksek veya düşük olması, tazminatın da aynı oranda düşük veya yüksek olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davalarında bizim karşılaştığımız uyuşmazlıklarda, ihtilafların büyük çoğunluğu ücret noktasında toplanmaktadır. Zararlandırıcı olaya, sigorta olayına maruz kalan sigortalının maddi zararının hesaplanmasında diğer dairelerde olduğu gibi, dairemiz de gerçek ücretin esas alınması gerektiğini düşünmektedir. Bakıcı gideri hariç, iş kazasından kaynaklanan maddi tazminat davalarında zarar hesabı net ücret üzerinden yapılmaktadır. İşyerinde devamlılık arz eden sosyal yardım ödemeleri söz konusu ise, biz bunları hesaba dahil etmekte, ücretin tespitinde dikka-

te almaktayız. Ancak kıdem tazminatını zarar hesabında dikkate almıyoruz. Dairemiz uygulamasında, bakıcı gideri ise diğer zarar hesaplarından farklı olarak net ücret üzerinden değil, brüt asgari ücret üzerinden yapılmaktadır.

Bilinen varken faraziye göre hesap yapılamayacağından, ücretin kaza tarihine göre değil, aslında kaza tarihinden hesap raporunun alındığı tarihe göre belirlenmesi gerekmektedir. Ancak biz uygulamada daha çok ücretin kaza tarihine göre belirlendiği, o tarihteki asgari ücrete oranlandığı ve bu kat üzerinden ücretin hesap raporuna kadar belirlendiğini görmekteyiz. Asgari ücret uygulaması kamu düzeninden olduğundan, hesap raporunun asgari ücretin altında bir ücretle düzenlenmesi mümkün değildir. Tıpkı asgari ücret gibi toplu iş sözleşmesi uygulaması da kamu düzenindedir ve işyerinde toplu iş sözleşmesi uygulaması varsa, hâkim tarafından hesaba esas ücretin toplu iş sözleşmesine göre belirlenen ücrete göre belirlenmesi gerekir.

Yine sigortalı vasıflı bir işçiyse, onun asgari ücretle çalışması hayatın olağan akışını aykırı olacağından, asgari ücret üzerinden hesaplama yapan raporların hükme esas alınması hatalıdır. Eğer bu konuda açık bir temyiz var ise, dairemiz işçinin yaşı, yaptığı işi ve kıdemi dikkate alınarak, benzer işi yapan işyerlerinden, meslek odalarından, TÜİK'ten, Çevre ve Şehircilik Bakanlığında emsal ücretin araştırılması ve dosyadaki diğer tüm verilerle birlikte değerlendirilerek gerçek ücretin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde belirlenmesini aramaktadır.

Değinilmesi gereken önemli diğer bir husus da, aslında azımsanamayacak sayıda dosya var. Bir inşaat işyeri düşünün, bu inşaat işyeri yurtdışında ve sigortalı Türkiye'den kalkıp yurtdışında bu işyerinde çalışmaya gidiyor ve o işyerinde çalışırken kaza geçiriyor. Şimdi bu gibi durumlarda, sigortalının ücreti acaba salt yurtdışı ücretine göre mi belirlenmeli, yoksa yurtiçine göre mi belirlenmeli?

Dairemizin bu konudaki görüşü şu: Yurtdışındaki işin muhtemel bitiş tarihi belirlenmeli. Kazadan o bitiş tarihine kadar yurtdışı ücreti, o tarihten sonra yurtiçinde emsal işi yapanlar hangi ücreti alıyorsa o ücret üzerinden hesap yapılması gerektiği yönündedir.

Yine kapsamdan biraz çıkacağım, ama lütfen beni affedin. Uygulamada hepimizin malumu olduğu üzere iş kazasından kaynaklanan tazminat davaları çeşitli nedenlerle uzadığını görüyoruz. Bunun bana kalırsa en büyük nedeni, dava dilekçesinde işçinin ücretinin belirtilmemesi. Neden? Bu çeşitli Saiklere dayanıyor olabilir, şimdi onlara girmeyeceğim, ama ücret belirtilmediği takdirde ne oluyor? Davacı vekili susuyor susuyor susuyor ve hesap raporu alınana kadar hiçbir ücret konusunda bir tartışma yapılmıyor dosyada. Tabii bilirkişi ne yapacak? Dosyada asgari ücret dışında hiçbir veri yok, asgari ücretten hesap yapıyor. Davacı vekili itiraz sunmaya başlıyor. Diyor ki, bizim müvekkilimiz işte şu işi yapıyordu, ücretin asgari ücret olarak belirlenmesi hatalı. Şimdi bunu gören mahkeme bakıyor ki, gerçekten adam vasıflı işçi, işte ücret araştırmasına giriyor aylar sürüyor, ikinci hesap raporu alınıyor, bu arada bilinen ücretler değişiyor, hesap artıyor vesaire. Bu araya usuli kazanılmış haklar giriyor, üç-dört tane hesap raporu ve derken yargılama bayağı uzuyor.

Şimdi bunun önüne geçilmesi açısından, dava dilekçesinde ücretin belirlenmesi çok önemli. Eğer davacı vekili dava dilekçesinde ücreti belirlerse, bunu gören mahkeme daha ön inceleme duruşmasında tarafların iddialarını dinleyecek, varsa dosya daha ilerlemeden o ücret konusunu daha da netleştirecektir.

Şimdi destekten yoksun kalan eşin evlenme ihtimaline geçecek olursak, evlenme ihtimali konusunda dairemiz de bir indirim yapılması gerektiği görüşünde. Davacı eşin yaşına, sağlık durumuna, çocuk sayısına ve çocukların yaşlarına, bu konuda etkili olabilecek diğer koşullara göre bir oran belirleniyor ve bu oranda hesaplanan maddi tazminat tutarından indirim yapılıyor. Tabii bilirkişiler bu konuda Hans Moser tablosu veya kapatıldı, ama artık Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin içtihatlarıyla oluşan bir tabloyu kullanıyorlar. Ancak bu tabloların kullanılmasının zorunlu olduğu konusunda bir zorunluluk yok. Halin icabına göre hâkim baktığında, mesela özellikle doğu illerinde, tabloya bakıyor işte yüzde 12 oranında evlenme ihtimali var. Ama oradaki sosyal koşullara baktığında, eşin yeniden evlenme ihtimali bulunmayabiliyor. Dolayısıyla hâkim mutlaka hesaplanan maddi zarar tutarından evlenme ihtimali dolayısıyla indirim yapmak zorunda değil ise de, eğer bu indirimi yapmıyorsa, gerekçesinde mutlaka indirimin neden yapılmadığını açıklamak durumunda.

Tabii bizim dairemizde çokça konuşulan bir ilke var, fiili durum varken faraziye göre hesap yapılmaz. Biz eğer eşin hesap tarihinden önce zaten evlenmiş olduğunu tespit edebiliyorsak, hesap elbette bakiye ömür sonuna kadar değil, eşin yeniden evlendiği tarihe kadar yapılmak zorunda. Yine 4.Hukuk Dairesi gibi dairemiz de, resmi nikâhlı olmayan eşin maddi tazminat istemeye hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte, yeniden evlenme ihtimalinin resmi nikâhı bulunan eşe göre daha yüksek olduğu görüşüyle, tazminattan bir miktar indirim yapılması gerektiğini düşünmektedir.

Dairemizin yakın zamanda, tabii yakın zaman dediğim iki-üç sene oldu herhalde, bu konuda güzel bir içtihadı var. Ölümle sonuçlanan kazadan önce boşanmış ve boşanma ilamında nafakaya hükmedilmiş eşin, nafaka tutarı kadar destekten yoksun kaldığı kabul edilerek, bu eşin de maddi tazminat isteyebileceği sonucuna varılmıştır.

Dairemiz hesaplama kriterlerinden bir diğeri olan bakiye ömür, diğer dairelerde olduğu gibi biz de PMF bakiye ömür tablosunu kullanıyoruz. Davacı eşin destekten yoksun kaldığı süre bu PMF tablosuna göre tespit edilirken, eşinin bakiye ömrünü geçmeyecek şekilde kendi bakiye ömrüne kadar hesap yapılıyor. Çocuklar açısından son dönemde dairemizdeki görüş, eğer destekten yoksun kaldığı iddiasıyla dava açan çocukların öğrenci oldukları dosya kapsamında tespit edilebiliyorsa, bulunduğumuz zaman itibariyle üniversite öğrenimi son derece yaygınlaştığından, biz bunların kız-erkek fark etmeksizin 25 yaşına kadar zararlarının hesaplanması gerektiğini düşünüyoruz.

Tabii burada dün Başkan Beyin de bahsettiği gibi, başkasının bakımına muhtaç olduğu saptanan sigortalının bakıcı giderinin hesaplanmasında, az önce bahsettiğim gibi biz brüt asgari ücreti kullanıyoruz ve bu hesaplanan bakıcı giderinden, aile içi bakım dayanışması olduğu varsayımıyla bir miktar hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşünceden hareketle dairemiz geçtiğimiz haftalarda, Borçlar Kanununun 55.maddesinin 1.fıkrasındaki "hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz veya azaltılamaz" cümlesinin Anayasanın 9 ve 138.maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptal başvurusunda bulunmuştur.

Yine dün bahsetmiştim, kaçınılmazlığın söz konusu olduğu durumlarda, dairemiz bu oranın yüzde 60'ından işvereni sorumlu tutmakla birlikte, burada önemli bahsedilmesi gereken ayrııcı husus; hesaplanan tazminat tutarından kurum ödemeleri tenzil edilirken, kaçınılmaz oranının dikkate alınmayacağıdır. Zira işveren kurum ödemelerinin SGK tarafından açılan rücu davalarında, kurum ödemelerinin kaçınılmazlığa isabet eden kısmından sorumlu değildir.

Şimdi o zaman kısaca, bu kadar şeyi anlattıktan sonra, ben hesap raporu basit bir şekilde nasıl düzenlendiğini anlatmak istiyorum. Şimdi mahkeme dosyayı hesap bilirkişisine verdiğinde, hesap bilirkişisi az önce bahsettiğimiz sürekli iş göremezlik oranı, doğum tarihi, kaza tarihi, kaza tarihindeki yaşı, PMF bakiye ömür süresi, ücret gibi şeyleri bir kenara yazıp, kaza tarihinden geçici iş göremezlik süresinin sonuna kadar bizim geçici iş göremezlik dönemi olarak adlandırdığımız zarar hesabını yapıyor. Bu zarar hesabını yaparken, kazalığı yüzde 100 oranında malul kabul ediyor ve kurum tarafından eğer bu dönemde davacıya bir geçici iş göremezlik ödeneği ödenmiş ise, bunun davalı işverene rücu edilebilecek kısmını düşüyor ve bunu bir kenara yazıyor. Bu geçici iş göremezlik dönemi zararı.

Sürekli iş göremezlik dönemi zararı ise, genel olarak ikiye ayrılıyor. Neden diyeceksiniz, çünkü hesap raporu aslında bilinen dönem ve bilinmeyen dönem olarak ayrılıyor da, sürekli iş göremezlik zararının bir kısmı bilinen döneme, bir kısmı ise bilinmeyen döneme isabet ettiğinden, sürekli iş göremezlik dönemi zararını biz bilinen sürekli iş göremezlik dönemi zararı ve bilinmeyen sürekli iş göremezlik dönemi zararı olarak aslında bir ayrıma tabi tutabiliriz. Bilinen sürekli iş göremezlik dönemi zararı, geçici iş göremezlik döneminin bitiminden hesap raporunun tarihine kadar olan dönemi kapsamaktadır. Bu dönemde mahkeme, az önce bahsettiğimiz şekilde tespit ettiği ücreti kullanarak, o tarihe kadar davacının zararını hesaplar. Daha sonra bilinmeyen sürekli iş göremezlik dönemi zararını hesaplamaya geçer. Bu bilinmeyen sürekli iş göremezlik dönemi zararında, biz gelecekteki olan ücreti hesap raporunun düzenlenmesinden sonraki ücreti bilemeyeceğimiz için, 1/KN formülü dediğimiz bir formül kullanarak, bu en son hesap raporuna en yakın tarihteki ücretin gelecekte balığ

olduğu ücreti tespit edip, bunda yüzde 10 artırım ve yüzde 10 iskonto uygulayarak, yine sürekli iş göremezlik dönemi zararını hesaplar. Bu dönem de 60 yaşına kadar devam eder, 60 yaşından sonra ise asgari geçim indirimsiz asgari ücretin dikkate alındığı pasif dönem zararı hesaplanır.

Peki, burada ben daireye ilk geldiğimde tazminat okurken, Allah'ım dedim bu hesap raporunun içinde bu kadar rakam nasıl bir araya geldi, ben bunların ne olduğunu nasıl öğreneceğim? Tabii işi biraz ilerletince, bu hesaba esas ücretin özellikle bilinmeyen dönem zararı hesabında doğru olarak bilirkişi tarafından dikkate alınıp alınmadığının çeşitli püf noktaları olduğunu öğrendik. Bir tanesini söyleyecek olursam, bilinmeyen dönem hesabı genelde yıl yıl yapılır, 12 aylık süreler üzerinden ve birinci yıl der sonuç zararı yazar, ikinci yıl der sonuç zararı yazar. Biz bu sonuç zararını 12'ye böldüğümüzde, yani 12 aya böldüğümüzde, eğer son ücreti veriyorsa o ücret doğru tespit edilmiştir veya pasif dönem açısından baktığımızda bir yıllık zarar 12'ye bölündüğünde, hesap raporunun düzenlendiği tarihteki asgari geçim indirimsiz net asgari ücrete denk geliyorsa, o hesap raporunda pasif dönemde dikkate alınan ücret doğru dikkate alınmıştır.

Mahkeme bütün bu zarar dönemlerini hesapladıktan sonra, tabii geçici iş göremezlik döneminde kusurun ve geçici iş göremezlik ödeneğinin tenzilatının yapıp ayrıca hesaplandığını bir kenara bırakıyorum, mahkeme bilinen sürekli iş göremezlik dönemi, bilinmeyen sürekli iş göremezlik dönemi ve pasif dönem zararlarını toplar. Bu zararlardan kusur maluliyet gibi indirimler yapar, son olarak da kurumca yapılan ödemelerin davalı işverene düşen kısmını tenzil ederek, bulduğu sonucu geçici iş göremezlik dönemiyle toplayıp sonuç maddi zararı hesaplar.

Benim bugünkü konuşmam bu kadar, hepimize beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Mete DUMAN (Oturum Başkanı)- Fatih Beye güzel sunumundan dolayı çok teşekkür ediyorum. Burada dördüncü oturum son bulmuştur.

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

2. GÜN

5. Oturum

*Hekimlik Sözleşmesinden
Tıbbi Müdahaleden Doğan Bedensel Zararlar
(Malpraktis)*

Prof. Dr. Ethem GEÇİM

*Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi
(Oturum Başkanı)*

Sayın Yargıtay üyeleri, öğretim üyeleri, avukatlar, değerli hukukçular; hepinize hoş geldiniz diyorum. Bu güzel havada günün bu ilerleyen saatinde burada olduğunuz için de hepinize teşekkür ediyorum.

Vakit kaybetmeden ilk konuşmacımızı takdim edeyim, Sayın Nilgün Taş, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi.

Nilgün TAŞ

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Tüm katılımcıları tekrar saygıyla selamlıyorum.

Şimdi 4.Hukuk Dairesinin görev kapsamı bakımından ben hatalı tıbbi tedaviden kaynaklanan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarıyla ilgili bilgi vereceğim. Dairemiz kamu tüzel kişilerini veya kamuya ait hastanelerde verilen tedavi hizmeti nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili açılan tazminat davalarının temyiz incelemesini yapmaktadır.

2011 yılına kadar kamu veya diğer kamu tüzel kişilerine... Bu kamu tüzel kişilerinde vakıf üniversitesine bağlı hastaneler de dahil. Çünkü 2547 sayılı Kanunun 2.maddesi uyarınca vakıf üniversiteleri de kamu tüzel kişiliğine haiz üniversitelerdir. Bu nedenle bu hastanelerde verilen tedavi hizmetleriyle ilgili doğrudan hekim ya da sağlık görevlisi aleyhine açılan davalarda, dava dilekçesinde kişisel kusur iddiası varsa, daire bunlarda hekime doğrudan husumet yöneltileceğini kabul edip, esastan inceleme yapmaktaydı. Ancak 2011 sonrası ve halen istikrarlı bir şekilde Anayasanın 129/5.maddesinde “memurların veya diğer kamu görevlilerinin görevlerini ifa ederken veya görevleriyle bağlantılı konularda işledikleri kusurlarından dolayı idare aleyhine dava açılır” şeklindeki, yine 657 sayılı Kanunun 13.maddesindeki benzer düzenleme gereğince, doğrudan ilgili kamu görevlisi aleyhine dava açılmayacağını, önce idari yargıda idare aleyhine dava açılması gerektiğini belirtip, husumetten reddi gerektiğine dair bozma kararları vermeye başladı.

Bu haliyle ilgili zarar gören kişiler, yani tedavi sırasında başka uzuvları zarara uğrayan veya ölen hastalarla ilgili onların yakınları tarafından idare mahkemesinde ilgili idare aleyhine tazminat davası açıldığında ve tazminata idare mahkum olduğu takdirde,

bu defa idare olayda kusuru bulunan kamu görevlisini tespit ettiği zaman, onlara karşı rücu davaları açmakta, işte burada adli yargı işin içine girmekte.

Dolayısıyla sağlık görevlisi veya hekimin görev yaptığı hastanenin veya sağlık biriminin özel sektöre veya devlet veya kamu tüzel kişiliğine ait olup olmaması, yargılama usulleri bakımından farklılık göstermekte. Şimdi burada 13.Hukuk Dairesinden kimse yok. Özel sektöre tabi tedavi kurumlarındaki tedavi hataları nedeniyle açılan tazminat davaları, direkt hekimle hasta arasında muayenehanede bir tedavi yapılmışsa, vekâlet ilişkisi adı altında görülüp, sözleşme kapsamında değerlendiriliyor adli yargıda. Özel hastaneyle hasta arasındaki ilişki yine vekâlet ilişkisi sözleşme ilişkisi, tüketici mahkemesi görevli deniyor 13.Hukuk Dairesince adli yargıda görülmekte. Ben bunu bir kenara koyuyorum, kendi görev alanımdan bakıyorum.

Biraz önce belirttiğim gibi, rücu davaları açıldığı zaman biz olayın içine dahil oluyoruz. Rücu davalarında ilk esas alacağımız konu şu: Her sorumlulukta olduğu gibi, haksız eylem sorumluluğunda olduğu gibi, ilgili sağlık görevlisi veya hekimin kişisel kusuru var mı olayda? Kendisinin meydana gelen zarardaki şahsi katkısı nedir? Çünkü hastane koşulları, kendisine tedavi yapması için sunulan imkânlar, yardımcı personel, hastanede kullanılan alet edavatla ilgili durumlar da ortaya çıktığı takdirde, burada idarenin kendisinin katlanması gereken bir durum var. Sadece ilgili sağlık görevlisinin kusuru yönünden bir uzman bilirkişi heyeti veya bilirkişiden rapor alınmasını istemekteyiz. Burada raporun olayı anlatıp, doyurucu ve gerekçeli olmasını denetime elverişli olmasını özellikle beklemekteyiz. Bu tür rücu davalarında ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ve maddi vaktâ tespitine ilişkin kararı, yani hiç kusurun olmaması şeklindeki kararı bağlar. Bunun dışında kusur oranı zarar miktarı yine bizim için bağlayıcı değildir.

Rücu davalarıyla ilgili Türk Borçlar Kanununda 73.maddede özel bir düzenleme getirildi. 01.07.2012 öncesi Borçlar Kanununda ise rücuya dair, rücuya uygulanacak zamanaşımına dair bir düzenleme yoktu. Ancak biz Borçlar Kanunu 60'tan hareket ederek, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde açılması

gerektiğini düşünmekteyiz ve 01.07.2012 öncesi için onları uygulamaktayız. Fakat 01.07.2012 sonrası için Türk Borçlar Kanununun 73. maddesinde, ödemenin yapıldığı tarih ile sorumlu olunan kişinin öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl, ödemenin tamamının yapıldığı tarihten itibaren her durumda 10 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmekte.

Yeni getirilen bir başka şey var. Türk Borçlar Kanunu 73/2' de diyor ki, kendisinden tazminat ödenmesi istenilen kişi, birlikte sorumlu olduğunu düşündüğü kişiye bunu bildirir diyor, bildirme yükümlülüğü getirildi. Yani idare kendisinden tazminat istendiğinde dava açıldığında idare mahkemesinde, ilgili tedaviyi yapan sağlık görevlilerini tespit ederse, o dava konusunda ihbar edecek. Çünkü bu durumda ilgili kamu görevlisi gelecekte karşılaşacağı rücu davasıyla ilgili hazırlıklı olma imkânına sahip olacak ve idare mahkemesindeki dosyaya da, belki kendi elini güçlendirecek belgeleri sunacak. Eğer bu bildirim yapılmazsa, zamanaşımı süresi ödeme olmuyor. Bu bildirim dürüstlük kuralına göre yapılması gereken tarihten başlatılıyor. Bu çok yeni bir düzenleme ve bu konuda karar yok, onu söyleyeyim sizlere.

Şimdi dairemizin uygulamasında dediğim gibi, bu sağlık görevlilerinin hastanedeki çalışma koşulları, iş yoğunluğu, yardımcı personelin yeterli olup olmaması, olayın özellikler... Her olay kendine has özellik taşır, bunu her zaman dikkate alıyoruz, dikkate alınıyor. Sadece dediğim gibi, karşı taraf sağlık görevlisinin kendisinden kaynaklanan, yani tıp kurallarına uygun normal şartlar altında kendisinden beklenen tedaviyle ilgili ne tür özen göstermesi gerekiyorsa, onu göstermesi beklenir.

Şimdi her haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, bir hukuka aykırı eylem, yani böyle bir durumda tıbbi tedavideki hata durumunda nedir? Dediğim gibi, hekimin tedaviye rıza gösterilmesini beklemesi veya bu rıza gösterilmiş olsa bile tıp biliminin ve hukuk düzeninin kendisine yüklediği özeni gösterecek şekilde tedaviyi uygulaması gerekir.

Burada kusurun kast ve ihmal şeklinde iki hali vardır. İhmal nedir? Sonucu istemezsiniz zararlı sonucu, ancak bu sonucun meydana gelmemesi için de gerekli özenin gösterilmeme halidir. Kast ise, zararlı sonucu isteyerek eyleme girişme halidir. Şimdi yalnız

demin Anayasa 129/5 ve 657 sayılı Kanununun 13.maddesinden bahsettim de, sağlık görevlilerinin kasti eylemleri nedeniyle Anayasa 129/5'ten yararlandırmıyoruz. Örneğin, diyelim hastaneye bir kişi tedavi olmaya geldi bir diş hekimine. Diş hekimine baktı ki, bu kişiler daha önce hastanedeki başka bir diş hekiminin muayenehanesine gitmişler. Onlara hakaret etti, tedavi etmedi gönderdi. Burada artık Anayasa 129/5'ten bahsedilemez. Çünkü hizmetle ilgili olan değil, kasti bir eylem olayın içine girmiştir. Veya tedavi olmaya gelen kişiyi gözüne kestirip, gereksiz yere işte daha fazla bıçak parası almak, para almak için tedavisini uzatıp veya gereksiz yere ameliyat etmeye kalktığı zaman. Burada artık kişisel kasti giriyor devreye, bu haliyle Anayasa 129/5'ten yine yararlandırmıyoruz.

Şimdi uygulamamızın doğruluğunu, geçenlerde bizim daire üyelerimiz burada bir olayda fark ettik. Geçmişte dediğim gibi kişisel kusur denildiği anda, hekime ve sağlık görevlisine dava açıldığı takdirde daire esastan inceleme yapıp, tazminata mahkum edebiliyordu. Yine bir doktorla ilgili 2005 yıllarında böyle bir tazminat davası açılmış. Hekim kısmen kusurlu bulunmuş, tazminata mahkûm olmuş ve ödemiş. Bu arada zarar gören kişi, hizmet kusuru nedeniyle Sağlık Bakanlığına idari yargıda da dava açmış. İdari yargıda da, idari yargıda çünkü hizmet kusuru bir paket halinde değerlendiriliyor. İçine bütün hastane koşulları, çalışanlar, alet edevat bütün koşullar dahil edilip hizmet kusuru değerlendiriliyor. İdari yargıda da aynı olay nedeniyle hizmet kusuru olduğu kabul edilmiş, tazminata hükmedilmiş. Bu adli yargıdaki karar gözetilip de, tahsilde tekerrüre yol açmamak üzere denilmediği için, idare orada tazminata mahkûm edilince ödeme yapmak zorunda kalmış. Bu defa adli yargıda doktor aleyhine rücu davası açmıştı. Daire dedi ki, bir koyundan iki post çıkmaz, aynı eylemden iki kere tazminat ödenmez. Çünkü doktor kendisi aleyhine açılan dava sonucunda kusuru oranında mahkûm olmuştu ve ödemişti, reddi gerekir dedi.

Şimdi bu kast ayrımıyla ilgili bir örneğimiz var yine. Doğum yapmak üzere hastaneye gelen bir kişi ortalığı yıkıyor, kalabalık bir aileyle birlikte geliyor hastaneye. Hastane görevlileri, doktor bir türlü müdahale edemiyorlar. Artık doğum olsun müdahale etmek gerektiğinde, doktor bir tane tokat atıyor hastaya. Bunun

üzerine doğumdan sonra hasta, işte zaten zor durumdaydım bir de tokat attılar dedi dava açtı. Tabii burada tokat atmak tedavi sürecindeki bir eylem olmadığı için kasti eylem gibi görüldüğü için husumeti benimsedi. Yerel mahkeme tazminata hükmetmişti, dairede bayağı da bir tartıştık, tüm olayın boyutlarıyla tanıklarıyla tutanak tutulmuş. Doktorun hastayı yatıştırmak için tokat attığını gördük dosya kapsamında. Bu nedenle tazminata hükmedilmesi gerekçesiyle bozduk kararı.

Dediğim gibi uygulamada bayağı bir farklı olaylar oluyor. Anayasa 129/5'te kıstasımız şu: Görevini yaparken ve göreviyle ilgili konularda. Yoksa Anayasa 129/5'in kapsamında yararlandırmıyoruz, bunu açıkça söyleyeyim.

Şimdi rücu kapsamında nelere bakıyoruz? İdare aleyhine idari yargıda dava açıldığı takdirde, orada doktor veya sağlık görevlisi davalı olmadığı için, hani bu tazmin sorumluluğu sonra icra takibine düşme durumları oluyor. İdare mahkemesi ilamının kesinleşme tarihine kadarki işlemiş bariz yapılan tüm giderlerin rücu kapsamında olduğunu kabul ediyoruz. Dediğimiz gibi, hasım gösterilen rücu davasındaki kamu görevlisinden kusuru oranında tahsili gerektiğini, ama bu arada çalışma koşullarının, iş yoğunluğunun, yardımcı personelin durumunun veya tedaviyle ilgili geçmişte yapıldığı için belge sunamayabiliyorlar. Şimdi başkalarının da kusurlu olma ihtimali olduğunda, bunları da gözeterek bir hakkaniyet indirimi de yapılması gerektiğini gözeterek tazminata hükmedilmesi gerektiği kararlarımızda yer alıyor.

Ben kamu hastaneleri ve üniversite hastanelerindeki durumla ilgili daire görev alanımızdan belirttim. Sözleşme ilişkisi bakımından 13.Hukuk baktı, o nedenle o konuda görüş bildirmeyeceğim.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturuş Başkanı)- Sayın Taş'a çok teşekkür ediyoruz sunumundan dolayı ve süreye uyduğu için. İkinci konuşmacımız Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi adaşım Prof. Dr. Ender Ethem Atay. Buyurun.

SAĞLIK HİZMETLERİNDEN KAYNAKLANAN İDARENİN SORUMLULUĞU, BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ VE TÜRK VE FRANSIZ DANIŞTAYLARININ İÇTİHA TLARI ÜZERİNE NOTLAR

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fak.
İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

“Si un médecin opère un homme pour une blessure grave avec une lancette de bronze et cause la mort de l’homme ou s’il ouvre un abcès à l’œil d’un homme avec une lancette de bronze et détruit l’œil de l’homme, il aura les doigts coupés [ou les mains, selon la traduction retenue]”.

Code de Hammourabi

“Eğer bir doktor bronz bir neşterle ağır bir yarayı ameliyat eder ve hastanın ölümüne sebebiyet verirse veya doktor bir hastanın gözündeki apseyi (çıbanı) bronz bir neşterle açarsa ve adamın gözünü kör ederse, parmakları (veya elleri) kesilecektir.”

Hammurabi Kanunları

“Le principe de la réparation intégrale est évidemment un non-sens pour les dommages qui ne peuvent être réellement réparés et pour les victimes auxquelles, par conséquent, il n’est jamais question d’offrir qu’une simple compensation.”

“Bedensel zararların tazmininde gerçekten tazminin olamayacağı ve mağdurların için basit bir zararın giderilmesinin kendilerine hiçbir zaman sunulmaması dolayısıyla tam tazmin ilkesinin anlamsızlığı kuşkusuzdur.”

La victime doit obtenir réparation de “tout son préjudice, rien que son préjudice”.

Zarar görenin (mağdurun) sadece zararının tamamının tazmini gerekir.

“La responsabilité qui peut incomber à l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; (...) cette responsabilité n’est ni générale, ni absolue; (...) elle a ses règles spéciales qui varient suivant Les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l’Etat avec les droits privés”.

Le Tribunal des conflits, le 8 février 1873 la décision Blanco

“Kamu hizmetlerinde çalışan kişilerin davranışlarının 3. Kişilere verdiği zararlar dolayısıyla devlete sorumluluk yüklenilebilmesi bireylerle bireyle arasındaki ilişkiler için Medeni Kanunda ortaya konulan ilkelerle çözümlenemez; (...) Bu sorumluluk ne genel, ne de mutlaktır; (...) Hizmetin ihtiyaçları ve devletin yetkileri ile bireylerin haklarının uyumlaştırılması zorunluluğunu izleyen değişkenliklerin özel kuralları bulunmaktadır.”

Uyuşmazlık Mahkemesi, 8 Şubat 1973, Blanco Kararı

GİRİŞ

Sağlık hizmetlerinden sorumluluğun yoğunlaştığı nokta, kamu hastanelerinde maruz kalınan zararlar ve bu anlamda da en önemli ve ön plana çıkan durumda bedensel zararların tazmidir. Dolayısıyla burada tedavi amaçlı kamu hastanelerinde yaşanan ağır ve istenilmeyen durumlarda, tedavi sürecindeki kamu görevlilerinin kişisel anlamda olmayan sorumlulukları gündeme gelmektedir. Salt kişisel kusurun bahse konu olduğu durumlarda failin genel hükümler uyarınca adli yargıda görülen ve çözümlenen hukuki ve cezai sorumluluğundan bahsedilmektedir. Bu istisnai durumun dışında kamu kurumunun tedavi hizmetinden kaynaklanan sorumluluğu ile karşı karşıya kalınmış olunur.

Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğunda, *hizmetten ayırlamayan kusur* yani *hizmet kusuru*¹ sorumluluğu esastır. Bu anlamda kusur kavramının hukuki anlamı özel hukuktaki kusur kavramının hukuki anlamı ile aynı kullanılmaktadır. Beceriksizlik, hassasiyet göstermeme (itinasızlık), dikkatsizlik, göz ardı etme, savsama, kanunun ya da düzenleyici işlemin idare hukukuna özgü hükümler öngördüğü güvenlik ve dikkat anlamındaki

¹ La faute de service dite “ non détachable du service «

emredici bir yükümlülüğüne aykırı davranmak ve sağlık kamu hizmetinin örgütlenmesindeki organizasyon hataları ve eksiklikleri hizmet kusurunun oluşumunu etkileyen belli başlı örneklerdir.²

Hizmet kusurunun yanında özellikle Fransız Danıştay'ının içtihatlarıyla ne ceza hukuku, ne de özel hukukta tanınmadığı ölçüde kusursuz sorumluluk kavramı ortaya konulmuştur. Kusursuz sorumluluk risk (tehlike) teorisiyle nitelendirilir ve kamu külfetlerinin paylaşımında eşit haklar ilkesine bağlılık gösterir. Fransız hukukunda 7 Mart 1958 tarihli Dejous kararıyla da kusur karinesi³ kabul edilmiştir.

Fransız Danıştay'ı sorumluluk konusunda *özellik gösteren* bazı idari rejimlerin zorunlu niteliklerini kendi haline bırakmamıştır. Bu anlamda bilinen en önemli örnek hastanın hür iradesiyle hekimi seçemediği kamu hastanelerine ilişkindir. Fransız Danıştay'ı verdiği üç önemli kararıyla⁴ idarenin sağlık hizmetlerinden sorumluluğu alanında o ana kadarki anlayış ve uygulamayı allak bullak etmiştir. Böylece öncelikle sırasıyla ağır hizmet kusurundan vazgeçilmesi, idarenin kusursuz sorumluluğunun kabulü ve nihayet tıbbi zararların temeli üzerine oturtulan tazmin yükümlülüğünü risk ilkesi sorumluluğuna dayandırma söz konusu olmuştur.⁵ Fransız İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 6. maddesinde öngörülen hükme göre: "*Kanun herkes için aynı olmalıdır.*"⁶ Bu ilke ve anlayışa bağlı olarak Fransa'da kamu hukukunun özel hukuktaki hekimin sorumluluğu alanında, özel hukuk doktrinini etkilediği ifade edilmektedir. Bu anlamdaki bir dolaylı ilişki Fransız Yargıtay'ının kararlarında da etkili olmuş ve yer bulmaya başlamıştır. Türk hukukunda bu gelişim seyri aksi yönde olmuştur. Fransız adli yargısında Yüksek Mahkemenin içtihatlarında hakkaniyet kavramının sayesinde böylece kamu hukukuna yaklaşıma

² Maladresse, imprudence, inattention, négligence, manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou les règlements mais y ajoute un concept propre au droit administratif, le manquement dans l'organisation du service public.

³ La "présomption de faute".

⁴ Arrêté pour V. (CE - 10 avril 1982), Arrêt Gomez (CAA Lyon -21 décembre 1990) et Arrêt Bianchi (CE -9 avril 1993)

⁵ L'abandon de la faute lourde, la reconnaissance de la responsabilité sans faute puis de la responsabilité pour risque qui indemnise sur la base de l'aléa médical.

⁶ "La loi doit être la même pour tous « (Art.6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

söz konusu olmuştur. *Günümüzde idarenin sorumluluğunda ulaşılan nokta Fransız hukukunda “özel hukuk sorumluluğundan risklerin toplumsallaştırılması”⁷ olarak özetlenmektedir.*

I.- GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU⁸

Bir takım şartların varlığı halinde idarenin faaliyetlerini yürütürken sebep olduğu mağdurun bir zararının tazmini genel anlamda, kural olarak kusurlu davranış, zarar ve illiyet bağı⁹ şartlarının geçerli olduğu özel kişiler arasındaki ilişkilerden doğan zararların tazmininden bir farklılığı söz konusu değildir. İdarenin sorumluluğunda (*kamu kudretinin akit dışı sorumluluğunda*) uzunca bir süre sorumsuzluk ilkesinin¹⁰ geçerli olduğu unutulmamalıdır. Hiç kuşkusuz günümüzdeki bir asırlık bir geçmişi olan idarenin sorumluluğunda ulaşılan nokta, bir değişim ve gelişimin ürünüdür. Sorumsuzluğun gerekçesi olarak öncelikle egemenliğin özelliği, özgünlüğü herkese tazmin yükümlülüğü getirmeksizin zorla uygulanır anlayışı¹¹; ikinci olarak özel kişilerin işlem ve ilişkilerinde kişisel çıkar söz konusu iken; idarenin işlem, ilişki, düzenleme ve eylemlerinde kamu yararı esastır görüşü ve nihayet gerçekliği olmayan en azından tartışma konusu edilen tarihi düzenden kaynaklanması söz konusu edilmiştir. Fransa’da tarihsel süreç içinde devletin sorumluluğuna kim karar vereceği tartışma konusu yapılmış ve öncelikle adli yargının bu tür bir yetkisinin olamayacağı yasal düzenlemeyle öngörülmüştür. Ancak bu anlayışın günümüzde anlamını yitirdiği bilinmektedir.

⁷ De la responsabilité civile à la socialisation des risques.

⁸ Bkn. **ATAY Ender Ethem**: *İdare Hukuku*, 6.Bası, Ankara 2018, sh.703 vd.; **ATAY Ender Ethem, ODABAŞI Hasan**: *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2.Baskı, Ankara 2010, sh. 34 vd.; **BELRHALI Hafida**: *Responsabilité Administrative*, LGDJ, Paris 2017; **GUETTIER Christophe**: *La Responsabilité Administrative*, LGDJ, Paris 1996; **MOREAU Jacques**: *La Responsabilité Administrative*, PUF, Paris 1986; **ROUGEVIN-BAVILLE**: *La Responsabilité Administrative*, Hachette, Paris 1992.

⁹ Faute - préjudice - lien de causalité. Bkn. **POUILLAUDE Hugo-Bernard**: *Le lien de causalité dans le droit de la responsabilité administrative*, Thèse de doctorat en Droit public soutenue le 13 décembre 2011, Université Panthéon-Assas; **CALLE MEZA Melba Luz**: *“Le lien de causalité et la responsabilité des hôpitaux publics à l’époque de la révolution médicale. Une étude de la jurisprudence administrative française à la fin du XXe siècle”*, Bogotá D.C. Colombia • No. 39 • Julio - Diciembre de 2013 • pp. 21-42 • Ejemplares: 1000 • ISSN: 0124-0021, file:///C:/Users/user/Downloads/Dialnet-LeLienDeCausaliteEtLaResponsabiliteDesHopitauxPubl-4763483%20(1).pdf

¹⁰ Un dédommagement par la puissance publique.

¹¹ Le propre de la souveraineté est de s’imposer à tous sans compensation.

Tarihsel gelişim sürecinde idarenin hukuka uygunluğunun denetimine bağlı olarak yaptırım anlamında hukuka aykırı işlemin iptaline hükmedilmesi, bir zararın varlığı halinde de zararın tazmini anlayışının ortaya çıkması ve şekillenmesi ile bu iki idari davanın uygulamaya aktarılması anlamında bir at başı birlikteliği söz konusudur. Zira her iki idari davada da idarenin hukuk kurallarıyla bağımlı kılınması, hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçların ortadan kaldırılması düşüncesi baskındır. Dolayısıyla idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlendiği iptal davalarının yanında idarenin sorumluluğu, idari rejimde liberalizmin ikinci unsurudur. İdare hukukunda idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ve idari işlem ve eylemlerden dolayı sorumluluk idare edilenlere tanınan güvencenin iki sütunu gibidir. Bu anlamda idare hukukunda öngörülen çözümler, idare edilenlerin lehlerine olabilecek bir şekilde sorumluluk hukukunda tedrici ilerleme ve gelişim göstermiş ve göstermeye de devam etmektedir. İdari yargının kararlarına yansıyan bu tutum zaman zaman yasal düzenlemelerle pekiştirilmiş ancak bazı yasal düzenlemelerde idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunun içerik, kapsam ve şartlarının devletin mali yapısını çok zorlamaması anlamında sınırlandırılmaya çalışıldığı da bilinmektedir.

XIX. Yüzyılın başında devletin sorumsuzluğu kural idi, daha sonra bu ilke geçerliliğini kaybederek günümüzde istisnaya dönüşmüştür. Ancak bu durum hükümet tasarruflarının söz konusu olduğu alanda mevcudiyetini korumaktadır. Kamu kudretinin sorumsuzluğu ilkesinin ağırlığını kaybetmesiyle bir diğer ilke, yani “özel hukuktan farklı özgün kuralların uygulanması ilkesi”¹² gündeme gelir.

İdarenin sorumluluğunun kabulünde dayandırılan ilke olarak bu anlamda **eşitlik ilkesine**¹³ az çok başvurulduğu ve hesaba katıldığı da altının çizilmesi gerekir. Bu ilke sayesinde idarenin sorumluluğu anlamında geniş bir uygulama alanının oluşturulduğu rahatlıkla söylenebilir. İlk olarak idarece sebebiyet verilen bir zararın tazmininde kural olarak **bireylerin kamu yükümlülükleri**

¹² Règles spéciales, dérogations au droit privé.

¹³ Bkn. PELLISSIER Gilles: *Le principe d'égalité en droit public*, LGDJ, Paris 1996.

karşısında eşit yükümlülükleri ilkesiyle¹⁴ zararın karşılanması gerçekleştirilmiş olur. Böylece öncelikle artık “kusur” kavramına bağlı kalınmanın üstesinden gelinmiş ve idarenin etkinliğinin tamamıyla kurallara uygun olmasına rağmen ağır bir eşitsizlik ortaya çıkmışsa, bunun giderilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. İkinci olarak da eşitlik ilkesi kamu görevlilerinin şahsi sorumluluğunun gelişiminde önemli katkı sağlamış, idarenin sorumluluğu alanında “kusurun müsebbibi kim olursa olsun zarar öncelikle idare tarafından *tazmin edilmelidir.*” anlayışı kabul görmeye başlamıştır.

İdare hukukunun özelliklerinden biri olarak sayılan içtihadi hukuk niteliği, idarenin sorumluluğunda, idare hukukunun konuları içinde ayrı ve önemli bir yer tutar. İdarenin sorumluluğu rejimi önemli bir ölçüde yargıcın eseridir. Bununla birlikte birtakım yasal metinlerde bu sorumluluğa ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki son zamanlarda idarenin sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemelerde bir artış gözlemlenmektedir.¹⁵ Yasal düzenlemelerdeki artış bir yana bırakılacak olursa, bu nokta idarenin sorumluluğunun özel hukuk sorumluluğundan bağımsız olduğu¹⁶ ve istisnai durumların dışında idari yargıcın bu alanda yetkili olması olgusundan dolayı önemlidir. İşin esasına bakıldığında idarenin idare edilenler karşısındaki sorumluluğu, bunların arasındaki özel hukuktan kaynaklanan sorumluluktan çok farklıdır. Özel hukukta sorumluluk çok hassas dengeler üzerine oturtulmuştur. Konunun özelliği bireylerin biri birlerine

¹⁴ L'égalité des citoyens devant les charges publiques.

¹⁵ İdari rejimde özellikle Fransa'da idarenin sorumluluğuna ilişkin gelişimde ve kuralların ortaya konulmasında Danıştay'ın (*Conseil d'Etat*) rolü yadsınamaz ve çok önemlidir. Bununla birlikte artık idarenin etkinliklerinden doğan zararların tazmininde sadece yargı içtihatlarının etkili olduğu söylenemez. Farklı sebeplere dayanılarak hâlihazırda birçok idarenin sorumluluğuna ilişkin durumda (bilinen en önemli örnek idarenin taşıtlarının sebebiyet verdiği zararların tazminine ilişkin davalar adli yargıda görülüyor olması) adli yargının yetkili olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki, bazı zararların tazmini karşısında kanun koyucunun yasal düzenleme yoluyla müdahalede bulunmak suretiyle tazminatın ödendiği fonlar (*fonds d'indemnisation*) kurulmuş ve buna bağlı olarak da **risklerin sosyalleştirilmesi ilkesine** (*socialisation des risques*) vurgu yapılmaktadır. Böylece başvuru sonucunda dayanışma anlayışının geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasına çalışılmaktadır (CHRÉTIEN Patrice, CHIFFLOT Nicolas, TOURBE Maxime: *Droit administratif*, 16ème édition, Sirey, Édition Dalloz, Paris 2018, sh.714). İdarenin sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemeler ülkemizde genellikle idarenin kusursuz sorumluluğunun dayanaklarından biri olan tehlike (risk) ilkesinin uygulama alanı bulduğu konularda yoğunlaşmıştır. Bkn. ATAY Ender Ethem: *İdare Hukuku*, sh.761 vd.

¹⁶ L'autonomie de la responsabilité administrative.

karşı verdikleri zararlar hukuka aykırı addedilir ve ancak bu kusurun esasından zararın tazmin edilmesi talep edilebilir. İdare hukukunda ise bu anlamda tam aksi bir durum söz konusu olup, sorun kamu hukukunun iki ilkesi üzerine inşa edilmiştir. Bunlardan *ilkine göre* bireyin kamu hizmetlerin düzgün işlenmesini talep hakkı¹⁷ vardır. İkinci olarak da hiçbir kişinin kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklananların dışında bir yükümlülüğe katılmak zorunda değildir.¹⁸ Buna göre ilk ilkede çok özellik ve özgünlük taşıyan bir kusur yani objektif olarak görülen bir hizmet kusuru söz konusudur. İkinci ilkeye göre kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin uygulanması bahse konudur.¹⁹

Bu noktada idarenin sorumluluğu alanında Danıştay'ın klişeleşmiş bir şekilde içtihadındaki ifade aşağıdaki gibidir: "İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır."²⁰

İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duyulmasıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır."²¹

¹⁷ Les particuliers ont droit au fonctionnement correct des services publics.

¹⁸ Aucun particulier ne doit supporter plus qu'un autre la charge inhérente au fonctionnement correct des services publics.

¹⁹ Bu ilke öncelikle idari işlemlerin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde uygulama alanı bulmaktadır. Kamusal yükümlülükler herkesin hakkı ve meşru isteklerinin tatmini yani kamu yararının sağlanması için gereklidir. Kusursuz sorumluluk kişilerin bu anlamdaki istemlerinin eşitsizliğin kurallara uyulmasına rağmen giderilmesini hedeflemektedir.

²⁰ Dan. 15.D., 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604; Dan., 15. D., 23.05.2016, E.2013/5356, K.2016/3705.

²¹ Dan.10.D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939, Danıştay Dergisi, S.119.

Türk ve Fransız hukukuna tarihsel gelişim süreci açısından baktığımızda başlangıçta kamu kudretinin kullanılmasından ve dolayısıyla da idarenin sebebiyet verdiği zararların giderilmesi (*tazmini*) anlamında **sorumsuzluk**²² ilkesinin geçerli olmuştur. Bu dönemi açıklamak için özdeyiş olarak Fransa'da "*Kralın kötülük yapamayacağı*"²³ görüşü hâkimdi.²⁴ Zira kamu kudretinin kullanılması, **devlet egemenliğinin enkarnasyonu**²⁵ veya egemenliğin doğal bir sonucu²⁶ olarak kabul edilmekteydi. Bu süreçte zaman içinde devletin sorumsuzluğu ilkesinin mutlak anlamını yitirmeye başladığı görülmektedir ve öncelikle bayındırlık hizmetleri²⁷ ile mahalli idarelerin yürütmekte olduğu faaliyetlerinden dolayı devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Çünkü topluma en yakın olan ve faaliyetlerinde anında etkilenilen kamu kudretinin temsilcileri bu devlet birimleridir. Burada zararların tazmininde idari yargıç öncelikle devletin ve onun idari birimlerinin en azından önemli bir ölçüde **ağırlık** içerenlerinden²⁸ kaynaklanan zararlarının tazminine hükmetmekle işe başlamıştır. Bunun sebebi tazminat ödenmesinin mali açıdan devlete getireceği yük olduğu kuşkusuzdur. Bu kabulün kalıntılarını günümüzde idari yargıcın tazminata hükmetmekteki çekingenliğinde hâlâ gözlemlemek mümkündür. Söz konusu çekingenlik Türk idari yargı kararlarında daha da belirgindir. Başlangıçtaki bu anlayış idarenin sorumluluğunda sınırlı olsa bazı alanlarda halen kullanılmakta olan idarenin sorumluluğundaki ağır kusur kavramının kaynağını oluşturmaktadır.

²² L'irresponsabilité.

²³ Le Roi ne peut mal faire.

²⁴ Bu anlayış Devrim sonrası genel iradenin yanılmazlığı kabulünün bir sonucu olarak "*Millet kötülük yapmaz*" "*la nation ne peut mal faire*" anlayışına dönüşmüştür.

²⁵ Vücut bulması/l'incarnation de la souveraineté de l'État.

²⁶ Un corollaire de la souveraineté.

²⁷ Travaux publics. Fransa'da bayındırlık hizmetleri dolayısıyla idarenin sorumluluğu XIX. Yüzyılda çıkarılan bir kanuna dayanmaktadır. Bu düzenleme o dönemde idarenin sorumsuzluğunun kabul edilmiş olması dolayısıyla önemlidir. Bu düzenlemenin uygulanmasında dönemim il idare kurulu bayındırlık hizmetinin yürütülmesiyle birlikte söz konusu hizmette çalıştırılanların eylemlerinden de sorumluluğun oluştuğuna karar vermiştir.

²⁸ Dans les cas les plus graves.

Tarihsel sürecin dönüm noktası Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 8 Şubat 1873 tarihli Blanco kararı²⁹ olmuştur. Bir başka ifadeyle XIX. Yüzyıl boyunca devletin sorumsuzluğu ilkesinin yerini kısmi bir sorumluluk ve bu anlayışın oluşumunda ve sorumsuzluğun zayıflatılmasında Blanco kararı önemli bir rol oynamıştır. Böylelikle sorumluluk alanında yeni bir kuralın uygulanması ve özel hukuktaki sorumluluktan ayrılma söz konusu olmuştur³⁰. Bu kararı müteakiben 10 Şubat 1905 tarihli Tomaso Grecco kararında³¹ idarenin kolluk etkinliklerinden dolayı da sorumluluğu kabul edilmiştir. Daha sonra 5 Temmuz 1972 tarihli Kanunun 11. Maddesi ile yargı hizmetinin kusurlu işlemesinin neden olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu hükmü öngörülmüştür. Kısacası Blanco kararı sonrasında devletin sorumluluğu alanındaki gelişme Fransız hukukunda devam etmiş, mevcut durumu itibariyle idarenin sorumluluğu özel hukuktaki sorumluluktan daha iyileştirilmiş, mükemmelleştirilmiş bir şekilde genelleştirilmiş ve güçlendirilmiştir.³²

Agnès Blanco isimli küçük bir kız çocuğu Bordeaux'da tütün işletmesinin iki binası arasında işletmeye ait bir vagonun çarpması sonucu yaralanmıştır. Bu vesileyle görülen tazminat davasında adli yargının bu tür bir davayı görmede yetkili olup olmadığı sorunu Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne taşınmış ve Yüksek Mahkeme idari yargıyı yetkili görmüştür. Bu kararlar getirilen yenilik kamu hizmetinin ifası sürecinde ortaya çıkan zararların tazminine karar verme yetkisinin idari yargının görev alanına girdiğine hükmedilmesidir. Kararda ayrıca kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmininde otonom ve Medeni Kanun'un öngördüklerinden farklı ilkelerin uygulanmasının söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığın tarafı niteliğini taşıyan idare, gerçek kişilerle aynı anlamda eşit bir statüde olduğu kabul edilemez.

²⁹ LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 21ème édition, Dalloz, Paris 2017, sh.1-7; ATAY Ender Ethem: *age*, sh.707-708.

³⁰ L'application de règles sipaciales/ dérogation au droit privé.

³¹ LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.: *age*, sh.82-87.

³² GEORGES Philippe: *Droit public*, 9ème édition, Paris 1994, sh.313.

1873 tarihli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Blanco kararıyla idarenin sorumluluğu alanında üç temel ilke öngörülmüştür. İlk olarak idarenin sorumluluğunun varlığı, *ikinci olarak* bu sorumluluğa -yani bir kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluğa- karar verecek yargı kolunun idari yargı olduğu ve *nihayet* idarenin sorumluluğunun genel anlamdaki sorumluluğa oranla otonom (bağımsız) olmasıdır. Bir başka deyişle Blanco kararında dile getirilen sorumluluğun ne genel ne de mutlak olduğu ifadesindeki genel olmama devletin bir takım faaliyetlerinden dolayı sorumluluğunun bulunmadığı ve mutlak nitelik taşımaması da sorumluluğun kusur kavramından ayırt edilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Devletin kusuru sorumluluğu olmadan da mümkündür. Devletin sorumluluğunun bahse konu edilebilmesi kusurun belirli bir yoğunluğa ulaşması şartına bağlıdır. Bu anlayış sorumluluğun belirli ölçüde özel hukuka yani bu hukuka kaynaklık eden Roma hukukundaki sorumluluk anlayışına yaklaştırmakta, sorumlu tutulmanın bir kusurunun değil davranışının söz konusu edildiği Hıristiyanlığın sorumluluk anlayışından uzaklaştırmaktadır. Kısacası idari ve adli yargının hukuki sorumluluğa ilişkin yaklaşımı tanınmasına rağmen, kararda idari ve adli yargıca hükmedilecek sorumluluklar arasında bir kimlik farklılaşmasının mevcudiyetine vurgu yapılmaktadır. İdari yargının otonomisi mevcuttur. Bunun sonucu olarak sorumluluk anlamında idarenin sorumluluğu, adli yargıdan farklı bir anlam almıştır. İdarenin sorumluluğu bazı durumlarda içeriğini Blanco kararının ilk halindeki anlamı itibarıyla Medeni Kanun'un zarara uğrayanlara tanıdığı haklara oranla daha az avantajlı bir durum sergilemektedir. İdari yargıda sorumluluk için bazı durumlarda ağır kusur şartının aranıyor olması, bu tespite ilişkin en bariz örnektir. Bu kapsamda idari yargının adli yargının zararın muhatabına tatmin edici çözüm öngörmediği durumlar için idarenin sorumluluğuna hükmettiğinin de altının çizilmesi gerekir. İdarenin sorumluluğu anlamında günümüzde ulaşılan noktada Blanco kararında ifade edilen devletin sorumluluğunun ne genel, ne de mutlak bir anlam içerdiği formülünün katkısı ve etkisinin hâlâ devam ettiğini göstermektedir.

Blanco kararıyla Borçlu Devlet³³ ölçütünün uygulanmasına hükmedilmiştir. Bu ölçüt gereğince devletin sorumluluğuna ancak idari yargı karar verebilir. Açık bir ifade ile idareye Medeni Kanun'un tatbiki dışlanmış, idarenin sorumluluğunun ölçütü olarak kamu hizmeti kavramı kabul edilmiş ve bu kavrama bağlı olarak özel kuralların uygulanması gerekliliği ve bu uygulamanın idari yargı tarafından gerçekleştirilebileceği, yetkinin esas izlediği ilkesi ve idarenin otonomisi ilkesi ilan edilmiştir.³⁴

1873 tarihli Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Blanco kararı ile;

- 1- Kamu görevlilerinin işlediği kusurlardan dolayı Devletin (idare) Medeni Hukuk hükümlerine göre sorumlu olmayacağı,
- 2- Devletin sorumluluğunun ne genel, ne de mutlak olduğu³⁵,
- 3- Kamu görevlilerinin işlediği kusurlardan dolayı Devletin sorumlu tutulacağı ve bu sorumlulukta hizmetin gerekleri ve devletin yetkileri ile bireylerin haklarının uyumlaştırılması zorunluluğuna ilişkin özel kuralların söz konusu olduğu,
- 4- Devletin (idarenin) sorumluluğuna karar vermede idari otorite/idari yargı tek yetkili olduğu ve
- 5- Devlet ve kamu hizmetlerinden kaynaklanan sorumlulukta özel hukuk sorumluluğunun düzenlemeleri dışlanıp, idarenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Blanco kararının değerlendirilmesi

³³ L'Etat débiteur. Borçlu Devlet Teorisi idari yargının yetkisinin birleştirilmesindeki ilk ölçüttür (*le premier critère unificateur de la compétence de la juridiction administrative*). Bu Teori parasal anlamda Devleti mahkûm etmeyi adli yargıca yasaklayan 1790 tarihli iki kanun ve 1793 tarihli Kararname tarafından konulmuştur. Söz konusu yasal düzenlemeler bu yetkiyi idari yargıca tanımıştır.

³⁴ **RENAUT Marie-Hélène:** *Histoire du droit administratif*, Paris 2007, sh.122-123.

³⁵ İdarenin sorumluluğuna ilişkin doneler çok karmaşık bir beraberliğin şekillenmesidir ve yargıç farklı gereklilikler arasında bir uyum sağlama anlamında önemli bir işlevi yüklenmiş ve yüklenmeye devam etmektedir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, kamu yükümlülükleri önünde eşitlik ilkesi ile kamu yararının zorunlu kılmasından çıkarılan sonuçlara bazı kamu hizmetlerinin yürütülmesinde karşılaşılan güçlükler, yürüttükleri hizmetin özellikleri dolayısıyla kamu görevlilerinin korunması zorunluluğu aynı zamanda onlara ilişkin özel sorumluluk kuralları arasında idari yargıç bir denge oluşturmaya gayret gösterir. Kamu görevlisine güvence sağlanması aynı zamanda mağdurun zararının tazmininde ödeme kabiliyetini haiz bir muhatabının olması olgusuyla dengelenmelidir. Bu sebeple öncelikle idarenin sorumluluğuna gidilmesi kamu görevlisi, idare ve mağdur arasında yeni bir uyum sağlanmasını gerekli kılar. Öncelikle idarenin sorumluluğu esasî ön plana çıkar.

dirmesi yapılırken özetle bu kararın gerçek anlamda bir idare hukukunun doğumuna kaynaklık ettiği³⁶ olgusuna vurgu yapılmaktadır.³⁷

Blanco kararı sonrasında iktisadi (ticari) ve endüstriyel kamu hizmetlerine ilişkin 22 Ocak 1921 tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Société commerciale de l'Ouest africain dit Bacd'Eloka³⁸ kararıyla kamu hizmetinin artık sadece idare hukuku ile özel hukuk arasındaki ayırt edici ölçüt olması anlayışına son verilmiştir. Ayrıca söz konusu alandaki kamu hizmetleri adli yargının görev alanına dâhil edilmiştir. Dolayısıyla 1921 tarihli bu karardan itibaren söz konusu kamu hizmetini yürüten kamu görevlileri ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkilere özel hukuk tatbik edilir. Böylece Blanco kararının genellemesine karşı önemli bir gelişme bu kararla dile getirilmiştir. Daha sonra 31 Aralık 1957 tarihli bir kanunla kanun koyucu idarenin taşınlarının yaptığı kazaların özel kişilere verdiği zararların tazminini adli yargının görev alanına dâhil etmiştir. Nihayet 23 Kasım 1956 tarihli *Trésor Public c. Giry* kararıyla Fransız Yargıtay'ının Hukuk Dairesi yargı kamu hizmetinin yürütülmesi sürecinde adli yargıcın idare hukukunu uygulaması gerekliliğine hükmetmiştir. Bu kararın Blanco kararındaki gerekçelere getirdiği değişiklik idare hukukunun zorunlu bir şekilde idari yargıç tarafından yürütülmesi gerekliliğine son vermiş olmasıdır. Kısacası Blanco kararı sonrası günümüz anlayışı ve uygulamasında artık kamu hizmetlerine idare hukukunun mutlak anlamda tatbiki gerekmemekte, idare hukuku zorunlu olarak idari yargıç tarafından uygulanmaktadır. Bu durum da göstermektedir ki, öteden beri söylenen adli yargının idari yargıdan ayrılığı ilkesi mutlak bir anlam içermemekte, uygulamada nüanslar söz konusu edilebilmektedir.

Bu tarihsel gelişim süreci Fransız idari rejimini benimsemiş ülkemizdeki yasal düzenlemelerde ve hatta anayasal düzenlemelerde somut hükümlere dönüşmüştür. Buna göre; Anayasanın 40.

³⁶ Le droit administratif est né véritablement en 1873.

³⁷ JANIN Patrick: *Cours de droit administratif*, Lyon 1994, sh. 30.

³⁸ TC, 22.01.1921, Société commerciale de l'Ouest africain, dit Bac d'Eloka LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.: *age*, sh.211-218; Bkn. TOUZEIL-DIVINA Mathieu: *Dix mythes du droit public*, LGDJ, Paris 2019, sh.267 vd.

maddesinin ikinci fıkrasında, “Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” düzenlemesi, 129. maddesinin 5. fıkrasında da, “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.” kuralı yer almaktadır. Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinin 1. fıkrasına göre de, “Kişiler, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.” Buna göre, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken kusurlu davranışlarıyla neden oldukları zarardan, devletin asli ve birinci dereceden sorumluluğu esasını kabul etmiştir.

Öncelikle tekraren belirtmek gerekir ki, **idarenin sorumluluğu konusunda temel ilke, bu sorumluluğun özel hukuktaki sorumluluktan farklı olmasıdır.** Söz konusu tespit idare hukukunun otonom olma özelliğinin doğal bir sonucudur. Bu kapsamda başlangıçta idarenin sorumluluğunun **idarenin ağır kusuruna**³⁹

³⁹ Une faute lourde. En genel anlamda hukuki anlamda ağır kusur, kamu görevlisinin bir kamu hizmetinin ifası aşamasında çok ağır bir hatanın etkisi altında (*sous l’influence d’une erreur tellement grossière*) gerçekleştirdiği kusurlu davranışdır. Bu anlamda olmak üzere kamu görevlisinin kişisel kin (*l’animosité personnelle*), zarar verme saiki (*l’intention de nuire*), kötü niyetle (*la mauvaise foi*), hukukun ve mesleki etik kurallarının dışında hareket ederek işlediği kusurudur. Bazen de anormal bir şekilde zarar vermeye müteallik tutum ve davranış sonucu gerçekleştirilen kusurlu hareket tarzıdır. Bir başka tanım ise kamu görevlisinin kendisine verilen misyonun gereklerinin yerine getirilmesinde uygunluk göstermeyen, kamu hizmetine tehdit ve tehlike oluşturan tutum ve davranışın sonucu ortaya çıkan kusurdur. Nihayet kamu hizmetinin yöneldiği idare edilenlerin yararlanma ve temel hak ve hürriyetlerinin kullanılması ve korunması için yapılması gereken iş, işlem ve tutum ve davranışlarda meşruiyeti ve kabul edilebilirliği hiçbir şekilde ileri sürülemeyecek ve savunulamayacak nitelikteki kusurlar, ağır kusurdur.

Kavramın sağlık hizmetlerine tatbik edilmesinde, sağlık kamu hizmetlerini ifada yetkili olanların sağlık kamu hizmetinin bünyesiyle ve sağlık kamu görevliliği sıfatıyla bağdaştırılmayacak tarzdaki tutum ve davranışlarıyla hayatın normal akışı için kabulü, savunulması, göz ardı edilmesi, hoşgörülle kabul edilemeyecek nitelikteki mesleki bilgi ve becerindeki eksiklik veya özensizliğin sonucu davranışlarını ağır hizmet kusuru olarak tanımlayabiliriz. Dolayısıyla ağır hizmet kusuru belli bir ölçüde kişisel kusurun tanımıyla örtüşmektedir. Nitekim öğreti ve yargı kararlarında ifade edildiği üzere **kişisel kusur**: “Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hataları; kötü niyet ve amaçla ilgiliye zarar vermek veya kamu yararı dışında özel çıkarlar sağlamak için, bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle, başlanılmayacak ölçüde ağır

veya **bayındırlık hizmetlerinde de mülkiyet hakkına ağır bir şekilde zarar verilmesi**⁴⁰ şartına tabi kılınmıştır. Burada ağır hizmet kusuru kavramına, idarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğuna geçişte idarenin tazmin yükümlülüğünü sınırlamak amacıyla başvurulduğunu belirtmekte yarar vardır.

Sorumluluğa ilişkin ikinci periyot olarak adlandırılan dönemde idarenin sorumluluğunun kapsamında dikkat çekici bir nitelikte gelişme yaşanmış ve **basit kusurlarda**⁴¹ sorumluluğun kapsamına dahil edilmiştir. Bu süreçte kusurun varlığı yeterli görülmeye başlanmıştır. Kısacası **geçen yüzyılın ortalarında devletin sorumluluğu zarara uğrayanın lehine dönüşecek bir hal almıştır**. Aynı şekilde bu dönemde özel hukukta da önemli gelişmelerin yaşandığının altının çizilmesi gerekmektedir.

II.- İDARENİN SORUMLULUĞUNA TÜRK DANIŞTAY'ININ YAKLAŞIMI

İdarenin sorumluluğuna ilişkin Danıştay kararlarında yer alan sürekli bir şekilde tekrarlanan ve Yüksek Mahkemenin bakış açısını yansıtan ifadelerin bir kısmı aşağıdaki gibidir. Yüksek Mahkemenin kararlarında öncelikle idarenin sorumluluğunun anayasal ve yasal dayanakları ve şartları, tam yargı davasının niteliği, davacının statüsünün belirlenmesi, sorumluluğun dayandırılacağı sorumluluk ilkesi, sorumluluğa konu edilen idari faaliyetin özellikleri ve nitelikleri ve bu durumun sorumluluğun kapsamının belirlenmesi üzerindeki etkisi üzerinde durulmaktadır.

“Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetin-

kusur oluşturan açık biçimde hukuka aykırı eylem ve işlemlerden oluşur. Kamu personeli bilerek veya isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuatta açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını aşar ya da yönetimin işlev alanının dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”

⁴⁰ Une atteinte grave au droit de propriété.

⁴¹ Une faute simple.

den yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır. Tam yargı davalarında yargı yeri, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran fiilleri, hem de bundan çıkması muhtemel hukuki sonuçları tespit etmelidir. Tam yargı davalarında yargı yerlerinin, araştırma, inceleme ve hüküm verme yetkisi, bu yönüyle iptal davasına göre çok daha geniştir."⁴²

"Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin taz-

⁴² Dan.10.D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939, Danıştay Dergisi, S.119; Dan. 15.D., 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604.

min sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörülemeyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir.”⁴³

Danıştay bir kararında; ... Kadın Hastanesinde rahim ameliyatı olan hastanın ameliyat sonrasında ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulmuş hastanın açtığı davada; gazlı tamponun çıkarılmasında ikinci bir ameliyatın söz konusu olmadığı, gazlı tamponun kalmasının hastayı birkaç gün koku ve akıntı sebebiyle rahatsız edeceği ve bunun dışında başka bir komplikasyonun veya ileride hastanın hayatını tehdit edecek bir durumun söz konusu olmayacağına tespit edilmesi nedeniyle; gazlı tamponun unutulmasından dolayı olayda idarenin kusurlu olmasına rağmen davacının bu sebeple uğradığı kesin bir zarardan söz etmeye olanak bulunmadığı, bu nedenle maddi tazminata hükmedilmesine olanak bulunmadığına, karar vermiştir⁴⁴. Ancak aynı kararda, hastanın, gazlı bezin süresinde çıkarılmaması nedeniyle olay süresince çektiği acı ve elem karşılığı manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Danıştay’ın bir başka kararında ise, “Yanlış tedavi (ameliyat sonrası önlenmesi mümkün olan komplikasyonların gerekli tedbirler alınarak önlenememesi) sonucu sağ ayak ön kas grubunu yitiren davacının hafif kısıtlılığa karşın rahat yürüyebileceği ve davalı idarede memur olması nedeniyle tüm tedavi giderlerinin karşılandığı anlaşıldığından maddi tazminat ödenemeyeceği, manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁵.

III.- SAĞLIK HİZMETLERİNDEN İDARENİN SORUMLULUĞUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Tıbbi işlem sonucu doğan bir zararın tazminine ilişkin ilk düzenlemeler günümüzden 2000 yıl öncesinde yaptırım failinin elinin kesilmesine kadar gidebilen Hammurabi Kanunlarında

⁴³ Dan. 10. D., 03.05.1995, E.1994/3258, K.1995/2379, Danıştay Dergisi, S.91, sh. 1118; Dan.İDD, 18.10.2007, E2004/721, K.2007/2030.

⁴⁴ Danıştay, 10D., E.1997/3565, K.1999/5224, Danıştay Dergisi, S.103, sh.889.

⁴⁵ Danıştay, 10.D., E.1995/7754, K.1997/1071, Danıştay Dergisi, S.94, sh.690.

yer almıştır. Eski Mısır'da hekimin tutum ve davranışları kutsal nitelik atfedilen bir koddan kaynaklandığı için, söz konusu kutsallığa gösterilen saygıya binaen sorumsuzluk esasına dayandırılmıştır. Tıbbi sorumluluk ilkesi kamu düzeninin bir kuralı gibidir. İyileşmesini müteakiben hastaların dini tapınaklara gelip iyileşmelerini sağlayan ilaçların formüllerini veya isimlerini yazma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu tedavi usulleri daha sonra kodifiye edilerek hekimler tarafından tatbik edilir. Hekimlerin aksine davranışlarının cezası idam olarak öngörülmüştür. Antik Yunanda zararın kasdi bir tutum ve davranışa dayandırılmadığı durumlarda belirli ölçüde sorumsuzluk kabul edilmiş, ancak bu alandaki tartışmada tıbbi işlemlerin ehli kişilerce icra edilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Roma mevzuatında zararlı davranışların tazmini bir takım cezalandırılmamanın eşliğinde tanınması için ağır kusurunun kabulüyle sağlanmıştır. Kısacası Roma kanunlarına göre dönemin tıbbi bilgilerine riayet edildiğinde hekimlerin sorumluluğu söz konusu olmaz. Orta Çağ'ın ilk döneminde ruhban sınıfından çıkan hekimler için özel bir statü öngörmüştür. Ruhani iradenin dışa yansımaları bazı çekişmeleri tanıyabilmiştir. Orta Çağ'da hekim hastasının üzerindeki tedavisinin sonuçlarına bağlı olarak sorumlu tutulmuştur. Hastanın iyileşmediği durumlarda hekime ödeme yapılmaz. Hekimin ağır kusurunun söz konusu olduğu durumlarda hatasını canıyla ödemesi bahse konu olabilir. Dolayısıyla bu anlamda idam cezasının uygulamalarına bahsi geçen dönemde rastlanılmaktadır. Kilisenin etkisine bağlı olarak hekimin kürtaj yapması yasaktır. Aksi yönde davranan hekim idam edilir. Haçlı seferlerinin olduğu dönemde Kudüs'te bir kölenin hekimin tedavisi sırasında ölmesi halinde, hekimin kölenin sahibine kölenin bedelini ödemesi veya şehri terk etmesi gerekir. Ancak hastanın bir hür vatandaş olması ve tıbbi tedavi sürecinde ölmesi halinde hekime idamı cezası verilir. Buna karşılık hastanın duçar olduğu hastalığın tedavi sonucunda kronikleşmesi halinde hekimin parmakları kesilir. Bunun içindir ki hekimin tedavi öncesinde hastanın iyileşmesini garantilemek amacıyla hasta yakınlarıncı güvence talebiyle karşı karşıya olduğu bilinmektedir. Laik anlayış sahiplerinin eline gücün geçmesi sonucunda hekim yazılı metinlerin yayıldığı ölçüde uygulanabilen kurallarla uyumlu bir iradesinin zorunluluğunun tanınmasına Rönesans döneminde şa-

hit olunmuştur ve burada bir takım uygulamaların tek tipleşmesi ile rekabet söz konusudur.⁴⁶

Hiç kuşkusuz idarenin sebebiyet verdiği zararın tazmininde bir takım şartların varlığı gereklidir. Ancak bu şartlar idare ve kamu görevlilere karşı etkili bir korumayı idarenin sorumluluğunda idare edilenlere sağlayacak ölçüde düzenlemiştir. Sorumluluk idare edilenler için asli bir güvence oluşturmaktadır. Bu anlamda sağlık hizmetlerinden sorumluluk anlamında içtihat istisnai bir durum öngörmemiştir. Daha sonraki tarihli içtihatlarda sağlık kamu hizmetlerinin yürütülmesinde organizasyonu ve işleyişi ile tıbbi etkinliklerin ve özellikle ameliyatlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu ayırımı göre ilk durum için basit kusur, ikinci durum için ağır kusur şartı aranmaktadır.

Kısacası tarihsel açıdan baktığımızda sağlık kamu hizmeti ve dolayısıyla da hekimin sorumluluğunda kusurun belirli bir derecede olması zorunluluğunu aramayan ve dolayısıyla hekimin ağır kusurunu şart koşmayan, hekimi koruyucu bir sorumluluk anlayışı öngörmeyen adli yargıcın durum ile Blanco kararında ifadesini bulan idarenin sorumluluğunun idari etkinliklerin korunması amacıyla ne genel, ne de mutlak bir nitelik taşımadığı⁴⁷ ilkesinden kaynaklanan kamu hizmetini koruyucu içtihadını destekleyen sorumluluk anlayışını kararlarına yansıtan idari yargıcın değerlendirmeleri arasında bir farklılık söz konusudur. Bu anlayışın devamında idari yargıç, idarenin etkinliklerini ve özellikle de sağlık hizmetlerinde terazinin kefesini kamu hizmetlerini korumaya yönelik şekilde içtihadını somutlaştırmıştır. Böylece idari yargıç sağlık hizmeti dolayısıyla sorumlulukta belirli yoğunluk-taki ağırlık taşıyan ağır kusurun ispatını⁴⁸ aramıştır. Ağır kusur yoğunlaşmış⁴⁹yani mağdura/hastaya belirli bir ağırlıkta zarar verecek şekilde gerçekleşmiş kusurdur⁵⁰.

⁴⁶ CHAKER Anas: *La responsabilité médicale à travers l'histoire de la médecine arabo-musulmane*, <http://www.amaf-france.org/wp-content/uploads/2016/05/laresponsabilite-medicale.pdf>; PETON P.: *"Historique De La Responsabilité Médicale"*, https://www.univ-reims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/-1536/1577/1578.pdf

⁴⁷ La responsabilité administrative n'est ni générale ni absolue dans le but de protéger l'activité administrative.

⁴⁸ La preuve d'une faute lourde appelée faute d'une particulière gravité.

⁴⁹ La faute intentionnelle.

⁵⁰ La faute réalisée avec l'intention de nuire au patient.

Sağlık hizmetinde çalışan kamu görevlileri ve hekimlerin yetkileri kapsamında yürüttükleri kamu hizmetinde görülen kusur, hizmet kusurudur. Burada sağlık alanında çalışan gerçek kişi olan kamu görevlisinin belirlenebilen kusuru söz konusudur. Ancak kamu hizmeti kapsamındaki bu kusur, hizmet kusuru olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla bu durumda kamu hizmetine ilişkin hukuki rejimin uygulanması söz konusu olacak yani ilgilinin doğrudan sağlık kamu görevlisine karşı dava açması değil; idari yargıda idareye karşı kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir nitelikte bir kusurunun⁵¹ bulunmadığı ancak bir hizmet kusurunun mevcudiyetinin ispatlaması yeterli olacaktır. Böylece sağlık kamu görevlisinin korunması bahse konu olur ve kamu görevlisi yürüttüğü hizmetten kaynaklanan bir koruma mekanizmasından⁵² yararlanır. Bu da aynı zamanda kamu hizmetinin sürekliliği ilkesini destekleyici, güçlendirici bir tercihi ortaya koymaktadır. Uygulamada kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir kusurunun söz konusu edildiği yargı kararları oldukça nadir görülür. Bunun için gerçekten yoğunlaşmış⁵³ bir kusurun varlığı gerekmektedir. Buna örnek olarak doktorun tedavi sürecinde hastaya zarar verme amacıyla hareket etmesi gösterilebilir.

Fransız idari yargıcı 10 Nisan 1992 tarihli Ass. Epoux kararıyla⁵⁴

⁵¹ La faute personnelle détachable des fonctions.

⁵² La protection fonctionnelle.

⁵³ Un caractère intentionnelle.

⁵⁴ Bkn. LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B.: *age*, sh.630-638. Epoux V. kararıyla Fransız Danıştay'ı hastanelerdeki kamu hizmetlerindeki tıbbi işlemlerden kaynaklanan idarenin sorumluluğunda aradığı ağır kusur şartından vazgeçmiştir. Söz konusu karara konu olayda Mme V. farklı tıbbi müdahalelerden kaynaklanan özensizlik ve hataların özellikle de belirlenmiş tıbbi ürünlerin yönetiminden sonucunda sezaryenle doğum sürecinde peridural anestezi (*anesthésie péridurale*) uygulamasında mağduriyete muhatap olmuştur. Yarım saatlik bir kalp krizi sonrasında birkaç gün komada kalmış; daha sonra kısmi sol felç (*hémiplegie gauche*) geçirilmesi dolayısıyla ıstırap duymuştur. Bundan dolayı önemli fiziksel ve ruhsal üzüntülerle karşı karşıya kalmıştır. Hatalar zinciri söz konusu kazanın ortaya çıkmasında hatalı bir tutum (*un comportement fautif*) olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesi daha önceki içtihatları da göz önünde bulundurmak suretiyle tıbbi işlem nedeniyle kamu hastanesinin sorumluluğunu gerektirebilecek bir sorumluluğun dava konusu olayda ağır kusur söz konusu olmadığından, idarenin sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. 10 Nisan 1992 tarihli kararla, Fransız Danıştay'ı bu alandaki ağır kusur şartını aramaktan vazgeçmiş ve işlenen hataların hastanenin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte bir tıbbi hata (*une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital*) olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Tanılama (*le diagnostic*), reçete (*la prescription*), cerrahi müdahale veya sonrası bakımı (*traitement ou de l'opération chirurgicale*) gibi hususlardan dolayı ağır kusurun tıbbi iş-

bu içtihadını terk etmiş ve söz konusu kararda ağır kusur teorisi yerine adli yargıdaki öngörülen rejimle uyumlaşmıştır. Böylece artık ağır kusur değil, basit kusur sağlık hizmetlerinde sorumluluk için geçerlilik kazanmıştır. Bunun içindir ki 4 Mayıs 2002 tarihli Kanun bu içtihadta belirtilen anlayışı kanunlaştırmıştır. Gerçekten de söz konusu kanunun Meclisteki hazırlık çalışmalarında belirtilen idari yargının içtihadının referans alındığı bilinmektedir. Buna göre sağlık hizmetlerinden sorumlulukta öncelikle kamu hizmetinin kötü örgütlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla hizmetin örgütlenmesinde bir kusur bulunduğu sorumluluğun doğasına uygun idare hukukunun klasik anlamındaki sorumluluğu bahse konudur. Burada hizmetin yürütülmesinde bir kamu görevlisinin kusurunun ortaya konulması gerekmemektedir. Bir başka deyişle mağdurun bir hekim veya sağlık görevlisinin bir kusurunun bulunduğunu ispatlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Yürütülen sağlık hizmetinin bütününde bir kötü işleyiş bulunmaktadır. Bu kusura idarenin kötü işlemesi⁵⁵ denilmektedir.

“Fransa’da idarenin hastane sağlık hizmetlerinin kurulması, örgütlenmesi ve işleyişinden kaynaklanan zararlardan ötürü basit kusuru nedeniyle dahi sorumlu tutulması, neredeyse baştan beri kabul edildiği halde, tıbbi işlemler olarak isimlendirilen; doktor ve operatörlerce veya bunların gözetim ve denetimi altında hemşire ve hastabakıcılar tarafından yapılan ve yerine getirilen tedavi ve ameliyatlar ile ve benzeri ameliyeler dolayısıyla verilen zararların tazmin edilebilmesi için yakın zamana kadar ağır kusur şartı aranmıştır. Gerçi, Fransız Danıştay’ı, tedrici olarak, ağır hizmet kusuru şartını yalnızca tıbbi ve cerrahi operasyonlarla sı-

lemlerin karmaşıklığıyla doğrulanması mümkündür. Böylece idari yargıç hastanenin tazmin sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülüğü için basit kusurun yeterli olduğu tıbbi nitelikli işlem sayılmayan ve özelliklede hizmetin örgütlenmesi alanında görülen hatalarla kelimenin tam anlamıyla tıbbi işlemler arasında ayırım yapabildiğini çok güç görmektedir. Bununla birlikte tıp alanındaki gelişmeler ve kabul edilebilirliğin artan gerekleri idari yargıcı genellikle ağır kusurun kabulüne sevk etmektedir. İçtihat değişikliği ile Fransız Danıştay’ı bir devrim niteliğine bürünmeden içtihadındaki tedrici gelişmeyi böylece tamamlamıştır. Bununla birlikte ağır kusurdan vazgeçilmesi bundan böyle tıbbi bütün kusurların yaptırma tabi kılınması anlamı taşımamaktadır. Gerçektede hekime sadece bir yöntem yükümlülüğü getirmeyen ancak sonuçlarının gerçek bir yükümlülük olduğu durumların dışında, bütün hatalar zorunlu bir şekilde kusurlu addedilemez. (<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-avril-1992-Epoux-V>)

⁵⁵ La mal administration.

nırlandırmıştır... Fransız Danıştay'ı, kan ürünleri yoluyla bulaşan ölümcül nitelikteki birtakım hastalıklar ve tedavi için gerekli ama sonucu tam olarak bilinmeyen riskli bir takım yöntemlerin kullanılması ya da yeni kullanılan ameliyat yöntem ve tekniklerinden doğan zararların da risk yani kusursuz sorumluluk esaslarına göre İdarenin sorumluluğu yoluna gitmeye başlamıştır.⁵⁶ Fransız Danıştay'ı 1992 yılındaki içtihat değişikliği ile sağlık hizmetleri dolayısıyla sorumlulukta "ağır kusur"un varlığını aramaktan vazgeçip, "basit kusur"un varlığını yeterli saymış ve hatta daha da ileri giderek, AIDS ve hepatit C gibi bulaşıcı tehlike içeren kan ürünleri ile ilgili faaliyetlerinden ötürü idareyi kusursuz da olsa sorumlu tutmuştur. Fransız Danıştay'ı ve Lyon İdari İstinaf Mahkemesi ise son olarak verdikleri kararlarında; tedavi için gerekli ama sonucu tam olarak bilinmeyen riskli yöntemlerin kullanılması neticesinde ya da kullanılan yeni ameliyat yöntemlerinden doğan zararların da risk sorumluluğu esaslarına göre idarece tazminine karar vermiştir.⁵⁷

Son elli altmış yıl içinde idari yargının içtihatlarında ve bazen de yasal düzenlemelerde yeni gelişmeler öğretiyi sorumluluğu sistematize ederek üç kategori altında toplanmaya sevk etmiştir. Bunlar; **kusur sorumluluğu**⁵⁸, **risk sorumluluğu**⁵⁹ ve **kamu**

⁵⁶ KAPLAN Gürsel: "İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", <http://www.idare.gen.tr/kaplan-saglik.htm>

⁵⁷ KAPLAN Gürsel: *agm. Türk hukukunda da sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmektedir.* "Nükleer tıp uygulamaları, beyin ameliyatları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan sağlık hizmeti faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiğini belirten GÜRAN, "böylece, idarenin tıbbi faaliyetler alanında da alelde kusur ve ağır kusur sorumluluğu yanında, kendisi ve ajansı hekimin yaptıkları hakkında herhangi bir hüküm verilmeden salt illiyet bağı ile çözümlenen kusursuz sorumluluğu şeklindeki üçlü sorumluluk düzeni, içtihadın koyacağı esaslar ve çizeceği sınırlar içinde geliştirilip işletilmelidir..." önerisini getirmektedir. Benzer şekilde, AIDS virüsü gibi önlenemeyen ve yayılması engellenemeyen hastalık sayısındaki artış ve genetik bilimindeki gelişmelerin tıp alanında uygulanmasının kusursuz sorumluluk ilkesinin önemini ve uygulanabilirlik alanını arttırdığı belirtilerek sağlık hizmetleri alanında idarenin kusursuz sorumluluğunun, yaşamın zorunluluklarına uyumu ve sosyal yaşantının gerekliliklerini yakalamak açısından daima gelişmeye açık olduğu ifade edilmektedir." (AKGÜL Aydın: "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazmin Sorumluluğu Ve Danıştayın Yeni Yaklaşımı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, S. 1, sh.286)

⁵⁸ La responsabilité pour faute.

⁵⁹ La responsabilité pour rrisque.

yükümlülükleri karşısında eşitsizliklerden kaynaklanan zararların tazmin edilmesi⁶⁰dir⁶¹. Bununla birlikte burada özel mülkiyetin korunması kavramının⁶² arka plana itildiği de gözlemlenmektedir. Ayrıca sorun yeni olmamakla birlikte uzun süreden beri, sorunun odak noktası biraz yer değiştirmiş ve çözümlenmesi gereken sorun olarak idarenin maddi anlamdaki etkinliklerinde kaynaklanan zararların tazmini noktasına yoğunlaşmıştır.

IV.- İDARİ EYLEMLERDEN DEVLETİN SORUMLULUĞU⁶³

Devletin maddi işlemleri idare hukukunda ise idari eylemler⁶⁴ hukuki sonuçlar yaratmak amacıyla gerçekleştirilmez. Bir kararın alınması sonucunu doğurmayan maddi işlemler/idari eylemler sadece hukukilikleri ve gereklilikleri anlamında dikkate alınmalıdır. Zira uygulamada bir kişinin tutuklanması veya yıkılmaya yüz tutmuş kamunun güvenliğini tehdit eden bir yapının yıkılması örneklerinde görüldüğü gibi bir karardan/idari eylemden kaynaklanan maddi işlemler ilke olarak kaynaklandığı karar/idari işlem anlamında dikkate alınır. Buna karşılık zarar verici maddi işlemler/idari eylemler kural olarak rastlantısal bir şekilde vuku

⁶⁰ Tıp fakültesi binasında başına raf düşmesi dolayısıyla gerçekleşen ölümden "olay ile zararlı sonuç arasında uygun bir nedensellik bağının kurulabilmesi, idarenin kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla idareye yükletilebilecek bir kusur olmasa dahi özel bir zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazminine karar verilebilmesi için yeterlidir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu olup, bu tür zararların zarar görenler üzerinde bırakılması hakkaniyete de uygun düşmez." (Dan.10.D., 15.06.1983, E.1982/3852, K.1983/1515)

⁶¹ La responsabilité pour risque et l'obligation de réparer les inégalités devant les charges publiques.

⁶² La notion de protection de la propriété privée.

⁶³ La responsabilité de l'état du fait des actes matériels.

⁶⁴ Les actes matériels de l'État. Danıştay kararlarında klişeleşmiş ifadelerle göre; idarenin, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyeti (fizik alanında görülen iş, hareket ve çalışmalar) veya hareketsiz kalması idari eylem olarak tanımlanmaktadır. İdari işlemler; idari makam ve mercilerin idari faaliyetleriyle ilgili alanda, idare hukuku çerçevesinde, tek taraflı irade açıklamasıyla hukuk âleminde sonuç doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikteki tasarruflardır. Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ile idarenin hareketsiz kalması ise, idari eylem olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemler hukuk âleminde değişiklik yapan, yenilik doğuran irade açıklamalarını yansıttığı halde, hukuk alanında değişiklik ve yenilik yapmayan idari eylemler, sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları koşuluyla hukuki etki ve sonuçlar doğurabilir.

bulur⁶⁵ ve bunlar için, prensip olarak, istem dışı zararlara yol açan işlemler niteliği taşıdığı söylenir. Fransa'da XIX. Yüzyılın sonlarına doğru gözlemlenen içinde sağlık hizmetlerin sunumundan kaynaklanan faaliyetlerden doğan zararların idari yargıda tazmin edilmesi olgusu, ülkemizde biraz gecikmeli bir şekilde gündeme gelmeye başlamıştır.

Kusur sorumluluğuna dayandırılan sorumluluk sisteminden hareketle idari yargı, kusursuz sorumluluğun yani risk sorumluluğunun kabulüyle git gide zarar görenin lehine olmak üzere sorumluluk alanında içtihadını geliştirmiştir. Bununla birlikte yani geleneksel sorumluluk sistemi olan kusur sorumluluğu hiçbir zaman tamamıyla terk edilmemiştir.⁶⁶ Bundan dolayı hali hazırda iki sorumluluk sistemi -yani kusur sorumluluğu ve kuşkusuz kusur sorumluluğuna oranla sınırlı bir kapsamı bulunan genel olarak da risk sorumluluğu olarak adlandırılan kusursuz sorumluluk⁶⁷ rejimi- bir arada mevcudiyetini korumaktadır.

⁶⁵ Le produit d'accidents.

⁶⁶ "Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.

İdare hukukunun ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin açık ve belli bir ağırlıktaki hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir." (Dan. 15.D., 10.03.2016, E.2015/8936, K.2016/1604; Dan.15.D., 24.01.2019, E.2014/7861, K.2019/281) "... zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananların zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkün olabilir." (Dan.15.D., 17.01.2019, E.2018/2076, K.2019/170)

⁶⁷ "Kusursuz sorumluluk, kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağan dışı zararların idarece tazmini esasına dayanmakta olup; kusur sorumluluğuna oranla ikincil derecede bir sorumluluk türüdür. Başka bir anlatımla idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, idari faaliyet ile nedensellik bağı kurabilen, özel ve olağan dışı zararları kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmin yükümlüdür.

Kusursuz sorumluluk sebeplerinden olan "kamu külfetleri karşısında eşitlik" ya da diğer adıyla "fedakârlığın denkleştirilmesi" ilkesi, nimetlerinden tüm toplum tarafından yararlanan idarenin eylem ve işlemlerinden doğan külfetlerin, sadece belli kişi veya kişilerin üstünde kalması durumunda, bu kişi veya kişilerin uğradığı zararların, kusuru olmasa dahi idarece tazminini öngörmektedir. Risk sorumluluğundan farklı olarak burada, kazalardan kaynaklanmayan, diğer bir deyişle arızı nitelikte olmayan,

Kusur sorumluluğu rejimi normal bir tarzda işlemesi gereken hizmetlerin, devletin kusurunun olduğu hallerde kötü, gerektiği gibi işlemediği olgusuyla izah edilip, uygulamaya konulmaktadır.⁶⁸ Devlet hizmetin kötü ifasından kaynaklanan zararların giderilmesine sağlamak zorundadır. Söz konusu zorunluluk içerik ve kapsam olarak yürütülen hizmetin zorlukları seviyesine göre anlam kazanacaktır. Kusursuz sorumluluk rejiminde ise tam tersi bir durum söz konusudur. **Bu sistem bireylere ağır riskler oluşturan faaliyetleri esas alır ve kamu gücü hiçbir kusuru olmasa dahi söz konusu risk ve tehlikelerin gerçekleşmesinden doğan zararların giderilmesine cevap vermesi gerekir fikrine dayanır.**

Danıştay'a göre idari eylemlerin neden olduğu bedensel zararlarda yasada öngörülen süre kesin sağlık raporunun öğrenilmesi üzerine işlemeye başlatılması gerekir.⁶⁹

V.- DANIŞTAY'IN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN DOĞAN SORUMLUĞUN SEBEBİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Sağlık hizmeti ister kamu tarafından isterse Devletin verdiği ruhsata binaen, devletin yakın gözetim ve denetimi altında özel kişilerce yerine getirilsin; sadece hekim tarafından sunulan bir hizmet olmayıp, anayasal dayanağı bulunan bu kamu hizmeti, diğer sağlık çalışanları, çalışma şartları, altyapı imkânları, gerekli ve uygun (elverişli) nitelikteki malzemeler, örgütlenme şekli ve idari boyutuyla bir bütündür.⁷⁰

Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesindeki “... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları

önceden öngörülebilir zararların tazmini söz konusudur. İdari faaliyetin doğal sonucu olan bu zarar, etki alanı bakımından sınırlı, özel ve olağan dışı nitelik arz etmektedir...” (Dan.10.D., 21.01.2016, E.2015/959, K.2016/354)

⁶⁸ “İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren kurumlardan biri olup genel olarak bir kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişinde aksaklık ve bozukluk olarak ifade edilmektedir. İdarenin hukuki sorumluluğunun bir sonucu olan tam yargı davalarındaki amaç, idarenin bir eylemi ya da işlemi nedeni ile uğranılan zararın giderilmesidir. Bu türden bir uyuşmazlık çözümlenirken kesin ve gerçek bir zarar oluşup oluşmadığı ve bu zararın idari hizmetin eksik ya da kusurlu işleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.” (Dan. 15. D., 04.10.2018, E.2018/736, K.2018/6709)

⁶⁹ Dan. 10.D., 12.03.2007, E.2005/896, K.2007/899.

⁷⁰ Bkn. STINGRE Didier: *Le service public hospitalier*, 5ème édition, Paris 2012.

hazırlama” yükümlülüğünün somutlaşmış bir düzenlemesi olarak Anayasa, Devlete sağlık hizmetlerinde geniş bir şekilde ödevler yüklemiştir. Bu anlamda Anayasa 41. maddesinde, “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar” şeklindeki ifade ile Türk toplumunun temelini oluşturduğunu belirttiği ailenin sağlığının korunması konusunda Devlete ilk elden bir sorumluluk yüklenmiştir. Yine Anayasa 56. maddesinde Devletin sorumlulukları şu şekilde sıralanmıştır; “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” Kısacası Anayasa Devleti vatandaşlarına karşı yüklenmediği ödevleri gereği sağlık hizmetlerinin kuruluşu, planlanması, denetlenmesi, işleyişi ve meydana gelen aksaklıkların giderilmesi ile sorumludur. Anayasanın 65. maddesinin uygulanmasında önceliklerin takdir ve tercihinde sağlık hizmetlerine birincil derecede yer alması gerekliliği işin doğasında yatmaktadır.

Fransız hukukunda idarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden doğan sorumluluğunda ağır hizmet kusurunun alanı git gide daraltılmış, benzer bir uygulama ülkemizde aynı seviyede olmamakla beraber kendini göstermektedir. Tıbbi alanda farklı ihtimallere göre idare aleyhine kusur karinesi oluşturulmuştur.⁷¹

⁷¹ Karine kavramı ve idare hukukunda uygulaması için bkn CİN KARAGÖZ Emine: İdare Hukukunda Karine ve Varsayım, Ankara 2017. Kural olarak sağlık hizmetlerinden dolayı sorumlulukta ve özellikle de kamu hastanelerinin faaliyetlerinden kaynaklanan sorumlulukta bir hizmet kusurunun varlığı gerekir ve bu kusurun ispatı da zarar görene (mağdura/davacıya) yüklenmiştir. Usul hukuku ve genel hukuk kuralı olan iddia sahibinin iddiasını ispatlaması gerekliliği (yükümlülüğü/mükellefiyeti) sağlık hizmetlerinin doğasından kaynaklanan karmaşık yapısı ve teknik özelliği nedeniyle zordur. Bunun için bir şekilde dengelenmesi için yargı bazı durumlar için idarenin aleyhine kusur karinesini kabul etmiştir. Böylece kısmi de olsa kusurun ispatı yükümlülüğü yer değiştirmiş olur. Böylece mağdur zararının tazmini talebinde zarar ile idarenin sağlık hizmetlerine yönelik faaliyeti arasında bir nedensellik bağı kurar ve bunu

ispatlar. Buna karşılık sorumluluğa yol açan idari faaliyetin kusurluluğunu artık mağdurca ortaya konulmasına, ispatlanmasına gerek yoktur. İdarenin bahse konu olayda kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekir.

7 Mart 1958 tarihli kararıyla Fransız Danıştay'ı tıbbi teşhis ve tedavi sürecinde normal şartlar ve somut olayın şartları içinde ortaya çıkması öngörülmeden tıbbi işlemlerden kaynaklanan zararların tazmininde, idare aleyhine kusur karinesi kabul etmiştir. Somut uyuşmazlıkta zorunlu tetanos ile mücadele aşılması (*la vaccination antitétanique obligatoire*) söz konusu olup, hastada abse yumrusunun/kistin (*un abcès tuberculeux*) oluşumuyla sonuçlanmıştır. Daha sonraki içtihatlarda idari yargıç sağlık hizmetlerinin işleyişi ve örgütlenmesinde ve özellikle de günlük tedavi sırasında örneğin bir intravenöz (damar içi) enjeksiyonun (*une injection intraveineuse*) sebebiyet verdiği vücudun sol üst azalardaki felçte, kusur karinesi öngörmüştür. Bu gibi durumlarda hizmetin ifasında veya örgütlenmesinde bir kusur bahse konu değildir. Bu tür vakalarda ortaya çıkan sonuçlar normal, genel beklenti anlamında orantısızlık (*disproportionné*) ifade etmektedir. Dolayısıyla mağdurun sadece zararın bu tür bir vakadan kaynaklandığını ortaya koyması yeterlidir. Bu anlamda olmak üzere kamu hastanelerinde kullanılan tıbbi cihazdan kaynaklanan yanıklarda da idare aleyhine kusur karinesini kabul etmiştir. Yanığın hastanede tedavi sürecinde ortaya çıktığının ortaya konulması gerekli ve yeterlidir.

Fransa'da idari yargının içtihadı bu noktada kalmamış, 2003 yılında kusurlu, bozuk tıbbi malzemenin veya ürünlerin kamu hastanelerinde kullanılmasından kaynaklanan zararların tazmininde sorumluluk için idarenin hizmet kusurunun varlığı aranmamıştır. Buna ilişkin vakiada hastanede solunum cihazından kaynaklanan kusur, bozulma dolayısıyla ölen hasta için tazminata hükmedilmesinde, idarenin hizmet kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluğuna hükmedilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur. Bu tedavi sürecinde içtihadın aksine Fransız Danıştay'ı mevcut içtihadına ilaveten hastanın önceki durumunu hiç dikkate almadan kamu hastanesinin sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu içtihadı kuşkusuz mağdurun çok lehine bir gelişmedir.

Fransız idari yargısı ayrıca hastane enfeksiyonu (sağlık işleri enfeksiyonları) üzerine de eğilmiş ve bu konuda 1960 yılında ortaya çıkan bu alana kızamık hastalığına yakalan bir genç hastaya ilişkin vakiada çocuklara ait koşu boş yer olmadığı için yetişkinlere ait çiçek hastalığı şüphesiyle yatan hastaların koşusuna yatırılan hasta ertesi gün ölmüştür. Yargı bu olayda sağlık hizmetinin düzenlenmesinde kusurun oluştuğuna hükmetmiştir. Burada illiyet bağının varlığında kuşku yoktur.

Gerçekten de hastanın yatırıldığı dönemde bir çiçek hastalığı salgını söz konusu değildir. Hastanın bu hastalığın bulaştığı anda bir salgın bulunmamaktadır. Daha sonraki tarihli içtihatlarında aynı doğrultuda karar vermemiş, örneğin 25 Ocak 1974 tarihli Sainte-Marthe d'Avignon Hastanesindeki bir vakiada kusur karinesini reddetmiştir. Bir otomobil kazası sonrasında konuya ilişkin özel bir odada yatırılmış, hastanede bulunduğu süre içinde çocuk felci tanısıyla hastaneye yatırılmış bir hasta ile farklı odalarda bulunmalarına rağmen aynı ortamda olmasının sonucu hastaların tedavisinin yetersizliğinin bahse konu olmadığı, sağlık hizmetinin işleyişi ve örgütlenmesinde bir hizmet kusurundan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu karar, Fransız öğretisinde kusur karinesinin kabul edilmemesinin zorunlu aşılama içtihadında olduğu gibi kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesi şeklinde açıklanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Bu içtihadın yargının kamu hastaneleri için ağır bir sonuç doğuracağı endişesiyle karar verdiği kuşkusuzdur. Burada Fransız Danıştay'ı mağdurların zararının tazmini için hastane enfeksiyonu için hastanenin işleyişi ve örgütlenmesi anlamında kusurunun ispatlanması gerektiği yönünde seçimini kullanmış ve böylece kusur karinesi anlamında geriye dönüş yapmıştır.

9 Aralık 1988 Cohen kararıyla hastane mikrobiyolojisi alanında kusur karinesi konusunda bir meningeal enfeksiyon omurilik yaralanmasına dönüştüğü mağdur hastanın mikrobiyal bir mikrop örgütlenmede kazaen müdahale esnasında maruz kalması sonucu ağır bir felce uğramıştır. Konuya ilişkin raporda illiyet bağının varlığı vurgulanmış ancak tıbbi hiçbir hatanın varlığından söz edilmemiştir. Bu durumda mutabik bir tedavi işleminden kaynaklanan anormal sonuçlar hakkındaki içtihadında kusur karinesini uygulamamış ancak zarar özel bir ağırlıktadır bu nedenle mağdurun zararlarının karşılanabilmesi için Danıştay'ın hastane enfeksiyonu konusunda uygulama alanının genişletmesi gerekmiştir. Yüksek Mahkeme böyle bir enfeksiyonun bundan

Aynı şekilde Fransız Danıştay'ı 1993 tarihli bir kararında tıbbi veya cerrahi bir tehlikeden kaynaklanan zararda hastane idaresinin kursosuz sorumluluğuna hükmetmiştir. Bununla birlikte hastane idarelerinin sistematik olarak ağır tazminat yükü altında kalmalarının önüne geçmek için bu tür sorumlulukları çok sıkı şartlara tabi kılmıştır. Böylece mevcudiyeti bilinen veya gerçekleşmesi istisnai nitelikteki ve hiçbir sebebin hastanın özellikle etkileneceğini düşünmeyi gerektirmeyecek bir riskin hastalık dolayısıyla ortaya çıktığı teşhis ve tedavi söz konusu olduğunda idarenin sorumluluğuna hükmedilebilir. İdarenin sorumluluğuna tıbbi işlemlerin bu durumun önceden öngörülebilir bir gelişim olarak hastanın başlangıçtaki durumuyla bağlantısı bulunmayan ve ciddi anlamda ağır nitelik sunması durumunda ortaya çıkan doğrudan zararların hastane idaresine yükletilmesi kabul edilmektedir.

Danıştay'ımızın bu alandaki yaklaşımını gösteren kararlar aşağıda özetlenmeye çalışılmıştır:

“İdarenin araç/ gereç/ cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği nedeniyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte; bakım, gözetim ve diğer yan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yapılmaması nedeniyle oluşacak zararlarda idarenin sorumluluğundan söz edilmektedir. Somut olayda da hekim yahut diğer sağlık personeli doğrudan kusurlu bulunmasa dahi, idarenin organizasyon eksikliği bulunması halinde sağlık hizmetini gereği gibi işletmeyen sağlık idaresinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu durumda idarenin sorumluluğuna gidilmesi halinde davacıların maddi tazminat taleplerinin tazminat verilmesini gerektiren koşulların bulunup bulunmadığı yönünden inceleme de yapılarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

böyle steril edilmiş tıbbi malzeme ve ürün ile yetkin personel temin etme yükümlülüğü kendine düşen hastane kamu hizmetinin işleyişi ve örgütlenmesinde bir kusurun ortaya çıktığını ifade etmiştir.

Sonuç olarak Fransız Danıştay'ı mağdura düşen yükümlülüğünü kolaylaştırmış, sağlık hizmetin ifası ve örgütlenmesindeki kusurun ispatı yükümlülüğünü aramamış zarar ile kamu hastanesi arasında illiyet bağının ispatını yeterli görmüştür. (*Le Régime De La Presomption De Faute Droit Administratif De La Sante*, <http://thomascarpentier.doomby.com/pages/le-regime-de-la-presomption-de-faute.html>) Bkn: **ERSÖZ Ahmet Kürşat**: “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurununun Ağırlığı ve İspat Problemi”, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, sh.928-934 www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023010580/1023009816

İdarenin, sunduğu sağlık hizmetinden sorumluluğu noktasında, maddi tazminat talepleri için doğrudan tıbbi uygulama neticesinde meydana gelen zarar ile idarenin eylemi arasında doğrudan illiyet bağının varlığı gerekli ise de, manevi tazmin noktasında böyle bir gereklilik yoktur. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksiklikler yeterli olacaktır. Somut olay değerlendirilerek, apandisit endikasyonu bulunmayan hastanın apandisitinin alınması ve bu ameliyat sırasında oluşan kesi üzerine tedavi edilemeyerek hayatını kaybetmiş bulunması karşısında davacıların duydukları elem ve ıstırapı giderecek ve sebepsiz zenginleşmeye de yol açmayacak ölçüde bir manevi tazminat belirlenmesi için ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.”⁷²

“İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin “ağır hizmet kusuru” sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür. Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan “ağır hizmet kusuru”; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.

Bu bağlamda; dava konusu olayda, yoğun bakım ünitesinde tedavi görmekte olan davacıların yakınının sık sık kendisini solunum cihazına bağlayan maskeyi çıkarmaya çalıştığı ve olay tarihinde de solunum maskesini çıkarması sonucu hayatını kaybettiği anlaşıldığından, daha önce çeşitli kereler maskeyi çıkarmaya çalıştığı hastane personeline bilinen hastaya, solunum maskesini çıkarmasını engelleyecek ek müdahalelerde bulunmamak suretiyle yeterli dikkat ve özeni göstermeyen davalı idarenin bu tutumunun hizmet kusuru olarak kabulü zorunlu olup, İdare Mahke-

⁷² Dan. 15.D., 21.12.2017, E.2017/61, K.2017/7694.

mesince Yüksek Sağlık Şurası kararı esas alınmak ve davacılarından temyiz isteminde bulunan ...'nin istemiyle sınırlı kalmak suretiyle tazminata hükmedilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁷³

“...Bu bağlamda, uyuşmazlıkta davalı idarenin tazminle yükümlü tutulması için, ...'nin bedensel ve zihinsel özürü olarak doğmasına, davalı idarenin ağır hizmet kusurunun neden olduğunun bilimsel verilere dayalı ve kesin olarak saptanması gerekmektedir.”⁷⁴

“... bünyesinde risk barındıran sağlık hizmetlerinin sunucusu olan davalı idarenin, koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında gerçekleştirdiği aşından kaynaklanan komplikasyonda, idarenin hizmet kusuru bulunmadığı Adli Tıp Kurumunca belirtildiğinden, davalı idarenin tıp kurallarına uygun olarak yürüttüğü tespit edilen hizmetten dolayı maddi ve manevi tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir.”⁷⁵

“Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır.”⁷⁶

Sağlık hizmetlerinin birçok açıdan tehlike unsurunu bünyesinde barındırır. Be nedenle Danıştay, sağlık hizmetini, bünyesinde risk taşıyan bir kamu hizmeti olarak kabul etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, genel olarak sağlık hizmetinden yararlanan kişinin zarara uğraması durumunda, bu zararın tazminini, idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür. Söz konusu

⁷³ Dan. 10.D., 24.09.2007, E.2005/3719, K.2007/3719, Danıştay Dergisi, S.117; Aynı yönde Dan. 10. D., 27.03.2002, E.200/1010, K. 2002/852.

⁷⁴ Dan.İDDK, 24.11.2011, E.2007/2113, K.2011/1468.

⁷⁵ Dan. 15. D., 25.06.2015, E.2014/8633, K.2015/462.

⁷⁶ Dan. 10.D., 13.7.2010, E.2007/6322, K.2010/5981. Davacıya yanlış AIDS teşhisi konularak, teşhisin kesinleşmesi beklenmeksizin gazeteler aracılığıyla AIDS'li olduğunun duyurulmasından dolayı işsiz kalması (Dan. 10.D., 31.01.1996, E.1994/5314, K.1996/294), devlet hastanesinde HIV testi pozitif çıkan hastanın test sonuçlarının, üst derece sağlık kuruluşunun doğrulama sonucu beklenmeden yakınları da dâhil kimseye açıklama yapılmaması gerekirken, aksi yönde hareket edilerek hastanın intiharına sebebiyet veren laborantın eylemi (Dan. 10. D., 28.12.2005, E.2005/8407, K.2007/6526), hizmet kusurunun varlığını gösterir.

içtihadında 2015 yılından itibaren bir yumuşama olduğu, sorumluluk için hizmet kusurunun yeterli olabileceği ifadeleri dile getirilmektedir. Ancak bu açıklamalarda tam bir netlik hâlihazırda söz konusu değildir. Danıştay'ın sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru aramaktan vazgeçmede çekingen davrandığı, hizmet kusurundan dolayı sorumluluğa hükmettiği durumlarda da gerekçesinde ağır hizmet kusuru kavramından bir şekilde bahsettiği görülmektedir. Bu çelişkili yaklaşımdan uzaklaşması kolay olmayacak gibi görünmektedir.⁷⁷

“İdare hukuku ilkelerine göre, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri noksan, yetersiz ve kusurlu biçimde yürütmeleri veya kusursuz sorumluluk esasının uygulanmasına olanak sağlayan koşulların varlığı halinde, kamu idarelerinin hukuki sorumluluklarının doğmuş olduğunun kabulü gerekir. Yapısında risk oranı yüksek olan sağlık hizmetleri nedeniyle idarenin hukuki sorumluluğunun kabulü ise, yürütülen hizmetin niteliği itibarıyla ancak hizmetin kusurlu işletildiğinin, açık bir hizmet kusuru bulunduğunun saptanması halinde mümkündür.”⁷⁸

Danıştay, Sıtma Savaş Başkanlığı sıtma mücadelesi görevlilerince yapılan ilaçlama sırasında davacının iki ineğinin ölmesi nedeniyle açılan davada “kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında fertlere ve özel mülkiyete verilen zararların fiil ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması şartıyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesi hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği olduğu gibi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125. maddesine

⁷⁷ Bkn. AKGÜL Aydın: *agm*, sh. 278 vd. “Danıştay'ın, tedavi hizmetleriyle ilgili sağlık hizmetinin kusurlu yürütülmesinden dolayı açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin sorumluluğu için ağır hizmet kusuru yerine hizmet kusurunu yeterli kabul etmesi kanaatimizce de isabetli olmuştur. Aslında, Danıştay, sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlarda, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmadığına bir kararında işaret etmiştir. Ancak, sağlık hizmetinin tehlike içermesi ve bünyesinde risk taşımaya özelliği göz önünde bulundurulduğunda, yüksek risk içeren tıbbi müdahaleler ve operasyonlarda meydana gelebilecek tıbbi uygulama hatası gibi, bir kısım tıbbi uygulama hatalarına yönelik ağır hizmet kusurunun varlığının aranması kanaatimizce zorunludur. Şüphesiz, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gereken bu nitelikteki kusurlardan, hangi tür tıbbi uygulama hatalarının bu kapsamda kabul edileceği konusunda, başta 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile adalet işlerinde birliktelik görevi yapmak üzere kurulan Adli Tıp Kurumu'na ve son tahlilde içtihatlarıyla bu alana yön veren Danıştay'a büyük görev düşmektedir.” (AKGÜL Aydın: *agm*, 283-284).

⁷⁸ Dan. 10.D., E.1982/2696, K.1986/73.

göre, idare kendi eylem ve işlemlerden doğan zararları gidermek zorundadır. Bu durumda olayla zarar arasında bir nedensellik bağı bulunması yeterlidir. Zira idare kamu yararı düşüncesi ile yaptığı hizmetler dolayısıyla, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmadan da bazı kişilerin veya mallarının özel bir zarara uğramasına sebep olabilir. Bu zararın karşılanması kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin bir sonucu"⁷⁹ olduğuna hükmetmiştir.

Danıştay, görev sırasında ot balyalarının üzerine yıkılması sonucu boyun atlas kemiği kırılarak sakat kalan Hıfzı Sıhha Enstitüsü hademesinin uğradığı zararın tazmini ile ilgili davada ve ambulans şoförünün kusuru yüzünden meydana gelen trafik kazası sonucu vefat eden ambulanstaki hasta ile yanında bulunan annesinin yakınlarına idarece ödenmesi gereken zararın tazmini davasında hizmet kusuru aranmaksızın idarenin kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁸⁰

A) KUSUR SORUMLULUĞU⁸¹

Türk ve Fransız hukukunda hizmet kusuru ilkesi kanunla düzenlenmemiş olup, içtihatlarla ortaya konulmuş sorumluluk

⁷⁹ Dan. 10.D., 21.02.1983, E.1982/3142, K.1983/322..

⁸⁰ **KARAĞE ÖZGE:** "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu", Yönetim Ve Ekonomi, Yıl:2001, C.8, S.2, Celal Bayar Üniversitesi, İ.İ.B.F. Manisa, sh.117 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/145805>

⁸¹ La responsabilité pour faute. Danıştay'ın Fransız hukukundan mülhem yerleşik içtihadına göre: İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliklerdir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır. "İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken, gerekli teşkilatı kurmak, bu teşkilatın aynı, şahsi ve mali imkân ve araçlarını hizmete hazır tutmak, hizmetin ifası sırasında hizmetin zamanında ve gereği gibi işlemesine devamlı olarak nezaret etmek ve hizmetin işleyişini kontrol etmekle sorumludur. Gerek hizmetin aynı, şahsi ve mali imkân ve araçlarının temin ve ifasındaki kusur, gerekse temin edilen bu araçlarla ifa olunan hizmetin geç işlemesi, gereği gibi veya hiç işlememesi; idareye, zarar gören kimselerin bu sebeplerle doğan zararlarını tazmin sorumluluğunu yükler." (Dan İDDGK, 3.11.2014, E.2012/1657, K.2014/3421.) "Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin kendisine yüklenen görevleri ve yetkileri ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir." (Dan. 10. D., 13.09.1993, E.1993/724, K.1993/3146) "...davacıların yakınının hastaneye geldiğinden itibaren 14 saat 30 dk sonra ameliyata alınmasının tanıda gecikme anlamına geldiği, ameliyata kadar nabız ve tansiyon ölçümlerinin yapıldığına dair belgenin bulunmadığından olayda hizmet kusuru olduğu.."

nedenidir. Nitekim bu husus bir Danıştay kararında “Anayasanın 125. maddesi hükmü ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun usul hükümleri dışında, tam yargı davalarından tazminat davalarında uygulanacak bütün ilke ve esaslar idari yargı içtihatlarına bırakılmış, bu herhangi bir yasal düzenlemeye konu edilmemiştir.”⁸² cümlesiyle ifade edilmiştir.

İdarenin sorumluluğu ile ilgili kuralların geliştirilmesinde Fransız Danıştay’ı ve Uyuşmazlık Mahkemesi başta olmak üzere yargı içtihatlarının etkisi büyüktür. Gerçekten, Fransa’da devletin idari eylem ve işlemlerden dolayı sorumluluğunu düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. Bu sorumluluk, mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiş ve zamanla geliştirilmiştir. Yargısal içtihatların eseri olan idarenin sorumluluğu kavramı, son derece elastiki bir yapıya sahip olup, giderek zarar görenlerin lehine yorumlanan çözüm tarzlarıyla nispeten doğrusal bir çizgi izlemiştir.⁸³

İdari rejimin benimsendiği Türk ve Fransız hukuk sistemlerinde sorumluluğun asli olma özelliğini taşıyan idarenin kusur sorumluluğu üç temel ilkeye dayanır. İlk olarak devletin/idarenin sorumluluğu ancak hizmet kusuru anlamındadır. Kamu hizmetiyle hiçbir şekilde bağlantısı kurulamayan kişisel sorumluluklar devletin/idarenin sorumluluğunun kapsamına girmez.⁸⁴ İkinci olarak devletin/ idarenin sorumluluğunu gerektirecek kusurun bahse konu kamu hizmetinin yürütülmesindeki güçlüğün derecesi bağlı olarak az çok belirli bir ağırlık derecesine ulaşması gerekir. Nihayet kusurun ispatı zarardan mağdur olana yani davacıya aittir.⁸⁵ İlke olarak mağdurun hizmet veya görev kusuru-

⁸² Dan. 10. D., 24.11.1997, E.1995/6440, K.1997/4796.

⁸³ AKGÜL Aydın: *agm*, sh. 271.

⁸⁴ “... kamu görevlisinin, tamamen kendi iradesi ile kişilere karşı siyasal, kişisel veya başka nedenlerle kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında zarar vermesi halinde eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir nedensellik bağunun varlığından söz edilemez... olayda kamu görevlisi tarafından işlenen öldürme suçunun, tamamen kişisel husumetten kaynaklanması nedeniyle idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadığından, idarenin sorumluluğu bulunmamaktadır.” (Dan. 10. D., 06.11.2013, E.2011/985, K.2013/7802)

⁸⁵ İdarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için her ne kadar bütün bu şartların ger-

nun kamu hizmetiyle olan ilişkisinin ortaya koyması, ispatlaması gerekir. Bununla birlikte bazı durumlarda idari yargıç bu kuralın mağdurun çok aleyhine işleyebileceğinden hizmetin kusurlu olduğuna yönelik bir karine geliştirmesine yol açmıştır. Geleneksel olarak bu duruma verilen örnek bayındırlık eserlerinden (karayolları, köprüler, demiryolları, kamu binaları vs.) yararlananların⁸⁶ durumudur. Bu gibi durumlarda bir zarardan mağduriyet halinde ilgili idarenin normal bakım ve muhafaza anlamında bir kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir. İkinci olarak da kamu hastanelerinde vuku bulan bir takım kazalara⁸⁷ ilişkindir. Mağdurun konu edildiği tıbbi işlemler ve tedavilerin anormal sonuçları⁸⁸ gibi ortaya çıktığının ortaya konulması gerekmektedir. Gerçekte hizmetin işleyiş ve organizasyonunda işlenmiş bir kusurdan mütevellit zararın doğduğu varsayımı söz konusudur.

Doktrinde⁸⁹ genel kabul gören ve Danıştay kararlarında sık sık vurgulanan hizmet kusuruna ilişkin tanım uyarınca; “İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzen-

çekleştiğinin davacı tarafından ispat edilmesi gerekmekte ise de, “...tıbbi faaliyetlerin yoruma, tartışmaya açık karmaşık teknik mahiyeti dikkate alınarak..., davacının açtığı davanın ciddiliği ve davalılarla ve olayla ilintisi bulunduğu hakkında ilk adımda olumlu bir izlenim yaratma yükümünü yerine getirmesi kâfi sayılmalıdır.” (GÜRAN Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, İHFY, İstanbul, 1983, sh. 867) Fransız Danıştay’ı, sağlık hizmetleri alanında da 1958’den bu yana zarar gören lehine kusur karinesi geliştirmiştir. Örneğin, bir ameliyat sonucu enfeksiyon ve felç durumunun meydana gelmesi, baş ağrıları şikayeti ile hastaneye getirilen küçük bir çocuğun büyüklere ait bir yatağa yatırılması sonucu buradan düşerek yaralanması olaylarında, Fransız Danıştay’ı, İdarenin ancak gerekli önlemleri aldığını, kusurunun bulunmadığını kanıtlamak kaydıyla, sorumluluktan kurtulabileceğine hükmetmiştir. (KAPLAN Gürsel: *agm.*)

⁸⁶ Les usagers des ouvrages publics.

⁸⁷ Une partie des accidents survenant dans les hôpitaux publics.

⁸⁸ Conséquences anormales des soins et des actes médicaux.

⁸⁹ Türk hukuk doktrininde hizmet kusuru Sarıca tarafından “İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir âmm hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilâtında, bünyesinde, personelinde yahut işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi, şeklinde tecelli eden bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik ve sakatlık arz etmesidir” ifadesiyle tanımlanmıştır. (SARICA Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFEM, 1949; 15(4), sh.858-895.)

lenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi⁹⁰, geç işlemesi⁹¹ veya hiç işlememesi⁹² hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.”⁹³

⁹⁰ Göz ameliyatı sırasında hatalı enjeksiyonla sol gözün kaybedilmesi (Dan. 10.D., 22.11.1999, E.1998/190., K.1999/6198), doğum sonrası alınan kan örneğinin laboratuara geç ulaştırılması ve bunun sonucu fenilketonüri (zeka ve nörolojik gelişim bozukluğuna yol açan metabolik bir hastalık) hastalığının zamanında teşhis edilememesi (Dan. 10.D., 20.10.2006, E.2003/3146, K.2006/5850), gerekli/yeterli personelle hizmetin verilmemesi sonucunda hatalı enjeksiyon sonucu hastanın sol kolunun kangren olup kesilmesi, ameliyat sonrası gerekli bakımın yapılmaması sonucu hastanın bacağına kesilmesi, enjeksiyona bağlı oluşabilecek şok için gerekli önlemlerin alınmaması sonucu hastanın hayatını kaybetmesi (Dan. 10.D., 01.06.1994 E.1993/363, K.1994/2502), O2 yerine CO2 verilmesi sonucu hastanın ölmesi (Dan. 10.D., 03.05.1995, E.1994/3258, K..1995/2379), bademcik ameliyatında yanlış serum verilmesi sonucu meydana gelen ölüm, yaralı getirildiği hastanede yeterli tıbbi müdahale bulunmaması sonucu ölüm (Dan. 10.D., 09.11.1999, E.1997/4839, K.1999/5475), bozulmuş, süresi geçmiş ilaç ve steril edilmemiş malzemelerin kullanılması, kuduz olmadığı anlaşılan kedi tarafından ısırılan kişiye dozajı ve dolayısıyla riski yüksek aşı yapılırsa yaşamını yitirmesine yol açılması, kardiyoloji ABD’nda uzmanlık okurken hastanenin temizliği ve merdiven aydınlatmasının yetersiz olması nedeniyle muz kabuğuna basarak merdiven boşluğuna düşme ve sakat kalma (Dan. 10.D., 20.10.2006, E.2003/4153, K.2006/5848) nedeniyle hükmedilen tazminatlar, hizmetin kötü işlemesine ilişkin örneklerdir.

⁹¹ Hizmetin geç işlemesi halinde, idare hizmeti sunmakta ancak o hizmetin sunulması için makul süre aşılma ve bu durum zarara sebebiyet vermektedir. Danıştay hizmeti geç işlemesini “hizmetin belli bir çabukluk içinde ve zamanında yerine getirilmemesi beklenen ölçü ve süratin gösterilmemesi” (Dan, 13.D., 02.12.2005, E.2005/2625, K.2005/5753) olarak tanımlamaktadır. Apandistli hastaya müdahalenin geç yapılması, kuduz vb. hastalıklara veya kafatası travmasına ilişkin teşhislerde gecikme, kan kaybının zamanında önlenememesi hizmetin geç veya yavaş işlemesine örnek gösterilebilir.

⁹² Yapmakla yükümlü kılındığı hizmetler açısından idarenin hareketsiz kalması Danıştay kararlarında açık hizmet kusuru sayılmaktadır. “Kamu idareleri yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini düzenli olarak denetlemek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. İdarenin kendisine yüklenen görevleri ve yetkileri ayrıcalık ve araçları kullanmayarak, bilerek ve düzenli biçimde zarara neden olması halinde; bu zararın idare hukukunun genel ilkelerinden olan açık hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerekmektedir.” (Dan, 10. D., 13.09.1993, E.1993/724, K.1993/3146) Bıçaklı saldırı sonucu hayati tehlike yok denilerek geri gönderilen hastanın ölmesi, sabahın erken saatlerinde (03.30) doktor kıyafeti giymiş birinin hastaya tecavüze yeltenmesinde, benzer bir olayı kısa süre önce yaşamasına rağmen hastane yönetiminin hiç güvenlik önlemi almaması (Dan. 10. D., 09.02.2000, E.1998/4977, K.2000/380), ameliyat yerinde gazlı bez unutulması ve çıkarılması için sonrasında yapılan masraflar (Dan. 10.D., 19.10.1999, E.1997/3565, K.1999/5224), hastanede yatak bulunmaması nedeniyle hasta kabul etmeme ve nakil sırasında kötüleşip 1 gün sonra ölmesi (Dan. 10.D., 12.03.2014, E.2013/3865, K.2014/1691) hizmetin hiç işlememesine örnek gösterilebilir.

⁹³ Dan. İDDK, 13.04.2016, E.2015/1141, K.2016/1544.

Nitekim hizmetin geç işlemesi ve hiç işlememesi hallerinde de kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmemesi olduğu için diğer hizmet kusuru hallerinin tamamında hizmetin kötü işlemesi söz konusudur. *“Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır.”*⁹⁴ Aynı şekilde hastaya ameliyat sırasında oksijen yerine azot protoksit verilmesi⁹⁵, tedavisi sırasında, yapılan tetkik için tibben elverişli olmayan bir ilacın verilmesi⁹⁶, hatalı ilaç verilmesi⁹⁷, yaralı olarak getirildiği hastanede kaldığı süre içerisinde yeterli tıbbi müdahalenin yapılmaması⁹⁸ gibi durumlarda idarenin hizmet kusuru söz konusu olacaktır.

Sağlık hizmeti kavramının sadece, kişilerin vücut sağlığının bozulması sonucu bir sağlık kuruluşuna başvurması ile ortaya çıkan bir kamu hizmeti olmadığı kuşkusuzdur. Bu hizmet aynı zamanda, kişinin hasta olmadığı, bir sağlık kuruluşuna başvurmadığı zamanlarda görüleceği üzere, çok önceden ortaya çıkar; hastalandığı durumlarda teşhis, tıbbi müdahale, tedavi şekli alır. Nihayet hastalığın tedavisinden sonra rehabilite edici olarak değişken bir hüviyet kazanan hizmet türüdür. Bu açıdan sağlık hizmeti, değişken ve sürekli bir kamu hizmetidir.

Sağlık hizmetinin belirtilen bu özellikleri hizmet kusuruna ilişkin yukarıda verilen genel nitelikli tanımın sağlık hizmetleri bakımından geliştirilerek, sağlık hizmetinin kuruluşunda ve işletilme-

⁹⁴ Dan 10.D., 13.07.2010, E.2007/6322, K.2010/5981.

⁹⁵ AYİM., 2.D., 02.11.1994, E.1992/97, K.1904/1644.

⁹⁶ AYİM.2.D.25.12.1996, E.1995/597, K.1996/1146.

⁹⁷ Dan. 10.D., E.1996/2121, K.1997/5476, Danıştay Dergisi.S.96, sh.611.

⁹⁸ Dan. 10.D., E.1997/4839, K.1999/5475, Danıştay Dergisi.S.103, sh.883.

sinde yetersizlik⁹⁹ ve tıbbi uygulama hataları¹⁰⁰ ve türleri olarak iki grubun üzerine vurgu yapılması yerinde olacaktır. İkinci grubun kapsamına da yetki sınırının aşılması (uzmanlık), bilgilendirme¹⁰¹

⁹⁹ İdarenin, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesindeki yetersizlikten kaynaklanan sorumluluğunu organizasyon kusurudur. Burada sorumluluğa hükmedilebilmesi için ağır kusurun varlığına gerek yoktur. Danıştay kararlarında belirtildiği üzere; halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin tıbbi esaslara uygun biçimde ve hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personel ile yapılmasını sağlamakla yükümlü olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kusurlu davranılması idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. (Örnek karar için bkn. Dan. 10. D., 05.07.2006, E.2005/2442, K.2006/4812) Danıştay, bu tür davalarda idarenin tazmin sorumluluğu için kimi zaman ağır hizmet kusurunu aramış ise de, çoğunlukla sağlık hizmetinin kuruluş ve yürütülüş biçimine dikkat çekerek hizmet kusurunu yeterli görmektedir. Danıştay; davalı idareye ait hastanede bir ameliyat sırasında doğabilecek kan ihtiyacının önceden öngörülerek bu konuda gerekli tedbirlerin alınmaması, bu nedenle ameliyat sırasında kan takılması gecikmeye neden olunması, yine ameliyat sonrasında yoğun bakımda yer ayarlanmaması nedeniyle hastanın yoğun bakıma alınmasında da gecikme yaşanması nedeniyle davalı idarenin olayda bu yönüyle hizmet kusurunun bulunduğu sonucuna varmıştır. (Dan. 10. D., 20.03.2012, E.2008/2688, K.2012/1006 nakleden AKGÜL Aydın: *agm*, sh.289). “Danıştay, kadın doğum uzmanının bulunmadığı hastanede, ebe tarafından muayene yapılarak çocuğun ayak geliş biçiminde doğacağına ilişkin kamu hizmetinin sevk yapılmakla birlikte, personel refakatinde ambulans tahsisi gerekirken hastanın özel araçla gönderilmesinde, davacıların prematüre doğan çocuğunun da aralarında bulunduğu 8 bebeğin “Yeni Doğan” servisinde hastane enfeksiyonu nedeniyle ölümünde davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, hastanede doğan bebekten fenilketonüri tarama programı çerçevesinde kan örneği alınmayıp, geç tanı konularak tedaviye geç başlanması ve sonucunda bebeğin zihinsel etkilenmesi nedeniyle; erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken “fenilketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlediğini kabul ederek davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiğine karar vermiştir. Danıştay, hasta kayıtlarının tutulması ve muhafazası şeklindeki sağlık hizmetinde, sağlık hizmetlerinden yararlananlarla ilgili kayıtların eksikliğinin, yapılan tedavilerin kayıt altına alınmamasının, tetkik ve inceleme sonuçlarının muhafaza edilmemesinin (Dan. 10. D., 27.10.2009, E:2007/305, K:2009/9183), hastaya ait dosyanın kaybedilmesinin (Dan. 10. D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939) hizmetin kusurlu işletildiğinin kabulü için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Esasında bu hususlar, idare tarafından, bireylerin kişisel sağlık verilerinin korunması yükümlülüğü başlığı altında ele alınmaktadır.” (AKGÜL Aydın: *agm*, sh.290)

Danıştay doğumundan sonra temizliği yapılarak oksijen çadırına konup normal harem düzeyine çıkarılması için termofor tatbik edilirken termoforun sıcaklığının iyi ayarlanmaması ve zaman zaman da gerekli kontrolün yapılmaması nedeniyle anüste ve gluteal bölgede yanık oluşmasından dolayı açılan davada “idare kendisine verilen kamu hizmetlerini gereği gibi işlemesini sağlayacak örgütü kurmak, araç ve gereç, personeli o hizmetin gereklerine uygun biçimde hazırlamakla yükümlüdür. Hizmetin iyi işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları halinde idarenin hukuksal sorumluluğu söz konusu olur ve uğranılan zararın hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekir.” (Dan. 10.D., 06.10.1982, E.1982/2613, K.1983/1959) demiştir.

¹⁰⁰ Danıştay kararında da belirtildiği üzere; tıbbi uygulama hatasında, hastanın tanı ve tedavi sırasında standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile hastaya uygun tedavi uygulanmaması söz konusudur. Bu noktada hatalı tıbbi uygulama sonucu doğacak sorumluluk “kusura dayalı genel sorumluluk”tur. (Dan. 15. D., 30.01.2015 E:2014/7136, K:2015/413, AKGÜL Aydın: *agm*, sh.293)

¹⁰¹ Bilgilendirme sadece hasta veya yakınına tıbbi müdahalenin ağır risklerini (*les risques graves de l'intervention*) değil, aynı zamanda müdahaleden doğabilecek her türlü

eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası¹⁰², özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması girdiğinin de göz önünde tutulması gerekir.

Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar, kural olarak objektif niteliği haiz, bu alanda istihdam edilen kamu görevlilerinin şahsi sübjektif sorumluluğuyla özdeşleştirilemeyen¹⁰³ hizmetin

istenmeyen durumu (*les inconvénients pouvant en résulter*) ve önerilen tedaviyi (*soins proposés*) de kapsayacak kapsam ve içerikte olması gerekir.

¹⁰² Tıbben gerekliliğe rağmen müdahalenin yapılmaması veya geç yapılması, yanlış tedavi yönteminin seçilmesi, gerekli testlerin yapılmaması, yanlış ilaç verilmesi veya ilacın dozunun yanlış ayarlanması, ölçüsüz tıbbi müdahale, bir komplikasyonun fark edilmemesi, hatalı ameliyat tekniği, teknik aletlerin kullanılmasında yapılan hatalar, geç veya hatalı sevk uygulamaları, enjeksiyon ve hijyen kurallarına uyulmaması, konsültasyon istenmemesi gibi durumlar tedavi hatası kapsamına girer. Tıp biliminin standardına ve tecrübelerine göre gerekli olan özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun düşmeyen, yerinde olmayan her türlü teşhis ve tedavi aşamasındaki sağlık personelinin ve özellikle de hekimin müdahalesi tıbbi uygulama hatası (malpraktis) yani, sağlık hizmetinin ifasında kötü, hatalı uygulamadır. Bu kavram kısacası tıp mesleği mensuplarının mesleki uygulamalarındaki hatalı, kusurlu hareketleri sonucu ortaya çıkan bir durumu ifade etmektedir. Tıbbi malpraktis, tıbbi müdahale nedeni ile oluşabilen zararlı durumların, müdahaleyi gerçekleştiren kimsenin hatalı veya ihmalkâr davranışları sonucu gelişmesidir. Türk Tabipler Birliğinin Etik İlkeleri'nin 13. Maddesinde "bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile hastanın zarar görmesi" olarak tanımlanmıştır.

¹⁰³ "Sağlık personelinin sorumluluğu genelde hekimler açısından ele alınır. Oysa sağlık hizmeti, sadece hekimler tarafından değil yeri geldikçe diğer sağlık görevlileri tarafından da yürütülen bir faaliyettir. Bu nedenle her kademedeki sağlık personelinin görev alanındaki eylem ve müdahaleleri nedeniyle verdiği zararlardan sorumlu olması gerekir." (KURŞAT Zekeriya: "Hemşirelerin Hukuki Sorumluluğu", İÜHFMC C. LXVI, S.1, 2008, sh.320) "Davacının çocuğunun sol el 4. parmağındaki sigilin tedavisi için enjekte edilmesi gereken ve doktor tarafından reçeteye yazılan "Hercaine" isimli ilaç yerine "İl 33" isimli ilacın görevli hemşire tarafından enjektöre çekilip, görevli doktor tarafından enjekte edilmesi sonucu Kangren olan parmağın kesilmesi nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın idarece tazmini gerekir" (Dan.10.D., 08.12.1997, E.1996/2121, K.1997/5476) "Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup, idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Dava konusu olayda, davacıların birinin eşi diğerlerinin annesi olan ilgilinin, ameliyat sırasında oksijen yerine karbondioksit gazı verilmesi sonucu ölümünde idarenin ağır hizmet kusuru nedeniyle tazmin sorumluluğu bulunduğu tartışmasızdır" (Dan.10.D, 03.05.1995, E.1994/3258, K.1995/2379). "... ameliyat esnasında lokal anestezi uygulanmasında kullanılan 22 numaralı anestezi iğnesinin davacının sol göz saat altı katranına isabet ettiği, bu nedenle davacının sol gözünün görme yeteneğini tamamen kaybettiği hususlarının davalı idarece de kabul edildiği ve davalı idarenin savunmasına ekli muayene kağıdı, günlük gözlem çizelgesi, anestezi belgesi, hasta kabul kağıdı, ameliyat kağıdı, poliklinik defteri, protokol defteri, ilaç reçeteleri ve ameliyatı uygulayan doktorun ifade tutanağından da açıkça tespit edildiği, ortada sol gözün tamamen yitirilmesi sonucunu doğuran bir zararın varlığının kuşkusuz olduğu, bu nedenle ... Hastanesinde yapılan göz ameliyatı esnasında anestezi enjeksiyonundan meydana geldiği konusu ihtilafsız olan sol gözün kaybedilmesi olayı karşısında; davalı idarece yürütülmekte olan sağlık hizmetinin işleyişinden ortaya çıkan bu zararın hizmet kusurlu işleyen idare

kuruluşu, düzenlenmesi, örgütlenmesi, personeli, malları ve işle-yişindeki aksaklıklara bağlı oluşan kusur sorumluluğuna dayay-nır.¹⁰⁴ Buna göre bozulmuş ilaçların kullanılması, süresi geçmiş ilaçların veya sterilize edilmemiş enjektör ya da ameliyat malzeme-lerinin kullanılması ve koruyucu sağlık hizmetleri ile ilgili ola-arak bir salgın hastalık durumunda aşılamanın eksik veya hatalı yapılması, yeterli mesleki bilgiye sahip olunmadan yapılan en-jeksiyon nedeniyle hastanın kolunun kangren olmasına sebebiyet verilmesi, hastanın sedyeden düşürülmesi, gerekli bakım ve ona-rımı yapılmayan ambulansın yolda bozulması, tıbbi müdahale-lerde izin verilen risk (komplikasyon)¹⁰⁵ kapsamını aşan neticeler ortaya çıkması, hatalı teşhis ve tedavi, hastaya yapılacak müdahale-ler hakkında yetersiz bilgi verilmesi (aydınlatılmış onam eksik-liği), hastane ve servislerinde gerekli sterilizasyon çalışmalarının yeterli düzeyde yapılmaması sebebiyle hastane enfeksiyonunun¹⁰⁶

rece tazmini ..." gerekmektedir (Dan.10.D., 22.11.1999, E.1998/190, K. 1999/6198).

¹⁰⁴ Danıştay, "riski çok daha yüksek aşırı uygulamalarla müşahede altında tutularak ku-duz olmadığı anlaşılan bir kedi tarafından ısırılan ilgilinin yaşamını yitirmesine yol açan idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğu, yaşam hakkı ve sosyal hukuk devleti-nin gerekleri karşısında maddi olanaksızlık gibi bir savın da kabul edilemeyeceği, bu nedenle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği"ne (Dan. 10. D., 14.11.1996, E.1995/7086, K.1996/7534) hükmetmiştir.

¹⁰⁵ "Tıp hukuku anlamında komplikasyonlar, hekimlik meslek ve sanatının doğasından kaynaklanan, tıbbi standartların gerektirdiği objektif dikkat ve özen gösterilse bile kaçınılmaz türden bir takım istenmeyen olumsuz etkileri ifade etmektedir. Uygulamada-ki komplikasyonlara örnek olarak; hücre kanlanması, kemik kırılmaları, enfeksiyonlar, felçler, kan pıhtılaşmaları, emboliler, yara tedavisi arızaları, iç organ zedelenmeleri, bağır sak tıkanması sayılabilir. Komplikasyon olduğu hallerde tıbbi uygulama hata-sından ve hekimin kusurundan ve dolayısıyla hekimin ve idarenin sorumluluğundan söz edilemez... Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlara yönelik de tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler alınmış ise ve hekime bu yönden bir kusur yüklenmiyorsa, komplikasyon yönetimi de iyi yapılmıştır. Her ne kadar komplikasyonlardan dola-yı hekime ve idareye sorumluluk yöneltilemeyecek olsa da komplikasyon iyi yöne-tilememişse, sorumluluk gündeme gelebilir. Tedbirler alınmamış veya gecikilmişse, komplikasyon yönetimine özen gösterilmemiştir ve bu durumda komplikasyonun malpraktise dönüştüğünden bahsedilebilir ve hekim sorumlu tutulabilir." (SARI-KAYA Muhammed: "Hastane Enfeksiyonu Ve Tazminat Davası", <http://msarikaya.av.tr/kamu-hastanelerinde-meydana-gelen-hastane-enfeksiyonu-ve-idari-yargida-tazminat-davasi/>)

¹⁰⁶ Yataklı Tedavi Kurumları Enfeksiyon Kontrol Yönetmeliği'nin 4. Maddesinde; Yatak-lı tedavi kurumlarında, sağlık hizmetleri ile ilişkili olarak gelişen tüm enfeksiyonlar şeklinde tanımlanan hastane enfeksiyonu ("nozokomiyal enfeksiyon" veya güncel tanımıyla "sağlık hizmeti ilişkili enfeksiyon") hastanede veya başka bir yerde bir has-talığın tedavisi sırasında meydana gelen, yatan hasta, sağlık personeli, ziyaretçi ve hastane ile ilişkili diğer kişilerde oluşan enfeksiyonlardır. "Genellikle hastaneye ya-tışın 48-72. saatinde veya dahili hastalarda taburcu olduktan sonraki 10 gün içinde, ameliyat geçirenlerde bir ay içinde, protez uygulananlarda ise bir yıl içinde gelişen ilgili enfeksiyonlar hastane enfeksiyonu olarak değerlendirilir. Hastanede yatmak,

ortaya çıkması, ameliyat sırasında hastanın karnında spanç veya tıbbi araç- gerek bırakılması, sara nöbeti geçiren hastanın iyi sabitlene memesinden ötürü hastanın yataktan düşerek bir kolunda fonksiyon kaybının oluşması, hastanın son muayenesinin yapılmadın taburcu edilmesi, hastaneler arası hasta nakillerinde (sevk işlemi) gerekli koordinasyon yapılmadan -uygun hastanede yatak temin edilmeden- hastanın sevk edilmesi, yaralının yanlış teknikle araç içerisinden çıkarılması ve taşıma tekniğine aykırı olarak taşınması idarenin sorumluluğunu gerektirir.

Sağlık idari kamu hizmetlerinde hizmet kusurunun özellikleri hizmet kusuru sorumluluğunun özellikleriyle aynıdır. Buna göre; sağlık hizmetlerinde hizmet kusuru bağımsız bir niteliğe sahip, birinci ve asli derecede bir sorumluluk olup anonim, tüm kamu tüzel kişilerinin sorumluluğu bakımından genel bir nitelik gösteren ve olaylara göre değişen ve farklı nitelikler gösterebilen bir sorumluluktur.

B) KAMU HİZMETİYLE HİÇBİR BAĞLANTISI OLMAYAN KUSUR (=SALT KİŞİSEL KUSUR)¹⁰⁷

Mantiki olarak hem Türk, hem de Fransız hukukunda idari yargı uzunca bir süreden beri devletin kamu görevlilerinin kişisel kusurlarını tazmin yükümlülüğünün bulunmadığına hükmetmektedir. Başlangıçta kamu görevlisinin kişisel kusuru, kusurun ağırlığı veya kişisel hareketlilikle bütün kusurlarla nitelendirilmekteydi. Günümüzde bu iki grup kusur gerçekte üç tür şeklinde yeniden gruplandırılmaktadır.

Kusurun *ilk grubunu* tamamıyla bir *hizmet kusuru* oluşturur. Burada her seferinde kamu görevlisinin sebep olduğu zararlarda kamu görevlisi görevli ve yetkili olduğu alanda hareket etmek-

yatış esnasında uygulanan işlemler veya cerrahi girişimler hastane enfeksiyonu gelişmesinde risk oluşturmaktadır... Hastane enfeksiyonları çok sık görülüyor olmasa da ciddi tehlikelere neden olduğundan sağlık kurumlarında yaşanan en önemli tıbbi problemlerdendir. Hastane enfeksiyonları en çok yoğun bakım üniteleri ile organ nakli ve yanık üniteleri, hemodiyaliz üniteleri gibi alet kullanılarak ve sık tekrarlanan işlemlerin yapıldığı bölümlerde yapılan hatalar sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Meydana geldiğinde enfeksiyonun nedenini bulmak, daha fazla yayılmadan kontrol altına almak ve tekrarları önlemek enfeksiyon nedenlerini azaltan en önemli işlemlerdir." (SARIKAYA Muhammed: "Hastane Enfeksiyonu Ve Tazminat Davası")

¹⁰⁷ Une faute non dénuée de tout lien avec le service public.

te ve görevinin gereklerini yerine getirmektedir. Kamu görevlisi burada sadece yeteneksiz, beceriksiz bir tarzda davranmaktadır. Bazen **kusur anonim bir nitelik kazanır**. Kusur, bakım kusuru¹⁰⁸, hizmetin kötü örgütlenmesi¹⁰⁹, yetersince hızla işlememesi¹¹⁰, becerisizlik¹¹¹, risklerin yanlış değerlendirilmesi¹¹² vs. gibi kötü belirlenmiş bir seri kusurdan kaynaklanmaktadır.

İkinci grup kusur tamamıyla **kişisel kusurdur**. Kamu görevlisi görev ve yetkilerinin ifasının tamamıyla dışında davranmaktadır. Burada idarenin kendisine sunduğu araçların ve imkânların kullanılması kural olarak söz konusu değildir. Dolayısıyla kamu görevlisinin, görevinin tamamen dışında, “resmi sıfatından tam ve mutlak surette ayrılmış”, kamu görev ve faaliyetlerinin ajanı ilişkisi içinde bulunmayan herhangi bir kimse olarak işlediği kusurlu davranışlarından kamu görevlileri şahsen sorumludur. Örneğin, hekimin mesai saatleri dışında kendi araç ve gereçleri ile teşhis veya tedavi yapması, tıbbi müdahalede bulunması.

Kişisel kusur, kamu görevlilerinin görevlerinden, resmi sıfatlarından ayrılabilen, kişiye özgü hata ve eylem niteliği taşıyan kusurlarıdır. Bir başka deyişle kamu görevlisinin, kötü niyet ve maksatla başkasına zarar vermek, kamu yararı dışında özel çıkar sağlamak üzere kasti eylem ve işlemi veya suç niteliği taşıyan kusuru, ağır kusur ve kasıtlı kusur halleri, hizmet kusuru ile kaynaşmış görevsel kusur olmaktan çıkıp, kamu görevlisinin salt kişisel kusuru sayılır.

Anayasa Mahkemesi, kişisel kusura ilişkin olarak: “Kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmî çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatan-daş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması

¹⁰⁸ Défaüt d’entretien.

¹⁰⁹ Mauvaise organisation du service.

¹¹⁰ Enteurs.

¹¹¹ Maladresses.

¹¹² Mauvaise appréciation des risques.

doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ikili ve ilişkili olarak ortaya çıkar. Kamu görevlilerinin, açıkça ve kolayca hizmetten ayrılabilen tasarruf ve hatalarının kötü niyet ve maksatla ilgiliye zarar vermek veya kamu yaran dışında özel çıkarlar sağlanmak için bilerek yani kasten yapılan işlem ve eylemlerle bağışlanamayacak ölçüde ağır kusur teşkil eden açık şekilde hukuka aykırı fiil ve muamelelerden ibaret olduğu Yargıtay ve Danıştay içtihat ve uygulamalarında kabul edilmektedir. Bu uygulamaya göre kamu personeli bilerek ve isteyerek yetkisini kötüye kullanır veya mevzuata açık ve kesin olarak belirlenmiş bulunan görev ve yetki alanını ve sınırlarını aşar yahut idarenin işlev alanı dışına çıkarsa, kişisel eylem ve kusur işlemiş ve kendi sorumluluğuna yol açmış sayılmaktadır.”¹¹³

Üçüncü grup kusurda aynı zamanda hizmet kusuru ve kişisel kusur yani **görev kusuru**¹¹⁴ şeklinde ortaya çıkmaktadır. Burada kişisel kusurun hizmet kusuruyla ilişkisi tamamıyla kesilmemiştir. Kamu görevlisinin görevlerini ifası sırasında özel, kişisel bir gayeye matuf davranışları veya fiziki veya sözlü ihlaller ve sataşma ya da tahammül ve tolere edilemeyecek (hoş görülemeyecek) tedbirsizlik, becerisizlik durumlarında olduğu gibi kabul edilemeyecek nitelikteki davranışları bu grup kusurlara ilişkin klasik örneklerdir. Aynı şekilde kamu görevlisine verilmiş veya tanınmış imkân ve araçların veya kurallara aykırı bir şekilde ele geçirdiği araçların görevin ifası dışında kullanması bu grubun kapsamına girmektedir.

Bu sınıflandırmanın sonuçları gayet basittir; eğer sadece hizmet kusuru bahse konu ise, ilgili idare sorumlu kabul edilir. Kişisel kusurun söz konusu olduğu hallerde yani kamu görevlisinin kusurunun yürütülen kamu hizmetiyle ilişkisi tamamıyla kesilmiş, kalkmış ise, idarenin tek başına sorumluluğuna hükmedilecek, idare daha sonra kusurlu kamu görevlisine rücu edecektir. Ancak

¹¹³ AYMK, 25.03.1975, E.1974/42, K.1975/62.

¹¹⁴ Danıştay kararlarında görev kusuru aşağıdaki gibi tanımlanmaktadır: “kamu görevlilerinin idari bir tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak, yaptıkları eylem ve kusurları, idareden ayırlamaları nedeniyle görevle ilgili olarak işlenen “görev kusuru” niteliğinde hizmet kusurunu oluşturmaktadır.” (Dan. 10. D.,06.11.2013, E.2011/985, K.2013/7802)

vurgulamak gerekir ki, sağlık hizmetlerinin niteliği dikkate alındığında kişisel kusur ile görev kusurunu birbirinden ayırmak her zaman kolay olmamaktadır.¹¹⁵ Sağlık personelinin kişisel kusuru ile görev kusuru iç içe geçmiş olduğundan, kişisel kusur-görev kusuru ayrımı yapılırken, zarar verici eylem veya işlemi gerçekleştiren sağlık görevlisinin, kastı, eylemin veya işlemin kamu hizmeti bünyesinde olup olmadığı, tıbbi müdahale ile bağdaşır bağdaşmadığına dikkat edilmelidir.¹¹⁶

Muayene, anestezi, ameliyat, vücuttan kan alınması, röntgen çekilmesi gibi örneklerin tıp biliminin kurallarına göre yapılan teşhis, tedavi ve koruma faaliyetlerini ifade eden bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, tıbbi müdahaleyi yapanın yetkili olması, hastanın (ilgilinin) rızasının bulunması ve **tıbbi müdahalenin dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir biçimde yerine getirilmesi** şartlarına göre belirlenir.

Hizmet kusuru, kamu görevlisinin kusuru değildir, idarenin faaliyetlerindeki aksaklık ya da bozukluklardan doğan bir kusurdur. Bu kusur türünde, kusurun belli bir kişiye yüklenmesi mümkün değildir. Zira idare, kamu görevlisi ile bütünleşmiş, hizmet ile kaynaşmıştır. Kamu görevlisinin bağımsız varlıkları adeta idarenin içinde eriyip, anonimleşmiştir. Gerçekte, kamu görevlisinin yani hekimin eylem ve işlemi olmasına rağmen, muhatap idare olup, hizmetin yükümlüsü, zararın sorumlusu sadece idaredir. Dolayısıyla hizmet kusurundan dolayı, kamu görevlileri idareye, hasta ya da hasta yakınlarına karşı sorumlu değildirler.

C) İDARENİN SORUMLULUĞUNDA KUSURSUZ SORUMLULUĞUN SAĞLIK HİZMETLERİNDE UYGULANMASI KURAL OLARAK RİSK TEORİSİNE DAYANIR

Fransız idari yargı içtihatlarında idarenin etkinliklerinin konusunun tehlikeli olması¹¹⁷ veya ilgilileri için özel bir risk tehlikesi¹¹⁸ taşıdığı hallerde ortaya çıkan zararın tazmininden idare sorumlu tutulmaktadır. Aynı şekilde kamu hizmetlerine gönüllü katılanların¹¹⁹ uğrayacakları zararın tazmininde de bu ilkeye başvurul-

¹¹⁹ La collaboration de personnes bénévoles.

maktadır.

XX. Yüzyılın başından beri Fransız Danıştay'ı kusurun ispatına gerek duyulmaksızın zararın tehlikeli yöntemlerin uygulanması, tehlikeli şeylerin kullanılması veya bunları tamamlayıcı anlamda olmak üzere tehlikeli bir durum içinde kalan mağdur için idarenin tazmin yükümlülüğü kabul edilmiştir.

İdarenin kullandığı tehlikeli şeylerin arasında patlayıcı maddeler¹²⁰, mağdurun polis operasyonlarında üçüncü kişi niteliği taşıması haliyle sınırlı olmak üzere ateşli silahlar¹²¹, tehlikelilik niteliği taşıyan bayındırlık eserleri (her türlü kanallar ve kayalıkların hâkim olduğu alanlardaki karayolları)¹²² sayılmaktadır. Bu listeye 1995 tarihinde Fransız Danıştay'ı özellikle yeni bir hastalık türü olan AİDS' de olduğu gibi bulaşma tehlikesi taşıyan kan ürünlerini de¹²³ eklemiştir.

Tehlikeli metotların arasında ilk sıra liberal yöntem uygulaması olarak bilinen gençlerin yeniden eğitilmesinin söz konusu edildiği tehlikeli kişilerin yarı hürriyetine kavuşturulduğu uygulama (nu uygulama devlet tarafından veya gözetim altında bulundurulmak suretiyle özel eğitim kurumlarınca gerçekleştirilmektedir) veya akıl hastalarına¹²⁴ tanınan deneme amaçlı serbest bırakılma veya hapisneden mahkûmların çıkışına izin verildiği durumlar yer alır.

Nihayet salgın hastalık ve savaş¹²⁵ gibi tehlikelerin ortaya çıktığı durumlarda kamu görevlileri ve yakınları için getirilen kamu hizmeti zorunluluğu da¹²⁶ bu kapsama dâhil edilmektedir. Burada zararın doğması halinde devletin tazmin yükümlülüğü söz konusu olur.

¹²⁰ Les explosifs.

¹²¹ Les armes à feu (mais seulement si la victime était étrangère à l'opération de police).

¹²² Les ouvrages publics dangereux (canalisations de toutes sortes et même les routes dominées par des rochers).

¹²³ Les produits sanguins en raison des dangers de contamination, spécialement de nouvelles maladies telles que le SIDA.

¹²⁴ Des malades mentaux.

¹²⁵ Guerre, épidémie.

¹²⁶ Obligations de service des agents de l'État ou leurs proches.

V.- İDARENİN SORUMLULUĞUNUN BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMESİ

Sağlık kamu hizmetinden¹²⁷ faydalanmak bireyler için anayasal ve ülkemizin tarafı olduğu insan haklarına ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan bir hak, devlet için ise, bireylere sağlık hizmeti sunmak bir anayasa, uluslararası sözleşmelerden ve mevzuattan kaynaklanan bir yükümlülük ve görevdir (devletin pozitif yükümlülüğü). Bu nedenle de bireyin kamu hastanesi ve hastane çalışanları ile ilişkisi, özel hukuktan farklıdır. Hizmetten faydalanma bir sözleşmeye bağlanamadığı gibi, bireylerin ücret ödemeleri halinde dahi sözleşme ilişkisi kurulamaz. Dolayısıyla akdi ilişkiden söz edilemeyeceği için de, sağlık hizmetlerinden kaynaklı idarenin sorumluluğu da ortadan kalkmaz, kaldırılamaz. İdarenin sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluğu kural olarak hizmet kusuru kavramı ile ifade edilmektedir.

Sağlık hizmetinde kusur, sağlık hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işletilmesinde yetersizlik veya tıbbi uygulama hatası şeklinde ortaya çıkmaktadır. İdare mahkemeleri ve Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu yürütüldüğü iddiasıyla açılan tam yargı davalarında, her somut olayın özelliğine göre hizmet kusurunun esnekliği özelliği uyarınca hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını irdeleyerek idarenin tazmin sorumluluğu hakkında karar vermektedir.

Sağlık hizmetinden kaynaklanan sorumlulukta kusurun kendi içinde ağır veya basit/hafif kusur gibi sınıflandırmaya tabi kılınması ve bazı kusurların sorumluluk dışında tutulması kabul edilemez. Bu tür bir sınıflandırma ancak ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınabilir. Kusurun yoğunluğu tazminatın miktarının belirlenmesine etki eder.¹²⁸

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi'ne göre, "toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de nitelikleri gereği kamu hizmeti"dir. (AYM, 22.11.2007. E.2004/114, K.2007/85)

¹²⁸ AYM'nin E.2014/94, K.2014/160 sayılı kararında özetle; Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan atfın, sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin olduğunu, idarenin sorumluluğuna ilişkin olarak idare hukuku esaslarının uygulanacağı vurgulanmaktadır.

İdarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunda kusura neden olan görevli belirlenememekte, belirlense dahi kişiselleştirmek her zaman doğru, hakkaniyete uygun ve kamu hizmetinin özellikleriyle bağdaştırılamamaktadır. Bu nedenle hizmet kusuru bağımsız niteliğe sahip, hizmetin bünyesinde, kuruluşunda, işleminde gözlemlenen ve hizmeti yerine getiren kamu görevlisine atfı mümkün olmayan, idare hukuku esaslarına göre belirlenen objektif kusur tipidir. Burada hizmet kusurunun anonimliği özelliği söz konusu olup sorumluluğun nedeni ile sorumluluğun tazmininde dikkate alınacak kuralların aynı olup olmayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınır.

Danıştay'ın sağlık hizmetleri alanında mağdurlar lehine içtihatlarında kusur karinesine yer vermesi gerekmektedir. Sağlık hizmetleri alanında Fransız hukukundaki gelişmeye paralel nitelikte kusursuz sorumluluğa da yer vermesi yerinde olacaktır.

Danıştay'ın, zararın belli ve gerçek olması¹²⁹ koşulunu dar yorumlama eğiliminden zaman içinde yumuşama görülmekle birlikte somut olayın niteliklerini göz önüne alarak belli bir ölçüde genişleterek zararın tam, eksiksiz tazmini ilkesine¹³⁰ daha fazla öncelik vermesi yerinde olacaktır.

- Bedensel zararların tazminine ilişkin uyuşmazlığın yargı önüne geldiğinde mahkemece belirlenen uzman bilirkişi veya kişilerin önünde zararların belirlenmesi ve üzerinde anlaşılmasının sağlanması yolunun yasal düzenleme konusu yapılması sorunun çözümünde öngörülecek çarelerden biri olabilir.
- Bilirkişilerin misyonlarındaki çokluk, iş yükü ağırlığı vs sebepler zararın sebep ve miktarına ilişkin değerlendirmelerinin, tespitlerinin gerekçeleri ve somut olayın bütün veçhelerini ortaya koymasındaki yetersizlikler ve bazen de tutarsızlıklar sadece mağdurların bunları anlayamamasına değil; aynı zamanda mağdurların tedavi ve bakımlarında eşitlik ilkesine aykırılığına¹³¹ da yol açmaktadır. Genel hukuk anlamında gelişmelere uygulanabilecek bedensel zararların tazmini tipolojisi ve mağdurlarca anlaşılabilir olma aracılığıyla resmi misyonlar

¹³¹ Principe d'égalité de traitement de victimes.

bu duruma çare getirebilir.

- Tıp doktoru olan bilirkişi kazaya veya zarara sebebiyet veren olgu ile bunların sonucu ortaya çıkan zararlar arasında illiyet bağı kurma, zararın süresinin belirlenmesi ve bedensel zararın alan ve kapsamını tanımlamak zorundadır. Bedensel ve ruhsal bütünlüğe zarar verici davranış veya işlemlerin derecesinin değerlendirilmesi için doktor bir tıbbi bareme başvurur. Böyle bir durumda bilirkişi doktor kısmi veya süreklilik arz eden maluliyetin gelişiminin ne olacağını belirlemeye imkân tanıyacak geniş kapsamlı rehberlik edebilecek bir barem ile karşı karşıya kalacaktır. Bu alandaki tıbbi baremlere ilişkin fazlalık mağdurlar tarafından anlaşılabilir bir nitelik taşımaya- caktır. Tek bir tıbbi baremin kamu otoritesi veya kanun koyucu tarafından resmi olarak belirlenmesi herkese uygulanabilmeyi ve o ana kadar mevcut baremlerin yerini almak suretiyle şeffaflığın bir unsuru olabilecektir.¹³²
- Bedensel zararı mağdurunun zararlarının tazmininin seviyesi toplumsal bir tercihin yansıması şeklinde karşımıza çıkar. Ekonomik anlamda değerlendirilemeyecek zararlar için tazminata esas zararların neler olacağını belirlenmesi bütün mağdurların arasında bir hakkaniyetin tesisine kaynaklık edebilir. Bu referansların ekonomik zararlara ilişkin olmadığı ölçüde tazminin kişiselleştirilmesi gündeme getirilmeyecektir.

Ekonomik anlamda değerlendirilemeyecek zararlara örnek olarak sürekli veya geçici işlevsel eksiklik¹³³, elem, ıstırap ve acıya maruz kalmak¹³⁴, estetik zararlar¹³⁵, itibar, değer kaybından doğan zararlar¹³⁶, cinsel zararlar¹³⁷, kurumsal zararlar¹³⁸ gösterilebilir. İlke olarak fiziki ve entelektüel yeteneklere ilişkin zararlar¹³⁹, yaşanan

¹³² Bkn. *Tıbbi Hatalardan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Aktüerya Hesabı Kitapçığı*, Danıştay 15. Dairesi.

¹³³ Le déficit fonctionnel temporaire et permanent.

¹³⁴ Les souffrances endurées.

¹³⁵ Le préjudice esthétique.

¹³⁶ Le préjudice d'agrément.

¹³⁷ Le préjudice sexuel.

¹³⁸ Le préjudice d'établissement.

¹³⁹ L'atteinte à une faculté physique ou intellectuelle.

acılar¹⁴⁰, fiziksel görünüşten doğan zararlar¹⁴¹, eğlence etkinliklerinin üzerindeki etkiler sonuçlar (yaşama sevincinin üzerindeki etkiler)¹⁴², manevi zararların¹⁴³ da dikkate alınması gerekir. Bütün bu örneklerin gösterdiği gibi hiçbir şekilde ticari niteliği bulunmayan zararların da söz konusu olabileceğidir.

Hâlihazırda Fransız hukukunda tazmin edilecek zararların türlerinin resmi bir listesi¹⁴⁴ bulunmamaktadır. Bu anlamdaki normatif kurallarının eksikliği hukuki güvensizliğin¹⁴⁵ ve mağdurların arasındaki eşitsizliğin kaynağını oluşturmaktadır. Buradan çıkan netice mağdurlar için olduğu kadar bedensel zararın tazmininde rol alan aktörler anlamında bir belirsizliğe, anlaşıla bilirliğe yönelik bir eksiklik anlamını taşımaktadır.

Bu olumsuzluğun giderilmesi için yapılan önerilerde zararlar arasında maddi zararlar ve doğrudan mağdurların malvarlığında ortaya çıkan zararlar¹⁴⁶ ve yansıma yoluyla mağduriyet yaşayanların zararları¹⁴⁷ arasında bir ayırımın yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir. Fransa’da bu alanda 22 Şubat 2007 tarihli Adalet Bakanlığı’nın sirkülerinde¹⁴⁸ dile getirilen bedensel zararların tazminine ilişkin önerisinin yargı çevresinde ve özellikle de Fransız Danıştay’ınca¹⁴⁹ kabul görmediğinin altını çizmek gerekir.

Kısacası Bedensel Zararların Tazminine İlişkin Beyaz Kitap¹⁵⁰ olarak adlandırılan çalışmada zararların yerlerinin açıkça tanımlandığı çizelgenin geliştirilmiş kabulünün mağdurların

¹⁴⁰ Les douleurs ressenties.

¹⁴¹ Les atteintes à l’apparence physique.

¹⁴² Les incidences sur les activités de loisirs.

¹⁴³ Manevi zarar (*le préjudice moral*), kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır. (Dan.15.D.,04.03.2014, E.2013/3258, K.2014/1371)

¹⁴⁴ Liste officielle des postes de préjudices indemnisables.

¹⁴⁵ Insécurité juridique.

¹⁴⁶ Préjudices patrimoniaux et extra patrimoniaux des victimes directes.

¹⁴⁷ Türk hukukundaki ifadesiyle destekten mahrum kalanların zararlarının tazmini / préjudices des victimes par ricochet.

¹⁴⁸ Circulaire CIV/05/07.

¹⁴⁹ Conseil d’Etat, section du contentieux, avis n° 303422 et n° 304214.

¹⁵⁰ Livre Blanc sur l’indemnisation du dommage corporel, Association Française De L’assurance, Avril 2008.

zararlarının tamamının dikkate alınmasını, hukuki güvenliğin muhafazasıyla güvence altına alınacağı ifade edilmektedir.

SONUÇ

Sınırlıda olsa tarihsel gelişimde 1873 tarihli Blanco kararıyla kabul edilen Devletin/idarenin sorumluluğu zaman içinde kapsam ve içeriğinde önemli bir gelişim ve değişim göstermiştir. Bu hususun idarenin sağlık hizmetlerinden dolayı sorumluluğuna ve bedensel zararların tazminine de yansıdığı bilinmektedir. Günümüzde Türk hukuk sistemine oranla Fransa'da idarenin sorumluluğunun ulaştığı noktanın daha ileri bir seviyede olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak unutmamak gerekir ki Devletin/idarenin sorumluluğun tanımı yapılamamıştır denilemez. Günümüzde hükümet tasarrufları başlığı altında ifade edilen alan dışında kamu kudretinin sorumluluğu kabul görmekte ve kabulün gerekçesi olarak da hukuk devleti ve/veya sosyal devlet ilkesinin yer aldığı hem ülkemizde, hem de Fransa'da açıkça ifade edilmektedir. Devletin faaliyet ve müdahale alanına bağlı bir şekilde ortak bir önlemin tam bulunamaması dolayısıyla riskleri ve bireylere verilen zararları niceliksel ve niteliksel olarak artırmıştır. Aynı şekilde devletle birlikte diğer kamu tüzel kişilerinin bireylere yönelik müdahalelerinde gözlemlenen artış ve eşitsizlikler üzerine inşa edilen işlem ve eylemlerde önemli derecede artışlar görülmektedir. İdare edilenlerde ortaya çıkan anlayış değişikliği Devletin sorumluluğunun meşrulaşması ve hatta yasallaşmasıyla sonuçlanmıştır.

Bu gelişime iptal davasıyla paralellik arz eden tam yargı davasının rolü yadsınamayacak ölçüye tedrici gelişimle ulaşılmıştır. İdarenin sorumluluğu alanında yargıcın idare edilenlerin lehine yorum ve değerlendirmeleri kararlarında somutlaşmış, idare edilenlerin talep, beklenti ve memnuniyetlerine büyük ölçüde cevap verebilir bir noktaya ulaşmıştır. Belirtmek gerekir ki, Blanco kararıyla ortaya konulan Devletin sorumluluğu anlayışı mahalli idareleri de kapsayacak bir seviyeye her birinin faaliyet ve yetkileri göz önünde bulundurularak, sorumluluklarının kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde etkili olmuştur. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi Blanco kararında ifade ettiği görüşünü bir süre tekrarlayarak kamu hizmetlerinin yürütülmesinden sorumluluğunun bahse

konu olduğunu, buna da karar verecek yargı kolunun adli yargı olmayacağı içtihadını muhafaza etmiştir. Bu süreçte başlangıçta Devletin sorumluluğuna konu edilmeyen faaliyetlerde azalma ve sorumsuz olarak değerlendirilen alanlarda sorumluluğun kabul görmeye başladığı gözlemlenen bir vakıadır. Nitekim kararında kapalı tutulduğu yerden kaçan kızgın, saldırgan boğanın zararsız hale getirilmesinde polisin ateş etmesiyle yaralan kişinin açtığı davada Fransız Danıştay'ı Devlet kamu kudretinin sahibi sıfatıyla özellikle polisiye önlemlerine ilişkin olarak kamu görevlilerinin dikkatsizliklerinden sorumlu tutulacağına hükmetmiştir.¹⁵¹ Ülkemizde sağlık hizmetlerinden kaynaklanan sorumluluk anlamında sorumluluğun tazmininde ortak hukuk uygulamasından kaynaklanan sorunlar yaşanmakla birlikte oturmuş bir uygulamanın varlığından söz edilebilir. Sorumluluk nedenleri ve sorumluluğun ortak hukuka yani medeni hukuka ve yargısal karar verme yetkisinin adli yargıya tanınması Anayasa ve hukuk sistemimize uygun düşmez. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir.¹⁵²

İdarenin sorumluluğu için genel olarak sorumluluk hukukunda öngörülen fiil, zarar ve uygun illiyet bağı aranmaktadır. Ancak idare hukukunda idarenin sorumluluğu yargısal içtihatlarla geliştirilmiştir ve idare hukukunun kendine özgü yapısının da gereği olarak, idarenin sorumluluğu da genel anlamda özel hukuka dayanan sorumluluktan farklılık göstermektedir. İdarenin sorumluluk sebebi olarak idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğuna başvurulur ve bu durumda sorumluluğun şartları ve kapsamı anlamında bazı farklılıklar gösterir. Buna göre kusursuz sorumluluk hallerinde idarenin vermekle yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin varlığı şartı aranır. Ancak sorumluluk ve buna bağlı olarak da tazmin yükümlülüğü için idarenin bu hizmetin görülmesinde kusurunun varlığı ya da yokluğu aranmaz. Kural olarak sadece idarenin görmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti ile zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterlidir. Kısacası sebebiyet verilen bir zarar varsa, sorumluluk da vardır. Ancak

¹⁵¹ "L'Etat n'est pas, en tant que puissance publique, et notamment en ce qui concerne les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents» (CE 13 janvier 1899, Lépreux, Rec. p. 18).

¹⁵² AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23

her türlü zararın tazmini her zaman mümkün olmayabilir. Zira bazı durumlarda kanun koyucu Fransız hukukunda şehircilikten kaynaklanan külfetler örneğinde olduğu gibi sorumluluk alanı dışında bırakılan konular veya yargıcın anne üzerinde uygulanan doğum kontrol tedavisinin başarısızlığa uğramasının sonucunda çocuk doğumunda olduğu gibi ahlaki sebeplere dayanılarak tazmin edilemeyecek nitelikte bir zararın varlığını kabul ettiği durumlar söz konusu edilebilmektedir.

Tazmin edilecek bir zararın varlığının kabulünde zararın kesin ve doğrudan bir zarar olması şarttır. Maddi ve manevi zararının tazmininde bazı açıklamalar gerekir. Maddi zararın tazmininde kural olarak önemli sorunlarla karşılaşılmaz. Ancak manevi zararda yargıcın çekingenliği ve bazen de manevi zararın tazminine karşı tavrı zaman zaman nüksedebilmektedir. Burada hep sebepsiz zenginleşmeye yol açılmaması, felaketin özendirilmemesi ve manevi zararın tazmin değil tatmin aracı özelliği gerekçesi arkasına saklanılmaktadır. Burada manevi zarar¹⁵³ ile elem, ıstırap acı çekme¹⁵⁴ arasında bir ayırım yapılması yararlı ve zorunludur. Fransız hukukunda savunulmuş halen nadirde olsa hem Fransa'da hem de ülkemizde etkisini sürdüren bir teze göre "gözyaşlarının parasal bedeli (karşılığı) olmaz"¹⁵⁵. Bu anlayış Fransa'da 1961 yılına kadar uygulanmıştır. Bu kapsamda genç bir bayanın gerçeğe aykırı bir şekilde zührevi hastalık yaydığı ve bunun sonucu olarak da tıbbi bir muayeneye zorlanıp, muayene ettirildiği için manevi zararının tazminine hükmedilmiştir.¹⁵⁶ Burada manevi zararın tazmininde zarara uğrayanın toplumda tanınırlığı, şöhreti, sosyal statüsü ve çevresi, mesleği, zarar doğurucu olayın vuku bulduğu zaman ve yer de dikkate alınmalıdır. İdari yargıcın estetik anlamda uğranılan zararların tazminini de manevi zarar kapsamına dâhil ettiği bilinmektedir.

Manevi elem ve ıstırapın özellikle de çok sevdiği bir yakının kaybına bağlı manevi zararın tazmini Fransa'da başlangıçta hem Yargıtay, hem de Danıştay tarafından kabul edilmemiştir. Bunun

¹⁵³ Le préjudice moral.

¹⁵⁴ La douleur morale.

¹⁵⁵ Les larmes ne se monnaient point.

¹⁵⁶ CE 5 juillet 1957, Département de la Sarthe c/ Demoiselle Artus.

sebebi yaşanan acı, elem ve ıstırabın ispatı ve tazmini şaşırtıcı bir varsayım ve kabuldür. İkinci olarak bu tür bir zararın parasal, maddi değeri nasıl ölçülecektir? Bu iki sebep Fransız Danıştay'ının ve ülkemizde de Danıştay'ın bu anlamda manevi zararın tazminine direngen ve mesafeli davranmasının sebebinin açıkladığı doğal olarak söylenilmektedir. Fransa'da 1954 tarihinde bir genç delikanlının trajik bir şekilde ebeveynini trafik kazasında kaybı üzerine Conseil d'Etat içtihadında değişiklik yapmıştır.¹⁵⁷ Buna bağlı olarak geçmişteki içtihattan ayrılmak suretiyle manevi ıstırabın da tazminine Danıştay ile birlikte diğer idari yargı yerlerinin de karar verdiği görülmektedir.

Burada kusurun ispatlanması¹⁵⁸ **söz konusudur ve ilke** olarak kusurun ispatı davacıya aittir. Dolayısıyla sağlık kamu hizmeti sunan kurumun veya doktorun kusurlu davranışın ispatı davacı tarafından gerçekleştirilir. Bu ispatın sağlanması çok zor görülmektedir. Öncelikle maddi zararın ispatı kolaydır. Buna karşılık tıbbi veya hastanenin kusurunun bulunduğu ispatı bu kadar kolay değildir. Bu kapsamda iki yöntemin davacıya yardımcı olduğu bilinmektedir. İlk olarak en etkili yöntem olarak bilirkişiye başvuru sayesinde uygulamada kamu hastanelerinin veya sağlık personelinin kusuru olup olmadığı araştırılır. İkinci olarak ispat yükünün yer değiştirilmesi söz konusudur. Davacını değil, hekimin veya kamu hastanesinin kusurunun olmadığı veya illiyet bağının bulunmadığını ispatı gerekir. Bu noktada mağdurun durumunun kolaylaştığı kuşkusuzdur. İlk olarak adi karine ve ikinci olarak ta kesin karinenin¹⁵⁹ varlığından söz edilebilir. Kesin karine kanunla öngörülür ve aksinin ispatı bahse konu olmaz. Davalının kesin karine halinde karinenin ispatına girişmesi netice doğurmaz. Mutlak karine istisnailik arz eder ve bu tür bir düzenlemenin gayri adillikinden söz etmek mümkündür. Bu tür düzenlemeler eleştiriye açıktır. Hepatit B'ye karşı zorunlu aşı uygulamasında Fransız idari yargısında mutlak karine kabul görmektedir.

Bazen zararın kaynağının tıbbi hataya dayanmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Sağlık hizmetlerinde tatmin edici neticenin

¹⁵⁷ CE 29 octobre 1954, Bondurand.

¹⁵⁸ La preuve de la faute.

¹⁵⁹ La présomption irréfragable.

alınması esası bazen başarısızlıkla neticelenebilir. Bazı ölçsüz-
lükler beklentileri geçersiz kılabilir. Oysaki günümüzde kadercilik
artık terk edilmiş ve tıbbi başarısızlıklar kabul edilemez. Böylece
tıbbi gelişmelerin aksaması, engellenmesini dikkate alarak bir takım
zararların sonuçlarının giderilmesini kabul etmektedir.

İdari yargıç çerçevesi belirlenmiş bir kusursuz sorumluluğu artık
benimsemiştir. Dolayısıyla idari yargıcın bir takım maddi hizmetlerinin
zarar doğuran sonuçlarını kusursuz sorumluluk rejimi uygulayarak
çözdüğü gözlemlenmektedir: hastalıklı, bozuk kan temini veya suni solunum
zarar verici bir şekilde işletilmesi hizmeti sunan idarenin ve aynı şekilde
bu ürünleri temin edenin güvenlik yükümlülüğünü doğurmaktadır. Aynı
şekilde yeni bir tedavi yönteminin, tedavi için tıbbi bir işlemin uygulanmasını
sonucunda ortaya çıkan tıbbi risklerin tazminini kabul etmektedir. İctihadın
gerçekleştirdiği bu uygulamanın geçerliliği bir takım şartların varlığına
tabi kılınmıştır. Bu anlamda sadece ağır ikincil neticelerinin lehine bir
tazminin gerekliliği kabul görmektedir. Bunlar; hastanın kol ve bacaklarında
görülen felç¹⁶⁰, belden aşağısının felç olması¹⁶¹ ve ölümdür. Ayrıca zarar
hastanın başlangıçtaki durumuyla, bu durumun öngörülebilir gelişimi ile
ilişkisi bulunmadığı durumlarda tazmin edilir. Kısacası idari yargıç hastanın
başlangıçtaki durumu ve bunun gelişim seyrinden ayrılacak tıbbi işlemlerin
zarara yol açıp açmadığını araştırması gerekmektedir.¹⁶²

¹⁶⁰ Tétraplégie.

¹⁶¹ Paraplégie.

¹⁶² Konuya ilişkin Fransız idari yargı içtihatları için bkn. CAA Lyon, 21 déc. 1990, Gomez; CE Ass. 9 avr. 1993, Blanchi; CE Sec. 3 nov. 1997, Hôpital Joseph Impert d'Arles (SALSON Johanne: *Droit Hospitalier*, 3ème édition, Paris 2011, sh.288).

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Değerli Hocam çok teşekkür ederim. Aslında zamanda iyi gidiyoruz. Müsaade ederseniz bir-iki soruyla ben işi biraz daha ısıtmak istiyorum, zamanda iyi gidiyoruz.

Değerli Yargıtay üyesi hocam, hocam diyeyim çünkü sizin bu kayıtları ben öğrencilere izleteceğim, gerçekten çok önemli bir gün, önemli bir sene yaşadık bu konuda. Çünkü hukuktan bugüne kadar görmediğimiz bir ilgi görmeye başladı bu olay. Barolar Birliği olsun, Sayın Yargıtay Başkanlığı olsun, bir de 10-15 senedir ben bu işe mağdur değil de taraf olarak öğrencileri gerçek hayatta hukukla yüzleşmeye hazırlamak amacıyla hoca olarak girmişken, şimdi iş daha başka bir yere vardı. Sonunda şunu gördüm, aslında bizim hukuksal olarak hiçbir eksiklerimiz yok. Hani meşhur söz olduğu gibi “Ankara’da hâkimler var” buna hiçbir şüphe yok ve iyi yetişmiş hâkimler var. Fakat problem, işte Saadet Partisi burada, ama öbürlerinin hiçbiri yok. Meclise laf anlatamıyoruz, nasıl ileticeğiz bilmiyorum. Hazırlıyoruz ediyoruz...

Şimdi bakınız, çok önemli bir şey söylediniz. Özel hastanede özel bir ameliyat yaptım, aynı suçu... Suç demeyeyim, aynı hatayı aynı ameliyatı aynı sorumluluğu Ankara Üniversitesindeki şapkamla yaptığımda hasta bana ulaşamıyor bile. Önünde bizim soruşturmalar, peşinden o Danıştay’a gidiyor vesaire yolda eriyor o iş. Öbür taraftan aynı sorumluluğu özel hastanede aldığım zaman daha fazla ihtimam göstermem lazım. En ufak bir hatada direkt... Bu sizce bir hukuksuzluk değil mi?

Nilgün TAŞ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Şimdi Hocam, o özel hastanede olduğu zaman kişi ücret ödüyor, ilişkinin boyutu değişiyor. Sözleşme ilişkisi oluşuyor. Yani diğerinde devlet bir karşılık beklemeksizin kamu hizmeti veriyor, vatandaşına imkân sağlıyor. Dolayısıyla uygulamadaki farklılığın bence çok yerinde olduğunu düşünüyorum. Çünkü devlet çok geniş kapsamlı bir hizmet sunuyor. Dediğim gibi, karşılık almıyor. Vatandaşının tedavi edilebileceği ve ona en iyi imkânları vermeye çalışması, sosyal devlet ilkesi olmasının gereği. Dolayısıyla kamuda çalışanlar kamu hizmeti görüyorlar. Orada çalışan sağlık görevlilerinin tedaviye gelenlerle aralarında bir sözleşme ilişkisi yok. Bu nedenle karşılıklı edimler, uygulanacak hükümler farklılık yaratıyor. Bence uygulamadaki farklılık çok yerinde.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Peki, özel hastaneye gittiniz, şu son zamanda üniversite hastanesine yolunuz düşmedi diye düşünüyorum. Çünkü gidip bir öğretim üyesine beni ameliyat et dediğin zaman, sen şuradan döner sermayeye uğra şu kadar para yatır diyeceklerdir size. Bu bir özel sözleşme değil mi aynı şekilde?

Nilgün TAŞ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Şimdi direkt özel sözleşme değil. Çünkü biz vakıf üniversitesi veya devlet üniversitelerinin de orada kamu hizmeti verdiğini düşünüyoruz ve hekimle hasta arasında direkt sözleşme ilişkisi kurulmadığını düşünüyoruz. Oradaki doktor da, üniversite hastanesinde çalışan hekim ve sağlık görevlisi de, kamu hizmeti yapmaktadır. Sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Parayı gidip siz Ankara Üniversitesi hesabına yatırılıyorsunuz.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Ama maaşa ekleniyor efendim.

Nilgün TAŞ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Maaşa eklenir, direkt değil. İdare takdir ediyor, size hangi oranda ödeneceğini idare takdir ediyor, o şekilde ekleniyor.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Ben size başka bir soru sorayım, onunla tamamlayın değerli hocam. Size hazırladığım bir gerçek hayattan geliyorum, ben 41 yıldır bu işle uğraşan, 42'nci yılımdayım, doktorum ve Karadeniz'in bir kazasında, biraz da ağabey durumunda olduğumuz için, ağabeyim ne yapayimler geliyor arada sırada. Karadeniz'in bir kazasında öğlen yemek yiyen tek cerrah, tutun yakalayın yetiş namaz çıkışı, bu kanlı meselesi vardır ya, öbür aileden birisi caminin çıkışında adamı vuruyor, kanlar içerisinde getiriyorlar, yemekten paldır küldür kalkıyor... Tansiyon sıfır, yani kanı bitmiş adamın kanaya kanaya, acil ameliyata alınıyor. Doktor bir yandan hastayı açarken "kan bulun bana" diyor. O sırada tabii ki aileden de birisi gelmiş. Gerçek bir olay anlatıyorum. Kan grubu tutan 5-6-10 kişiden kan alıyorlar ve direkt can kurtarmak için hastaya veriyorlar. Gerçekten ameliyatta işte büyük damarlarda bir-iki delik bulunuyor kapatılıyor, hasta kurtuluyor.

Kahraman doktor omuzlarda bir-iki ay süreyle, aile işte kurbanlar kesiyor şudur budur. Aradan iki-üç ay geçiyor, bu kurtulan çocukta bir sararma başlıyor, ondan sonra başka bir büyük hastaneye gidiyor Karadeniz'deki. Hoca diyor ki, bu hepatit, fulminen hepatit dediğimiz hızlı seyreden karaciğer iltihabı sonucu hasta ölüyor. Tabii öldü, Allah rahmet etsin. Avukatlar derhal devreye giriyor, mahkemeye verin şunu yapın, yapıyor. Sağlık Bakanlığını mahkemeye veriyorlar, Sağlık Bakanlığı davayı kaybediyor. Hepatitli kan olduğu da kesinleşiyor. Bu sefer 150 küsur bin lira o zamanki para tazminatı ödüyor. Ertesi gün müfettiş geliyor doktorun karşısına, bize diyor öde 150 bin lira, artı şu kadar faizle borçlusun. Yani bırakaydım da öleydi dedirtmiyor mu sistem insana? Birincisi soracağım bu kan ürünüyle ilgili.

İkinci söylediğim de, madem Fransa'yı filan örnek veriyoruz. Peki, bu kompanzasyon mekanizması niye getirmiyoruz. Bakın 2007'den beri ben prim ödüyorum, hiçbir vukuatım da olmadı, bir tazminata hükmedecek. Velew ki hem üniversitede hem dışarıda ayrı sigortalarım var, prim ödüyorum ve hiçbir kayıp yaşamadım. Özellikle üniversitede 12 yıldır ödediğiniz bu primler epey de bir olmuştur herhalde. 150 bin doktor ve zorunlu prim ödemesi halindesiniz. Bu biriken paradan hiç haberimiz yok. Zaten maşallah 2007'de bir vukuatım olsaydı, şu günlerde belki ancak sonuçlanıyor olurdu tazminat da ödeyeceksem ortaya çıkardı.

Şimdi böyle bir orantısız hekim aleyhine ve Yargıtay'da biz Nilgün Hanımla yine panelde konuştuk. Yani tıp harcamaları konusunda ceketiniz zor ilikleniyor, Hazine sürekli açık veriyor ve sağlık bütçesi açıp verip, Hazineden milyonlarca dolar kaydırıyorsunuz ve bunun toplamının çıkardığım rakamları dış borç toplamımızdan fazla olduğunu kanıtlıyorum size. Yani aldığınız dış borç, bu sağlık ve emeklilik harcamalarına gidiyor. Yoksa Türkiye kendini çevirecek kadar aslında becerikli bir ülke, kötü bir ülke değiliz biz. Ama bu özellikle prim yatırmayan insanlara verdiğimiz hizmet zaten buramıza kadar bizi batırmış. Bunun üstüne bir de bu malpraktisi eklemiş oldunuz 2007'den beri. Yani Meclise bir şekilde anlatmak lazım. Efendim ne gereği vardı bunun?

Peki, batı ne yapmış? Batı da diyor ki tamam, ben bir hastaneyim, aldım bir doktor çalıştırdım ve bunun elinden bir kaza çıktı,

hasta da mağdur oldu. Bu artık o mağduriyet devletin karşılayacağı bir şeydir. Aynı iş kazasında şurada burada olan adama nasıl sigortasından bir maaş bağlıyorsunuz kompanse ediyorsunuz, bunu bir özel sigortayla... Tam yaşar yaşamaza döndük, yani deve kuşu. Tazminat öderken deve, çalışırken kuş, kamu görevlisisin. Onun tazminatını niye ben ödüyorum o zaman? Beni çalıştıran devlet, çalışma şartlarımı tamamen dizayn eden, uygulama talimatlarıyla ne kadar tedbir alabileceğimi, ameliyat güvenliğini vesaire saptayan tamamen devlet, tazminat ödemeye gelince gel bakalım doktor bey. Ben bunu söylemek için geldim buraya. Ne diyeceksiniz bakalım bu konuda Hocam.

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi)- Şimdi tabii İngiliz atasözüyle başlayalım, cehenneme giden yolun kaldırım taşları iyi niyetle döşenmiştir. Siz cehennem yolunu zaten yapmışsınız yapacak bir şey yok, ama hukuken cevap verelim.

Şimdi zaten baştan itibaren benim eleştirdiğim şey ne? Kusunun nitelendirilmesinde getirilmiş olan başlangıçtaki bu sınıflandırmalar günün şartlarıyla uyum içerisinde değil. Sizin olayda ne var? Kişisel kusur, kusur, ağır kusur, görev kusuru filan. Bu kavramları da biz netleştirmiş vaziyetteyiz, fakat uygulamaya bunu nasıl yansıtıyoruz?

Şimdi diyoruz ki, bir kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bu hizmeti yürüten kişinin, hizmetle hizmetin imkânlarıyla kendisine tanınan üstün ve ayrıcalıklarla herhangi bir bağlantısı yoksa bu kişisel anlamda sorumlu. Bunun işine adli yargı bakar, biz hiç karışmayız bu işe. İkinci kısım bizi ilgilendiriyor. Eğer hizmetle bir şekilde irtibat kuruyor isek, Anayasanın amir hükmü de zaten, devlet olarak biz bu zararı tazmin ederiz. Ama şimdi devlet olarak tazmin ederiz de, devletin mantığında da şu var. Tamam, ben kuruluşumda işleyişimde vesaire her şeyi yapıyorum, sana gereken eğitimi veriyoruz, yurtdışına gönderiyoruz, meslek içi kurslar açıyoruz vesaire vesaire. Bu anlamda zarara sebebiyet veren senin biraz daha ihtimamın olsaydı, biraz daha dikkat etmiş olsaydın, mesleki kurallara tecrübeni olaya yansıtaysaydın bu zararın bu şekilde oluşmayacağı söz konusu. Rücu dediğimizin mantığı da bu. Rücuda tamamını istemiyoruz, devlet tamamını istemiyor.

Diyor ki, bu olayda benim sıkıntım var tamam 70 birim, ama 30 birim de sen eklemişsin. Bu 30 birimi... Esas sıkıntı rücu meselesinin nasıl gerçekleştirileceğine dair Türkiye’de bir pratik yok. Anayasa hükmü koymuş, Devlet Memurları Kanunu koymuş, ama rücuyla ilgili olarak bu anlamda her idare kendi bünyesinde... Benim kitapta da yazdım, rücunun nasıl gerçekleştirileceğine dair sistematığı düzenleyici işlemi yapabilir, ama hiçbir irade bu işe girmez. Niye? Girdiği zaman kendisini sıkıntılı durum... Rücu ettin mi etmedin mi, buna bağlı şeyler var. Orada sıkıntı... Hukuk sisteminde sıkıntı yok. Fakat kuralların pratiğe aktarılmasında...

Türkiye’deki en büyük... Teftiş mantığımız Türkiye’de yanlış. Teftiş mantığı gidip açık bulma mantığıdır. Özellikle teftişi de siyasileştirirseniz, teftiş siyasi iradenin tetikçiliğini yapan devlet organı haline gelir. Maalesef Türkiye’deki en büyük sıkıntılardan bir tanesi de budur. Teftiştten kaçınıyoruz. Gerektiği zaman kullanmamız lazım, kullanırken de... Çünkü ben idarenin birçok yerinde görev aldım, bu arada siyasi iradenin bu anlamdaki şeylerine hep karşı çıktık, olmaz dedik. Teftiş mantığı filan, ama tabii yasal düzenlemelerle bunu aştılar. Yoksa hukuk mantığı açısından sorun çözümlenmiş, pratikte sıkıntımız var.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturma Başkanı)- Kesinlikle... Buyurun Hocam.

Nilgün TAŞ (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi)- Şimdi sadece sağlık görevlileri bakımından değil, tüm kurumların kamu kurumlarının görevlilerine karşı açtığı rücu davalarıyla ilgili temyiz incelemesini dairemiz yapmakta. Bence çok da oturmuş bir uygulamamız var.

Tüm olaylarda evet kurumların bir teftiş mantığı var. Biz artık o kadar şey başladı ki, her kurumun kendi şeyinde uğradığı bir zarar nedeniyle, aman kurum üzerinde kalmasın, görevliye gideyim mantığı var. Ama her somut olayın özelliğine göre, ilgili kamu kurumunun niteliğine ve çalışanının yaptığı görevin özelliğine göre, o zararda zararlı sonuçta kendi eyleminin bir katkısı var mı? Zaten bu konuda teknik bilgiyi gerektiren konularda, ilgili yürütülen hizmetle ilgili kamu görevlisinin görev alanıyla ilgili uzman bilirkişilerden kusur raporu alınmasını mutlaka arıyoruz. Hiçbir zaman idarenin ödediği tüm tazminatın görevliden tahsi-

line karar verilmiyor. Görevlinin gerçekten normal şartlar altında mevcut durumda kendisiyle aynı kategoride yer alan görevlilerin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediği inceleniyor. Yoksa idarenin tüm zararının tahsiline karar verilmesine dair kararlar pek de görmedim ben. 97 yılından beri Yargıtay 4.Hukuk Dairesindeyim, önce tetkik hâkimiydim, 15 yılı aşkın süre, iki yıl da tekrar aynı dairede görev yapıyorum üye olarak, bu nedenle rücuda çok yerleşik uygulamalarımız var.

Çalışma koşulları, başkalarının bu zararın meydana gelmesindeki katkısı, olayın bütün boyutlarıyla özellikleri dikkate aldığımız hususlar. Kusur idarenin üzerinde kalması gereken kusur yönünden çalışma şartları, mevzuatın eksikliği, sağlanan çalışma ortamı, çalışanların yardımcılarının mesleklerindeki yeterlilikleri, kullanılan aletler, dediğim gibi bunların hepsi idarenin kusuru. Diğer kalan kaçınılmazlık ve sair hususları da ayrı bir indirim nedeni, kalan salt kendi kategorisindeki görevlilerin mevcut durumun gerektirdiği -somut olayın özelliği mutlaka dikkate alınıyor- özeni gösterip göstermemesi.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Ben teşekkür ediyorum. Bir sonraki konuşmacımız, biraz daha sıcak bir ortamda konuşacaksınız, Sayın İlker Koçyiğit. Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 3.Hukuk Dairesi Başkanı.

İlker KOÇYİĞİT

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 3. Hukuk Dairesi Başkanı

Sayın Başkan, bir kere tıbbi kötü uygulamalarla ilgili uygulama 2007’de başlamadı. Benim bildiğim kadarıyla eski Borçlar Kanunumuz 1926 tarihli, o zamandan beri var. Sigortayı da tarihi çok emin değilim, ama tıbbi kötü uygulama Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinden beri var. En son Türk Borçlar Kanununda 2012 yılında girdi, o tarihten beri yürürlükte var. Sigortayla ilgili söyleyecekseniz, tarihinden çok emin değilim, ama 2007... Bu özel bir kanunla ki, tıbbi kötü uygulamalarla ilgili değil o kanun, Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrası Hakkında Kanun ek 12.maddesiyle zorunlu sigorta getirildi. O tarihi bilmiyorum, eğer kastettiğiniz sigortaysa, ama sigorta yokken hekimlerin her zaman vekâlet sözleşmesi kapsamında sorumluluğu var diye biliyorum. Ben asliye hukuk uygulamam çok yok, ama böyle başlayayım dedim.

Şimdi dediğim gibi insicamım bozuldu, çok özür diliyorum. Aslında dediğim gibi birçok yere gidiyorum, ama günün başlangıcından bu yana insicamım bozulduğu için, kendi adıma konuşacağım ve şahsi görüşlerimi söyleyeceğim. Hemen neler anlatmaya çalışacağım onu söyleyeyim.

Yargı uygulaması kapsamındaki Yargıtay 13.Hukuk Dairesi bakıyor Yargıtay’da da bu işlere şu anda. Yargıtay 13.Hukuk Dairesi uygulamalarını dikkate alarak, kısmen kendi görüşümü de katarak, önce tıbbi kötü uygulamalarla ilgili hukuki nitelendirme yapmaya çalışacağım. Bu nitelendirme kapsamında sorumluluğun kapsamını değerlendirmeye çalışacağım. Hesabı zaten bizden önce anlattı arkadaşlar ayrıntılı olarak. Daha sonra da bir-iki usul sorununa başlayacağım, çok uzatmayacağım ben de, çok da merak edilmiyor.

O sebeple hemen hukuki nitelendirmeye başlayacak olursak, benim de her zaman zihnimi meşgul ediyor. Tabii tıbbi kötü uy-

gulama deyince, benim aklıma şu geliyor. Hasta hekim ilişkisi geliyor, ama artık günümüzde özel hastaneler çok çoğaldı, büyük şehirlerde çok fazla. Peki, hasta özel hastane ilişkisini nasıl nitelendirmek gerekiyor? Doğrusu hasta hekim ilişkisini nitelendirirken çok fazla sorun yok, borcun kaynağı bir sözleşme ve bir vekâlet sözleşmesi olduğu konusunda yargı uygulaması ve doktrin hemfikir, bu konuda hiç tereddüt yok. Esasında bir iş görme sözleşmesi oldu, ancak Borçlar Kanununun ilgili hükmünü dikkate alarak, iş görme sözleşmelerine ilişkin vekâlet hükümlerinin genel olarak uygulanması gerektiğini herkes söylüyor; doktrin de söylüyor, yargı da söylüyor. Ama artık uyumsuzluklar hasta hekim olarak gelmiyor. Ne geliyor? Hasta hastane olarak geliyor. Kamu kısmı bizim dışımızda, hocam da anlattı, birazdan Sayın Başkan da anlatacak, bizim dışımızda. Kamu görevi kapsamındaki tıbbi uygulamalar idari yargının konusu, onu baştan söyleyeyim. Usul konusuna girecektim, ama ben adli yargıdaki usul konusunu değerlendireceğim, hemen onu da söyleyeyim. Diğer kısım Sayın Başkan Hocam değerlendirdi, onlar değerlendirecek.

Ama ben her zaman şunu merak etmiştim, hasta özel hastane ilişkisi bir vekâlet ilişkisi mi? Benim kişisel görüşüme göre bir vekâlet ilişkisi değil, daha kapsamlı bir sözleşme. Çünkü hastane burada sadece teşhis ve tedavi hizmeti sunmuyor, başka hizmetler de sunuyor. Örneğin, kocaman hastanesiniz, mesela bizim önümüze gelen bir uyumsuzlukta, hastayla birlikte hastaya refakaten bir vatandaş geliyor ve ayağı kayıp düştü. Ciddi de yaralandı. Sonra ilişki devam ediyor, ciddi bir yaralanma, aynı hastane teşhis tedavi hizmeti veriyor, orada da sorun var, ama ondan önce başka bir sorun var. Hasta hastane ilişkisi şeklinde gelmemişsiniz, refakaten gelmişsiniz, ayağınız kaydı düştünüz. Dolayısıyla klasik görüşüm, bunu çok fazla cevaplayabildiğini düşünmüyorum, başka bir sözleşme bu sözleşme vekâlet sözleşmesinin sınırlarını aşan, kendine has özellikler barındıran bir sözleşme olduğunu düşünüyorum. Ama yine uygulanması gereken hükümlerin ki, yazılı sözleşme yok tarafların arasında. Yine uygulanması gereken vekâlete ilişkin hükümler olduğunu düşünüyorum, şahsi görüşüm bu.

Öyleyse özel hastane hasta sözleşmesini biraz daha kapsamlı bir sözleşme olarak nitelendirmek ve hasta kabul sözleşmesi

olarak nitelendirmek gerektiğini düşünüyorum. Öyle baktığımız zaman, özel hastanenin sorumluluğunun kapsamı biraz daha genişliyor. Özellikle bir organizasyon yükümlülüğünüz var. Yani organizasyon yükümlülüğünün içine, işte ayağının kaymasından tutun da, ısınma elektrik çarpması... Asansörde kalıyor mesela ilginç şeyler oluyor. Hastaneler genişledikçe, çok da biliyorsunuz hastanede kalıyor. Böyle şeylerle karşılaşıyoruz. Öyle baktığım zaman, ben kişisel görüşümü söyleyeceğimi söylemişim, hasta özel hastane ilişkisi bir hasta kabul sözleşmesi olmalı.

Peki, tarafların yükümlülükleri neler? Uygulanacak hükümleri söylemişim. Ben yine kendi kişisel görüşümü söylüyorum. Böyle bir sözleşmede özel hastanenin yükümlülüklerini şöyle belirleyebiliriz belki. Teşhis tedavi ve hastane organizasyon yükümlülüğü, bu kapsamda sorumluluğun değerlendirilmesi gerektiğini söylüyorum.

Hastanın da tabii yükümlülükleri var, hastanın hiç mi... Yani Nasrettin Hocaya sormuşlar hırsızın hiç mi suçu yok? Çok belki uymadı, ama hastanın da yükümlülükleri var. Hasta da en önemli belki yükümlülüğü, hastalığıyla ilgili bilgi belge varsa hekime söylemek sorunda. Hekim müneccim mi? Hekimleri de ben anlıyorum. O anlamda sizin duygusallığınızı da anlıyorum, ben de şu anda duygusalım. O anlamda aynı yerdeyiz Hocam, onu söyleyeyim.

Hekimin de tabii... Yani hiçbir şey bilmiyorsunuz. Sizin örneğinizde anlattığınız gibi birisi çıkıyor geliyor konuşamıyor bile, en azından hasta yakınlarının hastalıkla ilgili bilgi belgeyi hekime ulaştırması gerekiyor ki, doğru teşhis tedavi yapılabilin.

Bir başka yükümlülüğü, ücret yükümlülüğü, onu da söyleyelim; hastanın bir başka yükümlülüğü. Peki, meseleye böyle bakılması gerektiğini söylüyoruz. Şimdi ben yine şunu çok merak ediyorum, merak ettiğim hususlardan birisi, şu anda ilk derece mahkemelerine ve bölge adliye mahkemelerine gelen uyuşmazlıklarda, sadece hastaneye gelmiyor artık. Avukat meslektaşlar var burada, birçoğunu ben de tanıyorum. Şöyle geliyorlar, hastane doktor hatta artık abartmaya başladılar insanlar, hemşire santral görevlisi de geliyor. Şimdi demin söylemişim, hastaneye geliyorsunuz, hastane hekim istihdam ediyor çalıştırıyor, sağlık

görevlisi istihdam ediyor. İşte randevu alıyorsunuz santral görevlisi var, öyle uyuşmazlıklar da geldiği için söylüyorum. Peki, burada nasıl nitelendireceğiz? Yani hastayla sözleşme ilişkisi kimin arasında? Hekimi hiç tanımıyor. Ben de özel hastaneye gittiğimde hekimi hiç tanımıyorum, hekimle bizim aramızda hiçbir sözleşme ilişkisi yok, hiç tanımıyorum. Ben niye gidiyorum? O markaya güvenerek gidiyorum oraya, o hastaneye güvenerek gidiyorum. Kimle yaptım hasta olarak sözleşmemi? Özel hastaneye yaptım. Diğerleri... Ben kişisel görüşümü söyleyeyim, diğerlerinin hiçbir sözleşme ilişkisi yok. Sözleşme ilişkisi yoksa davalı sıfatı, yani hakkın özüyle ilgili tasarruf yetkisi yok, sıfat yokluğundan reddetmek lazım.

Ama yargı uygulamasına baktığımız zaman, dediğim gibi bakan bizde yüksek yargıyı, yani Yargıtay uygulamasını dikkate alıyoruz, Yargıtay bu konuya girmiyor. Bilmiyorum doktrinde var mı? Hocam idari yargı kısmını anlattı, ama girmiyor. Ne yapıyor yargı uygulaması şu anda? 13 uygulamalarını söyleyebilirim rahatlıkla, hepsini vekâlet sözleşmesi diyor geçiyor. Bence burada bir ayırım yapmak gerekir diye düşünüyorum ben, hastane ve doktorla diğer sağlık çalışanları bakımından bir ayırım yapılması gerekir gibi geliyor bana.

Gelelim sorumluluğun kapsamına. Bu taraf yükümlülükleri kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiğini söylemiştik ve hem yargı uygulaması hem doktrin görüşünün özellikle hasta hekim arasındaki ilişkiler bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini söylüyordu. Tabii burada Türk Borçlar Kanununun 506.maddesinin 2.fıkrası öne çıkıyor. 506/2 şunu söylüyor: Vekil vekâlet görevi sırasında sadakat ve özenle görevini yerine getirmek zorunda. Hem sadakat yükümlülüğü var, hem özen yükümlülüğü var.

Burada özen yükümlülüğü biraz daha öne çıkıyor. Özen yükümlülüğünün kapsamı nasıl belirlenecek? Önceki kanun hizmet sözleşmesine atıf yapıyordu. Hizmet sözleşmesine atıfla özen yükümlülüğünün kapsamını belirliyordu. Şimdi ne yapıyor kanun? Şimdi diyor ki, benzer bir işte basiretli bir vekilin davranış biçimine göre özen yükümlülüğünün kapsamı belirlenir diyor. Aslında çok da sonuca etkili değil, ama yargı uygulaması bu konuda he-

kimler bakımından biraz daha sizin söylediğiniz ya da sizin görüşünüze yakın. Tabii kanun da, ama bu sonucu çıkartıyor. Yargı uygulaması derken, kanundan da bu sonuç çıkıyor. Çünkü özen yükümlülüğü en hafif kusurunuzdan bile sorumlusunuz.

Sonuç itibariye vekil hasta doktor arasındaki ilişkide bir özen yükümlülüğünüz var. En hafif kusurunuzdan dahi sorumlusunuz. Teşhis ve tedavi de bu kapsamda. Ancak şu ayrımı da hemen yapmak gerekiyor. Yine yargı uygulaması kapsamında söylüyorum, öngörülen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değil hekim. Öngörülen sonuca giden yoldaki eylemlerinden sorumlu. Yani şunu söylemek istiyorum. Bir işte kalp ameliyatı yaptınız, kalp ameliyatı sonucunda diyorsunuz ki şu iki tane damarı açmayı düşünüyorsunuz, sonuç bu. Fakat bu sonuca giderken bu sonuç gerçekleşmeyebilir. Ama bu sonuca giderken tüm eylemlerinizden sorumlusunuz. Burada hikâye nerede başlıyor? Bilgilendirmeye başlıyor. Biz buna kısaca aydınlanmış onam formu diyoruz, bilgilendirmeye başlıyor ki, işlem bir tüketici işlemi olmakla, Tüketici Kanununa ilişkin genel esasları dikkate aldığınızda bilgilendirme tüketici işleminde de öne çıkıyor zaten. Bilgilendirme yapmanız lazım. Hangi konuda? Teşhis ve tedavi süreci konusunda bilgilendirme yapacaksınız hekim olarak birincisi, bu çok önemli.

Burada hekim arkadaşlar varsa, hatalar yapıyorlar, hatta basit hatalar yapıyorlar. Matbu formlar kullanıyorlar. Halbuki burada işlem çok kolay. Bu benim kişisel görüşüm tabii, bilmiyorum hastane koşulları herhalde biraz da böyle paldır küldür harala gürele işliyor. Aydınlanmış onam formu almanız lazım. Teşhis şu, süreçle ilgili şunlar şunlar ortaya çıkabilir ve daha da kötüsü bakın bilgilendirme konusunda, yani aydınlanmış onam formu konusunda ispat yükümlülüğü de bir tüketici işlemi olmakla kimde? Hekimde. Şimdi diyorlar ki, biz bunu yaptık, ama kayıtlar yok. İşte ispatlayamayınca gittin, yapacak bir şey yok. O zaman yargıya da çok fazla yüklenmemek gerekir diye düşünüyorum.

Genel olarak söyleyeceklerim bunlar. Şimdi sizin söylediğiniz konuya gelecek olursak, ben eski bir ticaret hukukçusu olarak ticaret mahkemesine de baktım, yeni yeni gelmeye başladı. 2007 olduğunu, o kadar eski olduğunu bilmiyordum ben, yeni yeni

geliyor. Tıbbi kötü uygulamalarla ilgili zorunlu mali mesuliyet sorumluluk sigorta poliçesine dayalı davalar yeni yeni gelmeye başladı. Ben en azından öyle karşılaştım ki, çok eski bir ticaretçiyim, 15-16 yıl çalıştım onu söyleyeyim. Son iki-üç yıldır gelmeye başladı.

Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrası Hakkındaki Kanununun 12.maddesiyle, hekimlerin tıbbi kötü uygulamaları bakımından ortaya çıkabilecek sorumluluklarına ilişkin sigorta yaptırılması zorunlu. Bu husus genel şartlarla düzenleniyor. Genel şartlar da aynı şeyi söylüyor. Genel şartlar sadece diyor ki, tıbbi kötü uygulamalara ilişkin zorunlu sorumluluk sigortası genel şartları olarak düzenlenmiş. Tahmin ediyorum 2012 yılı, ben onun için o kadar eski olup olmadığı konusunda tereddüdüm ondan kaynaklanıyordu. Şuradan tam tarihi de söyleyebilirim, 2012 yılında genel şartlar yayınlandı diye biliyorum Resmi Gazetede. Ondan sonra gelmeye başladı.

Bakın orada hukuki nitelendirme yine aynı, hiçbir şey değişmiyor. Hukuki nitelendirmemiz yine aynı. Sadece ne değişiyor? Hekimin tıbbi kötü uygulamayla ilgili sorumluluğunu sigortacı üstleniyor, ama ne kadar? Limitle üstleniyor. Şimdi limitler de fena değil onu söyleyeyim. Benim en son baktığımda 400 küsur bin liraydı, her yıl bunu arttırmak zorunda. Siz sözleşme ilişkisi, sigortacıyla hekim daha fazlasını da yapabilir, ihtiyari anlamda da yapabilir. Yaparsınız, ama şu anda 450-500 bin TL civarında olması lazım. Çünkü bir yıldır bölgedeyim ben. Üstleniyor, hukuki nitelendirme yine aynı, değişen hiçbir şey yok. Ama tabii zarar görenler için şöyle bir avantaj var. Karşınızda sigorta şirketi var, ilamın infaz şansı çok yüksek. Dolayısıyla böyle bir avantajınız var. Orada tabii zarar görenler bir tercih kullanacaklar. Sigortacıya gidebilirler, hekime de gidebilirler, ikisine birlikte geliyorlar ya da yalnız başına sigortacıya gelenler oldu ben ticarete çalışırken.

Çok ilginç, onu da söyleyeyim hemen. Gelenler de daha çok kadın doğum uzmanlarıyla ilgiliydi. Özellikle de daum sendromlu çocuk doğumlarına ilişkin çok gelmişti. Çok ilginç, yani benim orada dikkatimi çekti. Onun için herhalde şu anda kadın doğum çok cazip değil değil mi? Çok cazip olmaktan çıkmış, eskiden çok cazip olduğu halde.

Dolayısıyla orada da aynı şeylere bakıyoruz. Bir vekâlet sözleşmesi, iş görme sözleşmesi, ama vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanıyor. Ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü var, en hafif kusurdan dahi sorumlusunuz, bu kapsamda bilgilendirme yapacaksınız, içerideki bu süreçle ilgili tüm süreçleri doğru yöneteceksiniz, belgelemeniz de gerekiyor, altını özellikle çiziyorum, belgeleri de saklamak gerekiyor. Sadece muhatabınız sigorta şirketi, değişen hiçbir şey yok.

Usulle ilgili açılabilir, 97 biliyorsunuz Karayolları Trafik Kanununda var, burada yok. Ama orada başka bir sorun var, yine ben bu arabuluculukla ilgili, onu söyleyeyim. Bu genel olarak... Vaktim var mı?

Peki, usulle ilgili birkaç, uygulamacı arkadaşlarımız olduğu için onlar merak ediyordur, bu davalar nerede açılacak diye değil mi? Ben uygulayıcıların en çok merak ettikleri davalar o, bildiğim için.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Panelistlerin hepsi kesilemeyecek kadar güzel konuştular, o yüzden ben kesemedim, ama Sayın Kalender Türeoğlu'na söz vereceğim.

İlker KOÇYİĞİT (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 3.Hukuk Dairesi Başkanı)- Çok özür diliyorum Başkanım, hemen bitiriyorum.

O zaman çok kısa, sigortacıya karşı açılan davalar bir tüketici niteliğinde değil. Neden? Sigortacıyla hasta arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok. Sözleşme ilişkisi olmadığı için tüketici işlemi değil, tüketici işlemi olmadığı için tüketici mahkemeleri değil ticaret mahkemeleri. Neden? Sigorta hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari davadır, onun için sadece sigortacıya karşı açılan davalarda görevli mahkemeler ticaret mahkemeleri. 11.Hukuk Dairesi bakıyor. Gerçi orada muhalefette olan görüşler var, ama ağırlıklı uygulama böyle. Benim kişisel görüşüm de böyle, hiçbir tereddüt yok.

Peki, sigorta şirketi olmadan, hasta ya da özel hastane ilişkisinde, işlem bir tüketici işlemi, hiç tereddüt yok. 6502 sayılı Kanunun tanımlarla ilgili 3.maddesi çok net tüketici tanımı, tüketici işlemi çok net biliyorsunuz. Tüketici işlemi niteliğinde. Ama orada da şu

ayrımı yapmak gerekiyor. 4077 sayılı Kanun yürürlükte olduğu dönemde biliyorsunuz, aslında bence o zaman da tereddüt yoktu, ama yargı uygulaması tüketici işlemi biraz dar yorumladı, vekâlet sözleşmelerini tüketici işlemi olarak kabul etmedi. 6502 sayılı Kanununun 3.maddesinin I bendi tüketici işlemi tanımlıyor. Orada tanımlı yaptıktan sonra biliyorsunuz açıkça vekâlet sözleşmesinde kapsama aldı. Dolayısıyla 28.05.2014 tarihinden sonra açılan davalar tüketici işlemi olmakla tıbbi kötü uygulamalar bakımından sigortacı hariç diğerleri bakımından tüketici mahkemeleri. Tüketicinin yerleşim yerinde de açılabilir 6502/73, yetki de çok önemli bir avantaj oluyor tabii. Ondan önceki davalarda, asliye hukuk mahkemesi vekâlet ilişkisi kapsamında asliye hukuk mahkemesi bakıyor, taraflar tacir olmadığı için ticaret mahkemesi de gündeme gelmiyor.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Biz teşekkür ediyoruz Sayın Başkan. Aslında hekim hasta ve sigorta şirketleri üçlününün ilişkisi Türkiye’de ayrıca masaya yatırılacak kadar önemli bir konu. Ancak vakit darlığı nedeniyle Sayın Kalender Türeoğlu, Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 13. İdari Dava Dairesi Başkanı. Buyurun söz sizindir efendim.

Kalender TÜREOĞLU

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 12. İdari Dava Dairesi Başkanı

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Öncelikle bir hususu belirtmek istiyorum. Hocam Danıştay'a çok yüklendi, ben Danıştay'da 22 yıl çalışmış biri olarak bunu Danıştay'ın çok hak etmediğini söyleyerek başlıyorum sözüme. Çünkü hukuktaki aksamaların temel nedenini sadece Danıştay'a yüklemek çok da haklı olmaz diye düşünüyorum.

Şimdi dün Danıştay'dan katılan ve bölge idare mahkemesinden katılan arkadaşlar, hizmet kusuru ve bu kusurdan doğan tazminatla ilgili söylenecek her şeyi söylediler. Benim başkan olduğum daire, sağlık mevzuatı ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca verilen disiplin cezalarına bakıyor. Ben de bu sempozyumda başka bir açıdan bakarak, tıbbi müdahaleler nedeniyle doğan zararlarda kusuru bulunanlara uygulanacak disiplin cezalarını anlatacağım kısaca, zamanın yettiğince.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ve Danıştay kararlarında disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde belirlenen davranış kurallarının ihlali halinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlar olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmetleri ve bu hizmetleri yürütenlerin görev yetki ve sorumlulukları yasalarla belirlenmiş olup, bu sınırların dışına çıkanların disiplin cezasıyla cezalandırılacakları tabidir.

Disiplin hukuku genel olarak ceza verme açısından ceza hukukuyla benzerlik göstermektedir. Kamu hizmeti yürütenlerin disiplin cezasıyla cezalandırılmaları için, konusu suç olan bir fiilin belirlenmesi gerekiyor. Bu fiil işlediği iddia olunan kişi açısından olayın şüpheden uzak şekilde ortaya konulması için, birinci ola-

rak tarafsız ve konunun ehli bir soruşturmacı görevlendirilmesi, bu soruşturmacı tarafından yasaların öngördüğü biçimde etkili inceleme ve soruşturma yapılması, elde edilen bilgi ve belgeler ışığında maddi gerçeğin ortaya konulması, ulaşılan sonucun bir rapora bağlanması ve raporun sonunda bir kanaat bildirilmesi gerekiyor. Bu inceleme veya soruşturmanın yasaların öngördüğü sürelerde yapılması, ceza verilmeden önce isnat altındaki kişinin son savunmasının alınması da esaslardan birisidir.

Bu kısa açıklamalardan sonra, tıbbi müdahale yetkisi bulunan kişilerin yaptıkları müdahaleler nedeniyle meydana gelen bedensel zararların oluşumunda kusurlarının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin uygulanacak hukuk kuralları ve disiplin cezası vermeye yetkili kişi ve kuruluşlardan kısaca bahsetmek istiyorum.

Birinci olarak, kamuda çalışsın ya da çalışmasın, bir doktorun tıbbi hatasından söz edildiği zaman uygulanacak kural, Türk Tabipler Birliği Kanunu. İkinci olarak da, ilgilinin çalıştığı kamu kurumunun mevzuatı, o da yoksa 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu.

Şimdi Tabipler Birliği Kanunu, Türkiye sınırları içerisinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da, sanatlarını serbest olarak yapan veya diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı bir meslek kuruluşu olarak tanımlanmaktadır.

Özelde çalışsın, kamuda çalışsın herkese Türk Tabipler Birliği tarafından disiplin cezası uygulanmaktadır. Bu cezalar nedir? Süre azaldığı için hızlı geçmeye çalışıyorum. Yazılı ihtar; o yılki en yüksek oda aidatının üç katından az, beş katından çok olmayan para cezası, 15 günden 6 aya kadar geçici olarak meslekten men.

Şimdi biz devlet hastanesinde çalışan bir hekimin tıbbi uygulaması nedeniyle tespit edilen bir kusuru nedeniyle, Türk Tabipler Birliği 15 günden 6 aya kadar meslekten men cezası verebiliyor. Şimdi bu kişi kamu görevlisi, bu ceza nasıl uygulanacak? Tabii ayrıca devam ediyorum, görev yaptığı muntıkadan çıkarma cezası da verebiliyor. Yani X devlet hastanesinde çalışıyorsunuz, oda

sınırlarının dışında bir yere de çıkarma cezasıyla cezalandırılabilir yorsunuz. Bunun da uygulanabilirliği tabii tartışma konusu.

Devamı maddelerde, bu sanatın icrasından menin nasıl uygulanacağı, nasıl ilan edileceği düzenlenmiş. Bu kararların herkesin görebileceği yere asılması, eğer mesleğini icra ettiği yerin mühürlenmesi kapatılması gibi hususlar da düzenlenmiştir.

Kamu görevinde istihdam eden bir tabibin tıbbi müdahale sırasında kusurlu davranışta bulunması durumunda, disiplin cezasını verecek olan dediğim gibi il sağlık müdürlüğü, valilikler ya da Türk Tabipler Birliği. Şimdi daha önce Danıştay 8.Dairesi bu durumu, yani mesleğin icrasından men cezası gibi olumsuz durumların ortaya çıkmasını önlemek açısından şöyle diyordu. Türk Tabipler Birliği bir şikâyet üzerine bir doktorun hekim hatası olduğu yolunda bir şikâyet geldiğinde, bunu hekimin kamu kurumunda çalışıyorsa kamu kurumuna bir yazıyla bildirip, soruşturma yapılıp, soruşturmanın da sonucundan bilgi istemesi gerekiyor diyordu.

Fakat daha sonra şöyle bir gelişme oldu. Manisa Devlet Hastanesinde görev yapan doktor, kollukta işkence gördüğü iddiasıyla hastaneye götürülüyor. Hastanede doktor işkence yoktur diyor. Daha sonra bu Yargıtay kararıyla ilgililere işkenceden ceza veriliyor. Bunun üzerine Türk Tabipler Birliği soruşturma yapıyor ve tabibe 15 gün meslek icrasından men cezası veriyor.

İdare mahkemesine dava açılıyor. Mahkeme disiplin cezası yerindedir diyor. Danıştay 8.Dairesine geliyor dosya. Danıştay 8.Dairesi odanın bu şahsın kamu görevlisi olup olmadığını gözetmeksizin verdiği ceza hukuka aykırıdır diyor. O da bunu ilgilinin kurumuna bildirmeliydi diyor.

Fakat Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, disiplin hukuku bakımından meslek mensubu olup, kamu görevi statüsünde olanların mesleğini serbest olarak icra edenler arasında kesin bir yetki ayrımının bulunmadığı, disiplin hukukunda ağırlıklı olarak kusurun hangi görevden kaynaklandığının tespiti gerektiği. Bu nedenle Manisa Devlet Hastanesinde doktor olarak görev yapan davacı hakkında oda tarafından soruşturularak sonucuna göre ceza verilmesinin yerinde olduğu kararı veriyor.

Bu açıklamadan sonra, artık üniversitede görev yapan bir heki-me ya da bir hocaya, devlet hastanesinde görev yapan, hatta aile sağlık merkezlerinde görev yapan doktorlarda biraz önce söyle-diğim gibi, mesleğin icrasından men yoluna kadar giden cezalar veriyor.

Şimdi bunu örneklemek gerekirse, Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu Üyesi olan davacının bir ay süreyle meslekten menine karar veriyor oda. Şimdi burada dikkat edilmesi gereken husus, ilgili kamu görevlisi, cezayı birlik oda veriyor. Şimdi ceza, dava-cının içinde bulunduğu kurulun aynı kişi hakkında değişik za-manlarda farklı raporlar vermesinden kaynaklanıyor. Mahkeme iki raporun birinin bu gerçeğe aykırı olduğu yolunda kesin bir tespit bulunmadığından cezayı iptal ediyor.

12.Daire bizim dairemiz yani, istinaf başvurusunu reddediyor. Bu arada fiil ve hekim arasındaki doğan şüphe ve varsayımdan uzak olarak ortaya konulmadığı yolunda bir açıklama yaparak. Yani şöyle; Adli Tıp Kurumundaki bir doktora da, yaptığı bir mesleki hatayı eğer tespit ederse disiplin cezası verebiliyor.

İkinci olayda da şöyle; şüphelinin babasının -yine bu doktor da kamu görevlisi- ölümünden sorumlu olduğundan bahisle, cerra-ha önce meslekten men, daha sonra itiraz üzerine 15 gün süreyle geçici olarak meslek men cezası 15 günlük men cezasına çevrili-yor birlik tarafından. Mahkeme ölüm olayının hekimin ihmal ve kastının bulunup bulunmadığı hususunda cumhuriyet başsavcılığında yürütülen soruşturma kapsamında, Adli Tıp Kurumun-ca hazırlanan raporda kişinin ölümünün akut böbrek yetmezliği sonucu meydana geldiği, hastanın cerrahi alınmasının ve uygu-lamanın ameliyatın tıbben uygun olduğu, uygulamalarda hata bulunmadığı yolunda görüş belirttiği için, başsavcılık kovuştur-maya yer olmadığına karar veriyor, idare mahkemesi de bu ge-rekçeyle dava konusu işlemi iptal ediyor.

Danıştay olayda gerek ölen hastanın... Yani şöyle; Danıştay di-yor ki, cumhuriyet başsavcılığı kovuşturma yeri olmadığına karar verdi, Adli Tıp Kurumundan gelen raporda da hekimin kusurlu olmadığına tespit edildiği görülmektedir diyor. Fakat tedavinin, daha doğrusu cerrahi müdahaleden sonra itirafın cerrahi müda-haleden sonra nasıl geliştiğiyle ilgili olduğunu söylüyor ve diyor

ki, 64 yaşında diyabet hastası olan hastaya yapılan ameliyat sonrası takip açısından gerekli her şeyin yapılıp yapılmadığı, herhangi bir kusur bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekir diyor. Şeker hastası olduğu bilinen bir hastanın ameliyat edildiği günün hemen ertesi günü taburcu edilmesi, evinde rahatsızlanması, doktorun eve çağırılması, evde doktorun “şekeri düşmüş, şekerli su verin” deyip ayrıldıktan sonra hastanın hastaneye getirilirken yolda öldüğü tespit edilmiştir. Hekim burada, ameliyat aşamasında bir sıkıntı yaşanmamasına rağmen, ameliyat sonrası müşahade kısmında kusurlu davranmıştır diyor ve 15 günlük meslekten men cezası yerindedir diyor Danıştay.

Yine hızlı geçmeye çalışıyorum, çünkü beş dakika kaldı diyorlar. Karadeniz Teknik Üniversitesinde hematoloji bilim dalında öğretim görevlisi olan davacıya yine oda tarafından 15 gün meslekten men cezası veriyor. Olay insan üzerinde izinsiz deney suçunun sübuta erdiğinden bahisle. Bir kanser aşısı yapılıyor, 18 hasta üzerinde yapılıyor, tümör aşısı yapılıyor. Bu hastaların izniyle yapılıyor, ama etik kurallara aykırı deniliyor. Ağır ceza mahkemesinde dava açıyor, mahkeme beraat ettiriyor. Fakat Danıştay diyor ki, mevzuat hükümlerini yazdıktan sonra tümör aşısını belli bir kişiye iki yıldan uzun süre uygulandığı ve uygulamanın önemi dikkate alındığında, yürürlükteki mevzuatın izinsiz ve ruhsatsız ilaç uygulamasına imkân verecek şekilde yorumlanamayacağı, ceza mahkemesinden beraat etmiş olmasının disiplin hukuku açısından cezalandırılmasına engel olmadığı yolunda bir hüküm kurarak, ilgilinin cezasının yerinde olduğunu söylüyor.

Burada kısaca şunu da belirtmek istiyorum. Bu ceza davalarında beraat edenlere ayrıca disiplin hukuku açısından ceza verilmesi, aslında ceza hukuku ve disiplin hukuku soruşturmalarının ayrı yürümesinden kaynaklanıyor. Fakat Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında, bazen kamu görevlisinin davranışı suç tanımına uymasının yanı sıra, disiplin sorumluluğunu da gerektirmekte olduğu, böyle durumlarda ceza mahkemesi ve bir disiplin soruşturmasının ayrı ayrı yürütüleceği, ceza mahkemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı olmadığı halde, bu kapsamda yapılan değerlendirmeler delil yetersizliğine dayalı olsa bile, kişi hakkında

verilen beraat kararına aykırı olarak disiplin cezası verilmemesi gerektiğini söyleyerek ihlal kararı veriyor.

Sanırım örnekleri çoğaltmak mümkün, bu şeye de uymak gerekiyorsa hocam, şu an ben hepsini de anlatamadım, ama diyeceklerim bu kadar.

Saygıyla selamlıyorum hepinizi. (Alkışlar)

Prof. Dr. Ethem GEÇİM (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ederiz Sayın Türeoğlu. Vallahi zaman yok, ben ancak şunu söylemek istiyorum bütün hukukçulara, bir doktor annesi de yanımda. Artık öğrenciler sizlerle muhatap olacak branşlara ihtisaslaşma konusunda girmemeye başladılar. Yani burada herkes çok iyi niyetli ve şüphesiz ki Türk Milleti tıbbın da yargının da yürütmenin de en iyisine layıktır, herkesin bu zihniyette olduğundan da zerre kadar şüphem yok. Ama her ne oluyorsa bizim çocuklar artık bırakıp kaçmaya başladı. Bu kırmızı ışık konusunda hepinizi uyarak son vermek istiyorum. (Alkışlar)

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

2. GÜN

6. Oturum

Sigorta Sorumluluğu - Araç İşletenin Sorumluluğu

Hoş geldiniz, bu oturumumuzun konusu sigorta sorumluluğu, araç işletenin sorumluluğu.

Biliyorsunuz son dönemlerde çok tartışmalara yol açan bir takım değişiklikler oldu, özellikle zorunlu trafik sigortası genel şartlarında yapılan değişiklikler. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda yapılan değişiklikler, uygulanacak hükümler, hesaplama teknikleri yönünden çok büyük değişiklikler getirdi. Tabii kafa karışıklıklarını da birlikte getirdi.

Öncelikle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda yapılan ve 2015 genel şartlarını meşrulaştırma çabalarına yönelik değişikliklerle, trafik kazası mağdurları açısından uygulanmak istenen hesap ilkeleri Yargıtay'ın yerleşmiş inançlarını kökten sarsacak ve hukuki zemini araştırılmadan düşünülmeden, boyutları çok farklı bir şekilde düzenlenen değişiklikler içerdi.

Nitekim gerek bakıcı giderlerinin yıllardır Yargıtay'ın tüm yerleşik uygulamaları içerisinde tedavi giderleri kapsamında sayılmasına rağmen, bakıcı giderlerinin daimi iş göremezlik giderleri içerisinde değerlendirilmesi gibi. Destekten yoksun kalanların üçüncü kişi sayılması Hukuk Genel Kurulu kararları çerçevesinde kabul edilmiş bir uygulama iken, şoförün ölümü halinde onun desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi olduğu atlanarak, desteğin kusurunun onlara yüklenmesine çalışılması gibi, tedavi giderlerinin kısıtlanması gibi, hesaplama tekniğinin değiştirilmesi gibi; özellikle teknik faizin uygulanması, progresif rant tekniğinin uygulanmasına yönelik düzenlemeler müşterek müteselsil sorumlular arasında farklı uygulamalara yol açtı. Şoföre karşı açılacak davalarda, işletene karşı açılacak davalarda progresif rant tekniğiyle yapılacak hesaplamalar, sigorta şirketine yönelik dava olduğu zaman teknik faizle yapılması gerektiği düzenlemesi getirildi.

TRH 2010'un uygulanmasıyla ilgili birtakım değişiklikler bu tarafa yansdı, ama Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında PMF tablosunun uygulanması esastır. Ancak PMF tablosunun şu andaki, evet bizim şartlarımıza tam olarak yansıtıp yansıtmadığı, gelişen şartlar karşısında uzayan ömür sürelerinin göz önüne alındığı takdirde TRH 2010'un uygulanmasının daha lehte olduğu su götürmez bir gerçek. Ancak bunun TRH 2010'un tek başına uygulanması halinde. TRH 2010'u siz teknik faizle birlikte uygulamaya kalkarsanız, normalde uygulanması gereken ödenmesi gereken tazminat tutarlarının çok altında bir tazminata hükmedilmesi gerekecek. Ama demin de anlatmaya çalıştığım gibi, müşterek müteselsil sorumlular arasındaki bu farklı hesaplamalar, gerek bilirkişilerin dosyaları hesaplarırken hem de gerekse müşterek ve müteselsil borçluluk esasları çerçevesinde tamamen hukuk tekniğine aykırı, kabul edilmesi de mümkün olmayan hesaplamalar gibi görünüyor.

Bu konudaki fikirleri sayın meslektaşlarımızdan alacağız, benimki biraz korsan bildiri gibi oldu, ama sayımız az diye birazcık böyle bir şımarıklık yaptım, özür dilerim.

Ancak bir şey bizi ferahlatıyor. O da yeni öğrendiğimiz bir durum ki, biraz evvel bir başka konuda da yine öyle olduğunu öğrendim. Bakırköy 1.Asliye Ticaret Mahkemesi, genel şartların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuş. Bu güzel bir gelişme, umarım Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeleri en iyi şekilde yapacaktır. Bizim de önümüzü açacak, yani ne yapacağımızı ne yapmayacağımızı görmüş olacağız. Antalya'dan da sanırım böyle bir müracaat olmuş, bu da güzel.

Şimdi konuşmacılarımıza söz vermek istiyorum. 17.Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Kadri Özerdoğan ilk olarak görüşlerini bizlerle paylaşacak.

Kadri ÖZERDOĞAN

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi Üyesi

Sayın katılımcılar, tekrar hoş geldiniz. Sizlere bu oturumda sigorta sorumluluğu, araç işletenin sorumluluğu konusundan söz edeceğim. Ben daha ziyade sigorta sorumluluğunu anlatacağım.

Sigortacının sorumluluğu: Karayolları Trafik Kanununun 91.maddesinde zarar gören üçüncü kişilerin zararlarını karşılamak ve işleteni korumak amacıyla motorlu araçların sigorta yaptırması zorunluluğu öngörülmüştür. Tehlike sorumluluğunun gereği olan sigorta yaptırma zorunluluğu, motorlu araçların işletilmesi nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zararlara karşı ek bir güvence oluşturmaktadır. Kuşkusuz işletenin sorumlu olduğu zararın tamamının ya da bir kısmının sigorta tarafından ödenmesi, işletenin de yararınadır.

Diğer yandan işletenin motorlu araçların işletilmesinden doğan üçüncü kişilerin zararlarına karşı kendilerinin daha üst düzeyde güvenceye alabilmeleri için isteğe bağlı mali sorumluluk sigortası yaptırma olanağı da tanınmıştır. Genellikle kasko sigortalarıyla birlikte yapılmaktadır bu sigorta da. Bu sigortalar nedeniyle zarar görenlerin doğrudan doğruya sigortacıya başvurma hakkı tanınmıştır. Daha önceden kanun maddesinde isterse sigorta şirketine, isterse mahkemeye başvurusu öngörülmüştü. Şimdi kanun maddesinde sigortacıya başvurma olanağı getirildi diyelim. Bu konuda sabahtan da söylemiş olduğum gibi, dava şartı olup olmadığı konusunda ihtilaf var. Dairemizde şu anda tamamlanabilir dava şartı olduğu görüşü çoğunlukta.

Yasanın üçüncü kişilere tanıdığı bir güvencede, sigortacının işletene karşı ileri sürebileceği durumları, zarar görene karşı ileri sürememesidir. Zarar sigorta ettirenin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kastı veya ağır kusurlu davranışıyla meydana gelmişse, sigortacı bunu zarar görene ileri süremeyecektir. Ancak işletene rücu olabilir.

Sorumluluğun başlaması, zorunlu sigortacının sorumluluğu Türk Ticaret Kanununun 1421.maddesi gereği primin tamamı ya da taksitle ödenmesi kararlaştırılmış ise, ilk taksitin ödendiği tarihte başlar. Sorumluluğun kapsamı: Trafik kazası ancak karayolu ve karayolu sayılan yerlerde meydana gelmiş ise, SMS sorumluluğu doğacaktır. Uygulamamızda karayoluyla bağlantılı olan her yer karayolu sayılmaktadır, dairemizin görüşü bu şekilde.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırılmamış ise, Sigortacılık Kanununun 14.maddesi gereği, bedensel zararlara ilişkin olarak bu sorumluluğu güvence hesabı üstlenecektir.

Sigortacının sorumluluğunun unsurları: Bir sigorta sözleşmesi bulunmalı, sigortacının sorumluluğundan söz edebilmek için, işletenle sigortacı arasında bir sigorta sözleşmesi bulunmalıdır. İki, işleten Karayolları Trafik Kanununun 85/1.maddesine göre sorumlu olmalı. Sigortacı sigorta sözleşmesinin gereği olarak zarar görene karşı sorumluluğundan söz edebilmek için, işleten motorlu aracın işletilmesinden Karayolları Trafik Kanununun 85/1'e göre sorumlu olmalıdır. İşletenin sorumlu olmadığı durumda, sigortacının sorumluluğu söz konusu değildir.

Motorlu araçların karıştığı trafik kazasında, işletme durumunda bulunan araç, işletme durumunda bulunmayan araca çarparak zarar vermiş ise, sigorta gerçek işleyen zarardan da sorumlu olacaktır. Üçüncü olarak da, bir zarar gerçekleşmeli. Zorunlu mali mesuliyet sigortası nedeniyle sigortacının sorumlu olabilmesi için de bir zararın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Sigorta sorumluluğunun sınırlandırılması: İşletenin motorlu aracın kullanılması nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayacakları zarar nedeniyle sorumluluğunu güvenceye alma amacıyla öngörülen ZMMS, işletenin sorumlu olacağı tüm zararları içine almaz. Aşağıdaki haller zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlardır.

İşletenin bu kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği zararlar. İşletenin eşinin usul ve furuğunun kendisine evlat edinme ilişkisiyle bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler. İşletenin bu kanun uyarınca sorumlu

tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler. Bu kanunun 105. maddesinin 3.fıkrasına göre, zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler. Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar, manevi tazminata ilişkin talepler, hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri –değişiklikle geldi zaten bu- ilgililerin sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri, bu kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlar ve ekleriyle tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

Karayolları Trafik Kanununun 95.maddesine göre sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarın azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ayrıca ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir.

Bu hususlar ZMMS genel şartları B/4 maddesinde sayılmıştır. Bu haller; ehliyetsizlik, ağır kusur, uyuşturucu madde, alkol, yolcu taşımaya ruhsatlı olmayan araçlarla yolcu taşınması, istiap haddinin aşılması. İstiap haddinin etkili olabilmesi için münhasıran etkili olmasının gerektiğini arıyoruz. Yine alkolde de münhasıran alkolün başka bir neden olmaksızın kazaya neden olması koşulunu arıyoruz.

Zarar görenin çokluğu: Karayolları Trafik Kanununun 96.maddesine göre, zarar görenlerin çok olması ve zarar görenlerin tazminat alacakları sigorta sözleşmesinde öngörülenden fazla ise, zarar görenlerin her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat talebi, sigorta limitinin tazminat alacakları toplamına olan oranına göre karşılanır. Örneğin, bir trafik kazasında 10 kişi yaralanmış ise, araç zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçe limiti kişi başı 300 bin lira, kaza başı 1500 lira ise poliçe limiti itibariyle, ancak 5 kişinin maluliyeti nedeniyle zararları karşılanabilecektir. Oysa geriye zarar gören 5 kişi daha bulunmaktadır. Bu durumda 10 kişinin bedensel zararlardan doğan alacakları hesaplanır ve kaza başı poliçe limitine oranlanarak her bir kişinin maluliyet tazmina-

tı belirlenir. Sigortacı başka tazminat taleplerinin bulunduğunu bilmeksizin, zarar görenlerin birine veya birkaçına kendilerine düşecek olandan daha fazla ödemede bulunursa, iyi niyetli olmak kaydıyla yaptığı ödeme çerçevesinde diğer zarar görenlere karşı da borcundan kurtulmuş olabilir.

Yine Karayolları Trafik Kanununun 94.maddesinde, sigortalı aracın işletenlerin değişmesi hali düzenlenmiştir. Devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır. Sigortacı sigorta sözleşmesini bu bildirimden itibaren 15 gün içerisinde feshetme yetkisine sahiptir. Sigorta fesih tarihinden itibaren de 15 gün sonrasına kadar geçerlidir. Burada ZMMS genel şartlarında, mevcut sözleşme sigortalının değiştiği tarihten itibaren 15 gün süresince herhangi bir işleme gerek kalmaksızın ve prim ödenmeksizin yeni işleten için sözleşme yapılanaya kadar geçerlidir tabiri vardır. Biz şu ana kadar Karayolları Trafik Kanununun 94.maddesini uygulamaya devam ediyoruz daire olarak.

Bu genel bilgilerden sonra, bizim dairemiz kararlarından birkaç tanesini burada anlatmak ihtiyacını duydum. Bildiğiniz gibi zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce meydana gelen tek taraflı trafik kazalarında Hukuk Genel Kurulu kararlarına göre destek sürücünün tam kusurlu olması halinde, destekten yoksun kalanlar tarafından desteğin zorunlu trafik sigortacısına karşı açılan davalarda, davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarını, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumunda kusurun davacılaraya yansıtılmayacağını, dolayısıyla araç sürücüsünün veya işletenin tam kusurlu olmaları halinde desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarına göre aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı sigorta şirketi, işleten üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı sigorta şirketinin sorumluluğu kabul edilmekteydi.

Yeni zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları yürürlüğe girdikten sonra, ölümlü tek taraflı kazalara ilişkin olarak dairemizce verilen kararlardan ikisinden söz etmek istiyorum. Bunlardan birisi, 2017/1541 Esas sayılı bozma ilamıdır. Anılan ilama ilişkin somut olayda, 11.08.2015 tarihli tek taraflı trafik kazasında sürücü yüzde 100 kusurlu olarak vefat etmiş, sürücünün desteğinden yoksun kalan eşi tarafından sürücü desteğinin zorunlu trafik sigortacısına karşı açılan destekten yoksun kalma tazminatı davasının kabulüne karar verilmiştir. Davalı tarafın istinaf yoluna başvurusu üzerine, istinaf dairesince istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiş, davalı tarafın temyizi üzerine dosya dairemize gelmiş olup, yapılan temyiz incelemesinde, kaza tarihinin 11.08.2015 poliçe başlangıç tarihinin 27.06.2015 olduğu, dolayısıyla kaza ve poliçe başlangıç tarihinin yeni genel şartlardan sonra olması nedeniyle, genel şartların A/6 maddesi d bendine göre destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talebinin teminat kapsamı dışında tutulması nedeniyle davanın reddi gerektiğinden bahisle hüküm bozulmuştur.

İkinci kararımız ise, 2016/8399 Esas sayılı bozma ilamımızdır. Burada da somut olayda tek taraflı, 03.06.2015 tarihli trafik kazasında sürücü yüzde 100 kusurlu olarak vefat etmiş. Sürücünün desteğinden yoksun kalan mirasçıları tarafından, aracın zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi bulunmadığından dolayı güvence hesabına karşı açılan destekten yoksun kalma tazminatı davasının kabulüne karar verilmiştir. Davalı tarafın temyizi üzerine, dosya dairemize gelmiş olup, yapılan temyiz incelemesinde, kaza tarihinin 03.06.2015 olduğu dolayısıyla kazanın yeni genel şartlardan sonra meydana gelmesi nedeniyle, genel şartların A/6 maddesi d bendine göre destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talebinin teminat kapsamında tutulması nedeniyle, davanın reddi gerektiğinden söz edilerek karar bozulmuştur.

Bunlara göre özetlersek; desteğinin tam kusuruyla meydana gelen tek taraflı trafik kazasında, güvence hesabına karşı açılan davalarda kaza tarihi 01.06.2015 tarihinden sonra olduğunda güvence hesabı tazminattan sorumlu bulunmayacaktır. Yine desteğinin tam kusuruyla meydana gelen tek taraflı trafik kazasında, zorunlu mali mesuliyet sigortasına karşı açılan davalarda, kaza

ve poliçe başlangıcının ikisinin birden 01.06.2015 tarihinden sonra olması durumunda, zorunlu mali mesuliyet sigortası sorumlu olmayacaktır.

Yine biz dairemizde şema olarak böyle kendimize bir tablo hazırlamıştık, ondan da söz etmek isterim. 01.06.2015 tarihinden önceki kazalara ilişkin destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, tek taraflı kazalarda ölenin işleyen sürücü veya işleyen yolcu olması halinde, sürücü tam kusurlu ise, kendi zorunlu mali mesuliyet sigortası aleyhine açılan davada, zorunlu mali mesuliyet sigortası zarardan sorumlu olur.

Diğer bir seçenek, çift taraflı kazalarda, desteğin sürücü veya yolcu olması halinde, hem kendi zorunlu mali mesuliyet sigortacısı, hem de karşı zorunlu mali sorumluluk sigortacısı aleyhine açılan davada, kısmi kusur hali mevcut olup, talep müştereken ve müteselsilen ise, hem kendi ZMMS'si, hem de karşı ZMMS zararının tamamından müştereken ve müteselsilen sorumlu olur.

Çift taraflı kazalarda, desteğin sürücü veya yolcu olması durumunda, karşı zorunlu mali mesuliyet sigortacısı aleyhine açılan davada, talep müştereken müteselsilen ise, karşı ZMMS... Burada şöyle ayırık bir durum var, karşı ZMMS'nin araç sürücüsünün yüzde 1 bile kusurlu olması halinde, zararın tümünden sorumlu olur. Talep kusur oranında ise, karşı ZMMS kusur oranında sorumlu olur.

Çift taraflı kazalarda, desteğin sürücü veya yolcu olması ve sürücünün kısmi kusurlu, talebin ise müştereken müteselsilen olması halinde, kendi zorunlu mali mesuliyet sigortasına karşı açılan davada, kusursuzluk hali söz konusu değilse, zorunlu mali sorumluluk sigortası zararının tamamından sorumlu olur. Bir diğer şık seçenek diyelim, çift veya tek taraflı kazada davacı sürücü olup, yolcu desteği ölürse, kendi zorunlu mali mesuliyet sigortasına karşı açılan davada, davacı sürücünün kusuru düşünülerek suretiyle zorunlu mali mesuliyet sigortası zarardan sorumlu olur. Bunların hepsinde davacı işleyen ise, hiçbir şekilde kendi ZMMS'sinden talepte bulunamaz.

Cismani zararlarda ise, tek taraflı kazada davacının sürücü veya işleyen yolcu olması halinde, kendi zorunlu mali mesuliyet

sigortacısına açılan davada, zorunlu mali mesuliyet sigortacısı sorumlu değildir. 01.06.2015'ten önceki değil, her zaman uygulanacak şeyler bu cismani zararlarla ilgili olarak.

Tek taraflı kazada, davacı yolcunun işleten değil, bulunduğu aracın kendi zorunlu mali mesuliyet sigortacısı aleyhine açtığı davada, zorunlu mali mesuliyet sigortacısı zararın tamamından sorumlu olur. Varsa müterafik kusur ve hatır taşıması indirimi yapılır.

Çift taraflı kazada, davacı sürücünün karşı aracın zorunlu mali mesuliyet sigortacısı aleyhine açtığı davada, karşı araç zorunlu mali mesuliyet sigortacısı kusuru oranında sorumlu olur. Yine çift taraflı kazada, davacı yolcunun karşı aracın zorunlu mali mesuliyet sigortacısı aleyhine açtığı davada, talep müştereken müteselsilen ise, karşı ZMMS... Burada da yine bir ayrık durum var. Karşı ZMMS'nin araç sürücüsünün yüzde 1 bile kusurlu olması halinde, zararın tümünden sorumlu olur. Talep kusur oranında ise, kusur oranında sorumlu tutulur.

Yayanın trafik kazası sonucu yaralanması durumunda, yayanın çarpan aracın ZMMS'si aleyhine açtığı davada, davalı zorunlu mali mesuliyet sigortacısı kusuru oranında sorumlu olur.

Benim konuşmam bu kadar. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- İsterseniz soruları en son alalım. Şimdi sözü 4.Hukuk Dairesi Üyesi Mehmet Erol'a bırakıyorum. Buyurun.

Mehmet EROL

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi

Ben de dünkü gibi tüm avukatların avukatlar gününü kutluyorum. İyi bir öğleden sonra çalışması diliyorum. Mümkün olduğunca metne sadık kalmak kaydıyla, zamandan tasarruf ederek, gereksiz tekrara da girmeden sunumumu yapmak istiyorum.

Ülkemizde motorlu araçlar ve trafikle ilgili ilk yasal düzenleme, 11.05.1953 tarih 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu. 13.10.1983 tarihinde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kabul edilmiş, günün ihtiyaçlarına binaen kanunda değişiklikler yapılmıştır. İşletenin yasal tanımı, Karayolları Trafik Kanununun 3.maddesinde düzenlenmiştir. Motorlu araç işletenin sorumlu olabilmesi için zarar olması, zararın motorlu aracın yapmış olduğu trafik kazasından doğmuş olması, zararı doğuran olaya motorlu aracın işletilmesinin neden olması, motorlu aracın işletilmesiyle ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve kurtuluş kanıtı getirilememiş olması gerekir.

Burada kurtuluş kanıtının özelliği ve nedenlerine değinmekte fayda var. İşleten sorumluluktan kurtulabilmek için, olayda ne kendisinin ne de eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusurunun bulunmadığını kanıtlama yükümlülüğü altındadır. Kurtuluş nedenleri, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel kurtuluş nedenleri, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru olarak sıralanabilir. Mücbir sebep, önceden öngörülemeyen ve sorumlu kişinin işletmesi ya da faaliyeti dışında kalan, karşı konulamayacak şiddette kendini gösteren, olağanüstü bir olaydır. Bütün tedbirlere, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen eğer bir olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün değilse, o olay mücbir sebep sayılır; yıldırım düşmesi, çığ düşmesi, deprem ve sair gibi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.03.2013 tarihli bir kararında, araç sürücüsünün seyir halindeyken ölümü sonrası meydana gelen trafik kazasında oluşan zarardan işleteni sorumlu tutmuş, bu olayda mücbir sebep savunmasının yapılamayacağını tespit etmiştir. Zarar görenin ağır kusuru: Zarar görenin kusuru, aracın işletilmesiyle oluşan zarar arasındaki illiyet bağına kesecek nitelikte olmalıdır. Örneğin, otobanda yayanın aniden yola fırlaması gibi.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 2010 tarihli bir kararında özetle, Borçlar Kanunu 53 uyarınca kusur belirlemesine ilişkin ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimi yönünden bağlayıcı değilse de, davalılardan olan sürücünün kusursuz bulunduğu dair ceza mahkemesince varılan sonuç, gelişim biçimine göre somut olaya uygundur şeklindedir. Üçüncü kişinin ağır kusuru olarak şunu diyebiliriz. Üçüncü kişinin ağır kusuru, taşıtın işletilmesiyle zarar arasındaki illiyet bağına kesecek ağırlıkta olmalıdır. İşletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler ve zarar gören dışındakiler üçüncü kişi sayılır.

Özel kurtuluş nedenleri: Motorlu aracın çalınması veya gasp edilmesi, motorlu aracın tamir ve bakımı için bırakılmış olması halleridir. Bu iki hususa ayrıca ileride farazi işleten bölümünde değineceğim için bu konuyu o bölüme bırakmak istiyorum.

İşletenin sorumluluğunu azaltan nedenler: Olayda zarar görenin ağır olmayan kusurunun bulunması, zararın hatır taşıması sırasında meydana gelmiş olması, işletenin sorumluluğunu azaltan nedenlerdir. Zarar görenin olaydaki kusur durumu, maddi tazminat istemlerinde matematiksel olarak, manevi tazminat istemlerinde ise matematiksel olmayan, ancak olaya ve dosya kapsamına uygun olacak şekilde indirim nedeni olabilir. Hatır taşımasında ise, taşıyan ya da aracını kullandıran kimsenin ekonomik yönden bir yararı yoktur. Buradaki ekonomik yararlar kastedilen parayla ölçülebilen bir yarar olabileceği gibi, ileride paraya dönüştürülebilecek her türlü yarar da bu kapsamda sayılır. Buradaki ilişki, bir karşı edim veya ivaz ilişkisi olmayıp, bir hatır ilişkisidir. O nedenle tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu konuda Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları mevcuttur.

Örneğin, kamuya ait resmi araca parasız olarak yolcu alınması durumunda, hatır taşıması olduğu kabul edilir. Hatır için ta-

şınan kişi, alkollü olduğunu bildiği sürücünün aracına binmekle, zarar doğuran eyleme razı olmuş sayılır. Bu durumda hem hatır taşımastından, hem de alkollü sürücünün kullandığı araca bilerek binmekten dolayı ayrı ayrı uygun miktarlarda indirim yapılmalıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, hatır taşımastını itiraz olarak kabul etmiştir. Yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini ve hâkimin de kendiliğinden bu hususu göz önünde bulundurması gerektiğini benimsemiştir.

İşletilme halinde olmayan araçların verdiği zararlardan işletenin sorumluluğu: Karayolları Trafik Kanununun 85/3.maddesinde, işletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar işletilme halinde olmayan aracın yol açtığı bir olaydan doğmuş olmalıdır. Mekanik aksamı çalışmayan ve hareket etmeyen araçlar işletilme halinde değildir. Zarara neden olan olay, duran aracın işleteni ya da eylemlerinden sorumlu olduğu kimselerin kusurları veya araçtaki bir bozukluktan dolayı oluşmalıdır. İşleten eylemlerinden sorumlu olduğu kişileri seçmekte, onlara talimat vermekte ve denetlemekte gerekli tüm yükümlülüklerini yerine getirdiği veya bu yükümlülükleri yerine getirmiş olsa dahi, zararın oluşmasını önleyemeyeceğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Araçtaki bozukluğun nedeni ne olursa olsun, bakım yapım kullanım ve benzeri, işleten sorumluluktan kurtulamaz. İmalatçı ve tamircinin kusurundan dolayı da işleten sorumlu olur, ancak sonuçta ödemede bulunduğu takdirde ilgililere rücu hakkı saklıdır.

Araç işletmeciliği: Araç işleteni belirlemede şekli ve maddi ölçülere bakmak gerekir. Trafik kaydında adına araç kayıtlı olan kişi, motorlu aracı kendi hesabına ve kendisine ait olmak üzere kullanıp, araçtan bir yarar elde ediyorsa, hem şeklen hem de maddi anlamda araç işleten durumundadır.

Şekli işleten: Trafik kaydında ruhsatında ve sigorta poliçesinde adı yazılı olan kişidir. Maddi işleten ise, motorlu aracı kendi yararı ve hesabına işleten, tehlike ve masraflarını üstlenen, araçla aracın işletilmesi için gerekli personel üzerinde fiilen ve doğrudan emir ve tasarruf gücüne sahip olan kişidir.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 2002 tarihli bir kararında özetle; zararlandırıcı eyleme karışan aracın trafikte davalılardan M adına kayıtlı olması itibariyle, bu kişi 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 3.maddesi gereğince işleten, davalı G de aynı yasanın 85.maddesinde ifadesi bulunan teşebbüs sahibi konumundadır. Anılan maddede, bu durumda olan kişilerin birlikte zincirleme li sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu yasal düzenleme karşısında, davalı G hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi doğru değildir şeklindedir.

Motorlu araç işletenlerin gerçek işleten ve farazi işleten diye ayırmak da mümkündür. Gerçek işletenler, araç sahibi, araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş ya da sahiplilik veya satış belgesi düzenlenmiş kişi. Araç sahibi aracını trafik tescil bürosuna kaydettirmek zorundadır. Aracın mülkiyeti noter tarafından düzenlenen satış ve devir işlemi yanında, aracın zilyetliğinin devir alınmasıyla kazanılır. Noterde düzenlenen senetle aracı satan, zilyetliğini de devreden kişinin işleten sıfatı sona erer. Bu aracın işleteni artık satın alan kişidir. Motorlu araç sahibi dışında kalan işletenler: Motorlu aracı mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alan ve noterdeki mülkiyeti muhafaza sicilinde kayıtlı görünen kişi de, gerçek işleten sayılır.

Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 1978 tarihli bir kararında özetle, mülkiyeti muhafaza kaydıyla resmi biçimde yapılan satış noter siciline kayıt edilmemiş olsa bile, geçerli olduğu için alıcıyı işleten olarak zarardan sorumlu tutmuştur. Motorlu aracı uzun süreli kiralaayanlar: Yasada uzun süre konusunda bir sınır bulunmadığından, uygulamada bu konuda kesin bir ölçü yoktur. Ancak Türk Borçlar Kanununun 330.maddesi, eski 818 sayılı Borçlar Kanunu 262 uyarınca, taşınır kiralalarında üç günlük feshi ihbar süresine uymak suretiyle, kira süreci sona erdirilebileceği için, üç gün ve daha uzun süreli kira sözleşmeleriyle, süresi belli olmayan kira sözleşmeleri uzun süreli sayılmıştır. Yargıtay 4 ve 17.Hukuk Dairelerinin uygulaması bu yöndedir. Ancak Yargıtay 19.Hukuk Dairesinin 1993 tarihli bir kararında, 8 günü uzun süre saymamış, bu konuda makul süreyi 15 gün olarak kabul etmiştir.

Motorlu aracı ariyet alanlar: Ariyet alma, motorlu aracı ücretsiz olarak almaktır. Ariyet alanın işleten sayılabilmesi için, ariyet

süresinin uzun olmasına dikkat etmek gerekir. Ayrıca ariyet verenin de araçla fiili ilişkisini kesmesi gerekir. Burada muvazaalı işlemlere dikkat edilmesi gerekiyor. Örneğin, işverenin işçisine aracı ariyet olarak verdiğiine ilişkin adi sözleşme, işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Motorlu aracı rehin alanlar, motorlu araç teslim koşulu olarak rehin edilmiş ve rehin alan da aracı teslim aldıktan sonra kendi hesabına trafiğe çıkartmışsa, meydana gelecek zarardan rehin alan sorumlu olur. Motorlu aracın bakım ve gözetim giderlerini üstlenmiş olan rehin alacaklısı, o aracın işleteni sayılır.

Motorlu araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi: Karayolları Trafik Kanununun 85.maddesinde yapılan değişiklikle, motorlu aracın bir teşebbüs unvanı ya da işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, bilet keseni de işleten sıfatıyla sorumlu tutmuştur.

Devlet ve kamu tüzel kişileri: Karayolları Trafik Kanunu 85'e göre, devlet ve diğer kamu tüzel kişileri sahibi oldukları motorlu araçların işletilmesinden doğan zarardan, araç işleticisi olarak ve tehlike ilkesine göre sorumlu olurlar. Burada şu hususa dikkat etmekte fayda var. Esasen trenler raylar üzerinde hareket etmekle beraber, hemzemin geçitlerde motorlu araçlarla çarpışmaları halinde, Devlet Demiryolları İdaresi, Karayolları Trafik Kanununun 85.maddesine göre sorumlu olur. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 2012 tarihli bir kararında özetle; kazaya karışan aracın trafikte dava dışı büyükşehir belediyesi adına kayıtlı olduğu, ancak davalı ilçe belediye başkanlığına tahsis edildiği, araç üzerinde davalı ilçe belediyesinin adının yazılı olduğu ve belediyenin çöp toplama işinde kullanıldığı anlaşıldığına göre, davalı ilçe belediyesinin işleten sıfatını taşıdığı ve sorumlu olduğu kabul edilmelidir şeklindedir.

Başkanımız süremın daraldığını söyledi, ama biraz daha kendisinden süre isteyeceğim. Farazi işletenler: Yasanın farazi işleteni kabul etmesinin nedeni, araç üzerindeki eylemli yetki ve ege-menliğin kesildiği bazı özel durumlarda, gerçek işleteni sorumlu tutmanın hakkaniyete uygun olmayacağı düşüncesidir. Farazi

işletenler de ortaya çıkan zarardan gerçek işleten gibi sorumludurlar. Bunlar motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanlar, yarış düzenleyicileri, motorlu aracı çalan ya da gasp edenler diye sıralanabilir.

Mesleki faaliyette bulunanın araç üzerindeki hâkimiyeti, araç üzerinde eylemler olarak zilyetliğin kurulduğu anda başlar ve aracın sahibi ya da yetkili temsilcisine geri verilmesi anında sona erer. Motorlu aracın mesleki faaliyette bulunmak için teslim edilmiş olması, araç sahibinin işleten sıfatını ortadan kaldırmaz. Ancak araç malikinin aracıyla irtibatı tamamen kesilmiş, araç üzerindeki fiili egemenliği mesleki faaliyette bulunan tarafın eline geçmiş olduğundan, bu süre içerisinde araç maliki sorumluluktan kurtulmuş olur. Burada önemli olan motorlu aracın mesleki faaliyette bulunan tarafa teslim edildiği, motorlu araç üzerindeki egemenliğin farazi işleten durumunda olan meslek sahibine geçtiği tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır. Bunlar motorlu araç tamircileri, otopark ve galeri sahipleri, motorlu araç taşımacılığı yapanlar olarak sayılabilir.

Motorlu araç yarışı düzenleyenler farazi işleten durumundadır. Motorlu araç yarışı düzenleyicisinin sorumluluğu, yarışa katılan araçların neden olduğu zarardan doğmaktadır, Karayolları Trafik Kanunu 105. Motorlu araç yarışçıları ve araçta onlarla birlikte bulunanların uğradıkları zararlar, yarış sırasında doğabilecek zararı riski kabul ettikleri için, Karayolları Trafik Kanununun 105.maddesine göre değil, Türk Borçlar Kanununun 56.maddesine göre istenebilir. Motorlu araç yarışçılarının zararı Karayolları Trafik Kanununun 85.maddesine göre doğmuş bir zarar olmadığından, yarışçıların Karayolları Trafik Kanununun 85.maddesinden yararlanma olanakları yoktur. Bu nedenle genel hükümlere göre istemde bulunabilirler.

Motorlu aracı çalan ya da gasp edenleri de, kısaca anlatmak isterim. Kanun motorlu aracı çalanı ya da gasp edeni farazi işleten saymış ve bunların sorumluluklarını ağırlaştırmıştır. Çalma motorlu aracı elinde bulundurma hakkına sahip olmayan bir kimsenin aracı elinde bulundurma hakkına sahip olan kimseden iradesi dışında almış olmasıdır. Gasp ise, motorlu aracın gerçek işleteninin fiili zilyetliğine cebir ve şiddet kullanarak son veril-

mesidir, aracın kontak anahtarının zorla alınması ya da zaruret halinde düşürülerek, örneğin acil bir hastayı hastaneye yetiştirmek düşüncesiyle aracın zorla alınması gasp sayılır. İşleten çalınmış ya da gasp edilmiş aracın çalınmasında ya da gasp edilmesinde kendisinin ya da eylemlerinden sorumlu bulunduğu kimsenin kusurunun bulunmadığını kanıtlayamadıkça, oluşan zarardan sorumlu olur, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin içtihatları da bu yöndedir.

Motorlu araç işleteni ve teşebbüs sahibinin sorumlu olduğu kişiler: Bunlar sürücü, yardımcı kişiler, bunlara Karayolları Trafik Kanununa göre birden çok kişinin müteselsil sorumluluğuna bakacak olursak, motorlu aracın katıldığı kazada üçüncü kişinin uğradığı zarardan birden fazla kişi sorumlu ise, bu kişiler müteselsilen sorumlu olurlar. Motorlu araç sürücüsü, trafik kazasının meydana gelmesinde kusurlu ise, zarar gören kimse Türk Borçlar Kanunu 49, 818 sayılı Borçlar Kanunu 41'e göre sürücüye, Karayolları Trafik Kanunu 85'e göre ise de motorlu araç işletenine karşı dava açabilir. Sürücü ve araç işleten tazminattan müteselsilen sorumludurlar. Eğer zarar gören müteselsil sorumlulardan her biri aleyhine ayrı ve bağımsız dava açar ise, verilecek kararlarda infazda tereddüt oluşmaması için, ödemede tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla ifadesine yer verilmelidir. Sorumlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş sayılır. Müteselsil sorumlulardan birisi zamanaşımı defteri ileri sürmüş ise, zamanaşımı definde bulunmayan diğer müteselsil sorumlular bu defteri de bulunmadıkları için onlar yönünden zamanaşımı değerlendirmesi yapılamaz.

Son olarak 4.Hukuk Dairesinin bir kararından bahsetmek istiyorum. Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 2004 tarihli bir kararında özetle; davacı zararlandırıcı sonucun davalı tarafın kusurundan kaynaklandığına dayanarak istemde bulunmuştur. Mahkemece davaya konu olayda davacının kusurunun bulunmadığı benimsenmiştir. Ancak davalı tarafın yüzde 25 dava dışı yayalarla Karayolları Genel Müdürlüğünün de yüzde 75 oranında kusurlu oldukları belirlenmiştir. Davacının kusuru bulunmadığına göre, davalılar zararın tamamından sorumludurlar. Mahkemece davalıların yüzde 25 oranında kusurla sorumlu tutulmaları doğru

görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir şeklindedir. Burada davaların zararın tamamını karşıladıktan sonra kusurları oranında dava dışı yayalar ve Karayolları Genel Müdürlüğüne rücu hakları saklıdır.

Beni sabırla dinleme nezaketini gösterdiğiniz için, hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Şimdi sözü Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Nuray Yılmaz Akdoğan'a veriyorum. Buyurun.

TRAFİK KAZALARINDAN KAYNAKLANAN BEDENSEL ZARARLARDAN İŞLETEN VE ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTA ŞİRKETİNİ SORUMLULUĞU

Nuray YILMAZ AKDOĞAN

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi Üyesi

Trafik kazaları haksız fiilin bir türü olup dayanağını 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunundan almaktadır. Haksız fiiller 6098 sayılı TBK.nın 49 ila 76 maddelerinde düzenlenmiştir.

Bedensel (cismani) Zararlar: TBK.nın 54.maddesine göre yaralanan kişilerin

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

Zarar sorumlusu olan işletenin sorumluluğu 2918 sayılı karayolları Trafik Kanununda düzenlenmiştir. KTK'nın 85/I. maddesinde işletenin sorumlulukları "Bir motorlu aracın işletilmesi bir *kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa*, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar." Şeklinde belirlenmiş, KTK.nın 91.maddesinde ise İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur hükmü gereğince sigorta şirketinin de aynı zararlardan sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Araç işletenin sorumluluğunun dayanağı KTK.nın 85. Maddesi, sigorta şirketinin aynı kanunun 91. Maddesi, sürücünün ise TBK.nın 49. Maddesidir. İşleten, sürücü ve sigortacının aralarındaki sorumluluk KTK.nın 88. Maddesi gereğince müteselsil sorumluluktur ve TBK.nın 163. Maddesi gereğince alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir.”

Zorunlu mali sorumluluk sigortası **Motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracın işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belirli limitlere kadar karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüdür.**

Zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi ile işletenin tazminat sorumluluğunu poliçe limiti dahilinde yüklenen sigorta şirketi gerçek zarardan, işletenin ve eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin *kusuru oranında* sorumludur.

Trafik kazaları sonucu zarar görenlerin zararının belirlenmesine ilişkin olarak KTK.nın Maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi başlıklı 90. Maddesinde “Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.” denilmekte idi **TBK.nın 55 .maddesinde** ise “ Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Şeklinde belirtilmiş ise de Borçlar Kanununda tazminatın somut olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemeler bulunmadığından tazminatın belirlenmesinde uygulanacak ilkeler Yargıtay içtihatları ile belirlenmiştir.

Ancak 14/4/2016 tarihli 6704 sayılı Kanunun 3 maddesi ile değiştirilerek 26.04.2016 tarihinde 29695 sayılı RG’ de yayımlanarak yürürlüğe giren KTK.nın 90. Maddesindeki yeni düzenlemeye göre ;“Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar **bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hü-**

kümleri uygulanır."Şeklinde değiştirilmiş, öncelikle tazminatın KTK ve genel şartlarda belirtilen usul ve esaslara göre belirleneceği düzenlenmiştir.

GENEL ŞARTLAR NEDİR.

Sigorta şirketlerinin sigorta sözleşmeleri kapsamındaki sorumlulukları sigorta poliçelerinin ayrılmaz parçası olan genel şartlarda düzenlenmiştir.

Genel Şartlar: Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından her sigorta branşı için hazırlanmış olan ve Sigorta şirketlerinin bunun aksine hareket edemeyecekleri sigorta poliçesinde açıkça ifade edilmiş, teminatın kapsamı, istisna edilen haller, hasar prosedürü, sigortalının görev ve yükümlülükleri, anlaşmazlık halinde uygulanabilecek hükümler, prim ödemesi, rücu durumu gibi sigorta sözleşmesinin esaslarını belirten koşullardır.

KTK'nın 93. Maddesinde; (Değişik: 17/10/1996 - 4199/34 md.) Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmi Gazetede yayımlanır." hükmü mevcuttur.

POLİÇE LİMİTİ İLE SORUMLULUK;

Sigorta şirketlerinin zmsş kapsamında sorumlu olduğu üst limitler Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir. Teminat limitlerinin mahkeme tarafından resen dikkate alınması gerekir. Sigorta sözleşmesi yapıldıktan sonra teminat limitleri arttırılmış ise Zmsş Tarife Ve Uygulama Esasları Yönetmeliğinin 24. Maddesine göre yürürlükte olan bütün poliçelere ek prim alınmaksızın uygulanır.

Sigorta şirketi Hazine Müsteşarlığı tarafından sigortacının sorumlu olduğu her zarar kalemi için olay tarihinde geçerli teminat limitine kadar sorumludur. Trafik poliçelerinde kaza başına ve kişi başına ayrı ayrı teminat limitleri belirtilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus poliçede yazılı teminat limiti değil, Hazine Müsteşarlığı tarafından olay tarihinde belirlenerek ilan edilen teminat limitidir. Uyuşmazlık konusu olan olaylarda olay tarihi ve poliçenin düzenlenme tarihi farklı olabileceğinden bu hususa dikkat edilmesi gerekir.

Sigortacının teminat limitlerini aşan zararın söz konusu olması halinde bu zarardan, zarara sebebiyet veren aracın işletenin, sürücüsünün ve diğer sorumluların sorumluluğu devam eder.

GARAMATEN SORUMLULUK

Zarar görenlerin birden fazla olması halinde kişi başı teminat limitleri ile kaza başı teminat limitleri dikkate alınarak karar verilmesi gerekir. Zarar görenlerin çok olması ve teminat limitlerinin üzerinde zarar belirlenmesi halinde ise;

KTK.nın 96.maddesinde düzenlenme yapılmıştır.

“Zarar görenlerin tazminat alacakları, sigorta sözleşmesinde öngörülen sigorta tutarından fazla ise zarar görenlerden her birinin sigortacıya karşı yöneltebileceği tazminat talebi, sigorta tutarının tazminat alacakları toplamına olan oranına göre indirim tabi tutulur.

Başka tazminat taleplerinin bulunduğunu bilmeksizin zarar görenlerin birine veya birkaçına kendilerine düşecek olandan daha fazla ödemede bulunan iyiniyetli sigortacı, yaptığı ödeme çerçevesinde, diğer zarar görenlere karşı da borcundan kurtulmuş sayılır.”

GERÇEK ZARARDAN SORUMLULUK,

Sigortacı üçüncü kişilerin zarara uğraması halinde poliçede yazılı limitin tamamından değil üçüncü kişilerin gerçek zararından sorumludur. Mahkemece zarar görenlerin gerçek zararı tespit edilerek buna göre karar verilmesi gerekir.

KUSURA DAYANAN SORUMLULUK,

Sigortacının sorumlu tutulabilmesi için sigortalı araç işletenin veya sürücüsünün kazanın meydana gelmesinde kusurunun bulunması gerekir. İşleten ve sürücünün kusurunun bulunmaması nedeniyle zarardan sorumlu tutulmadığı hallerde sigortacıda sorumlu tutulamaz.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI 14 MAYIS 2015

GÜN 29355 SAYILI RESMİ GAZETE'DE YAYINLANARAK 01 HAZİRAN 2015 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİRMİŞTİR.

Bu değişiklikler ile zarara uğrayan üçüncü şahısların sigorta teminatı kapsamına alınan zararları yeniden belirlenmiş, zararların hesaplama yöntemleri yani tazminatın belirlenmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmış ve Hazine Müsteşarlığına bir çok konuda düzenleme yetkisi verilmiştir.

KTk.nın 90. MADDESİNDE Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir DENİLMİŞ OLDUĞUNDAN KTK.nın 85. Maddesinde sadece başlıklar halinde belirtilen ölüm, yaralanma ve bir şeyin zarar uğraması kapsamındaki zararları genel şartlarda yeniden ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

GENEL ŞART KAPSAMINDAKİ TEMİNAT TÜRLERİ A-5. Maddesinde düzenlenmiştir. .

- a) Maddi Zararlar Teminatı:
- b) Sağlık Giderleri Teminatı:
- c) Sürekli Sakatlık Teminatı:
- ç) Destekten Yoksun Kalma (Ölüm) Teminatı:

1-SAĞLIK HİZMET BEDELLERİNİN ÖDENMESİ, Üçüncü kişinin trafik kazası dolayısıyla bedenen eski haline dönmesini teminen protez organ bedelleri de dahil olmak üzere yapılan tüm tedavi giderlerini içeren teminattır. Kaza nedeniyle **mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler** sağlık gideri teminatı kapsamındadır. Sağlık giderleri teminatı Sosyal Güvenlik Kurumunun sorumluluğunda olup ilgili teminat dolayısıyla sigorta şirketinin ve Güvence Hesabının sorumluluğu 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98 inci maddesi hükmü gereğince sona ermiştir. Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

2918 sayılı KTK.nın 98.maddesinde 6111 sayılı Kanununun 59.maddesi ile yapılan değişiklik ile ;

Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. (Ek cümle: 4/4/2015-6645/60 md.)

Yargıtay 17 Hukuk Dairesinin uygulamalarında; KTK'nın 98. maddesinde yalnızca özel ya da resmi sağlık kurumlarındaki tedaviler için yapılan sağlık hizmet bedelleri sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğunda kabul edilmiş, bunun dışında geçici iş göremezlik ve bu dönemdeki bakıcı giderleri de dahil, belgelendirilemeyen (ulaşım ,konaklama, yemek vb. gibi) giderlerden sigortanın sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmiştir.

01.06.2015 tarihli değişiklik ile zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesinde mağdurun tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, tedaviyle ilgili diğer giderler ile trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler sağlık gideri teminatı kapsamında sayılarak SGK'nın sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Genel şartlarda yapılan değişiklik ile sigorta şirketlerinin bakıcı gideri ve diğer giderler ile ilgili olarak sorumlulukları daraltılmıştır.

Burada üzerinde durulması gereken husus 2918 sayılı KTK'nın 98. Maddesi, ile Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları arasında bir çelişkidir. Zarar görenin tedavisine başlanmasından itibaren mağdurun sürekli sakatlık raporu alana kadar denilmiş ise de -burada sürekli maluliyetinin belirlenebilir hale geldiği zaman ifade edilmek istenmiş olabileceği, düşünülerek- tedavi süresince ortaya çıkan bakıcı giderleri, denilmiş ise de KTK.98. madde ile SGK'nın sadece hastanede görülen tedavi süresinde yapılan sağlık hizmet bedellerinden sorumlu olacağını düzenlemiş, SGK. na kanun ile verilen yükümlülükler dışında taraf olmadığı sigorta sözleşmelerinde uygulanan genel şartlar ile yeni yükümlülükler getirildiğinden ve bu hüküm 2918 sayılı KTK'nın 98. Maddesine aykırı olduğundan uygulanması mümkün görülmemektedir.

Diğer bir sorunda trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler, çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderlerden anlaşılması gereken açıklanmadığından uygulamada çalışma gücünün tamamen azalması tabiri tam işgöremezlik, kısmen azalması ise kısmi iş göremezliği ifade etmektedir. Ancak tazminat hukukunda tam işgöremezlik ve kısmi iş göremezlik haline bağlı giderler genellikle tedavi gideri olarak kabul edilmektedir. Bazı BAM kararları ve makalelerde **trafik kazası nedeniyle çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalmasına bağlı giderler olarak geçici iş göremezlik süresince istenebilecek tazminat olarak kabul edilmiş ise de maddedeki yazım şeklinden bu anlam çıkarılması mümkün değildir.**

3-SÜREKLİ SAKATLIK TEMİNATI; Üçüncü kişinin sürekli sakatlığı dolayısıyla ileride ekonomik olarak uğrayacağı maddi zararları karşılamak üzere, bu genel şart ekinde yer alan esaslara göre (Danıştay iptal başvurusu var yürütmenin durdurulması verilmemiş) belirlenecek teminattır. Kaza nedeniyle mağdurun tedavisinin tamamlanması sonrasında yetkili bir hastaneden alınacak özürlü sağlık kurulu raporu ile sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamındadır. Söz konusu tazminat miktarının tespitinde sakat kalan kişi esas alınır.

Sürekli sakatlık tazminatına ilişkin sakatlık oranının belirlenmesinde, sakatlık ölçütü sınıflandırılması ve özürlülere verilecek sağlık kurulu raporlarına ilişkin mevzuat doğrultusunda hazırlanacak sağlık kurulu raporu dikkate alınır.

Tazminat ödemesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir. Sigortacı söz konusu rapor hakkında ilgili mevzuat uyarınca itiraz usulüne başvurduğunda mağdurun itiraz üzerine yaptığı belgelenmiş harcamaları bu teminat kapsamında karşılamakla yükümlüdür.

Genel şartlar Ek-3 ile tazminatın nasıl hesaplanacağına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Ek:3 Sürekli Sakatlık Tazminatı Hesaplaması (Danıştay)

1)Sürekli sakatlık tazminatı, bu Genel Şartlar uyarınca belirlenen ilkeler dikkate alınarak zarar gören kişinin bireysel özelliklerine göre hesaplanır.

2)Tazminat, toplu para şeklinde ödenir.

3)Hesaplamalarda ölüm tablosu olarak TRH 2010 tablosu dikkate alınır. Tablonun belirli periyodlarla güncellenmesi halinde tazminat tutarı, kaza tarihi itibariyle güncel versiyona göre hesaplanır.

4)Hesaplamalarda iskonto oranı (teknik faiz), % 1,8 olarak dikkate alınır. İskonto oranı (teknik faiz) gerekli görülen hallerde Hazine Müsteşarlığı tarafından güncellenir.

5)Belgelendirilmiş olması durumunda, hesaplamalarda ölen kişinin vergilendirilmiş geliri dikkate alınır. Vergilendirilmiş gelir tutarı için herhangi bir belge sunulamaması durumunda hesaplama, asgari ücret kullanılarak yapılır. Aynı kriterler pasif dönem hesaplamasında da geçerlidir.

6)Aşağıdaki tabloya göre maluliyet oranının denk geldiği aralıktaki katsayı nispetinde asgari net ücret dikkate alınarak bakıcı gideri hesaplanır. Bakıcı tutulduğunun belgelendirilmesi durumunda asgari brüt ücret hesaplamalarda dikkate alınır.

Maluliyet Oranı Aralığı- Asgari Net Ücrete Uygulanacak Nispet (%)

0	69	0
70	79	50
80	89	75
90	100	100

7)Tazminat, ax, n formülü ile hesaplanır. Tazminat hesaplanırken "Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant" formülü esas alınır. Bu formülde kullanılacak yaş parametresi (x) hesap yapılacak mağdurun yaşını, hesaplamanın hangi süre için yapılacağını gösteren parametre (n) ise sürekli sakatlığa uğrayan kişinin muhtemel yaşam süresini göstermektedir.

8)Yukarıdakiler dışında hesaplama ile ilişkin diğer hususlar ile hesaplama ile ilişkin standartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir.

Bu madde ile getirilen en önemli değişiklik sürekli maluliyet oranının belirlenmesinde Yargıtay 17 Hukuk Dairesi'nin uygulamasına göre Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazaları ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik hallerinin meslekte kazanma gücünü ne oranda azaltacağına ilişkin kaza tarihinde yürürlükte bulunan Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Tespit İşleri Yönetmeliği veya Maluliyet Tespit İşleri Yönetmeliği hükümlerinin uygulanması istenirken Genel Şartlar ile Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması Ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

Özürlülük Ölçütü Yönetmeliğinin 2. Maddesine göre "(1) Bu Yönetmelik, özürlülere sağlanan haklardan ve verilecek hizmetlerden yararlanmak üzere istenilen özürlü sağlık kurulu raporları ile özürlü sağlık kurulu raporu verebilecek yetkili sağlık kurumlarını ve özürlülerle ilgili sınıflandırma ve ölçütleri kapsar." denilmiştir.

Özürlü raporlarında maluliyetin kaza ile ilgili olup olmadığı değerlendirilmeden genel olarak özür durumu belirlendiğinden Genel Şartlarda özürün kaza ile ilgili olmadığı hususunda aksinin ispat edilebileceği belirtilmiş, tazminat ödemesinde, ilgili sağlık hizmet sunucularınca tanzim edilecek trafik kazasına ilişkin belgelerde illiyet bağı ile ilgili tespitin yer alması durumunda bu tespitin aksini ispat sigorta şirketine aittir denilmiştir.

Diğer bir yenilikte bakıcı giderleri ile ilgili yapılan düzenlemedir.A.5.b maddesinde maluliyet oranı belirleninceye kadar olan bakıcı giderleri tedavi giderleri kapsamında kabul edildiği halde sürekli sakatlık oranının belirlenmesinden sonra ortaya çıkan bakıcı giderleri bu teminat limitleri ile sınırlı olmak koşuluyla sürekli sakatlık teminatı kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 17 HD. tarafından bakıcı giderinin tedavi gideri olduğu, SGK.nın sorumlu olduğu tedavi giderleri arasında bulunmadığı, sigorta şirketinin poliçede yazılı tedavi veya sağlık giderleri için belirlenen teminat kapsamında sorumlu olduğu kabul edilmişti.

Ayrıca Genel Şartların Ek 3.6.maddesinde zarar görenin %70'in altında maluliyetinin bulunması halinde bakıcı gideri verilmeyeceği, %70' ve üzerinde olması halinde ise bakıcı giderinin asgari ücretin neti üzerinden belirli oranda verileceği belirtilmiştir. Yargıtay uygulamalarında zarar görenin bakıcı ihtiyacı olması halinde bakıcı giderinin hesaplanmasında asgari ücretin brütü üzerinden hesaplama yapılacağı kabul edilmişti. Ancak genel şartlarda bakıcı tutulduğunun belgelendirilmesi halinde asgari brüt ücret hesaplamalar da dikkate alınır denilmiştir.

Zarar görenin yüksek oranda maluliyetinin bulunduğu hallerde aynı teminattan hem maluliyet tazminatı hem de bakıcı gideri verilecek, sigorta şirketi tek teminattan limitinden sorumlu tutulacağından zarar görenin gerçek zararının karşılanamayacak olması nedeniyle işleten ve sürücünün sorumluluğu devam edecektir.

Diğer bir değişiklikte maluliyet oranının tespitine ilişkindir. Yargıtay 17 Hukuk Dairesi genel olarak maluliyet raporlarının Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlıkları tarafından düzenlenmesi gerektiği belirtildiğinden bu şekilde uygulama yapılırken bundan sonra yetkili hastaneden alınması yeterli görülecektir.

Buradaki yetkili hastane ibaresi açık olmadığından özürlü sağlık raporu vermeye yetkili olan hastaneler "Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması Ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik Yetkili sağlık kurumları başlıklı MADDE 7 - (1) Bu Yönetmelikte belirtilen özürlü sağlık kurulu raporlarını düzenlemeye yetkili sağlık kurumlarını ve hakem hastaneleri Sağlık Bakanlığı belirler ve internet sitesinde yayımlar," Düzenlemesine göre Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen hastanelerden alınması gerekecektir.

Tazminatın hesaplanması ile ilgili olarak ek.3.4 ve 5. Maddede düzenleme yapılmıştır.

TBK.nın 55 .maddesinde "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.*” Denilmiş olmasına rağmen

TBK.da tazminatın somut olarak belirlenmesine ilişkin ayrıntılı hükümler mevcut değildir. 2918 sayılı KTK.da da aynı şekilde tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Bu eksik Yargıtay içtihatları ile giderilmiş, tazminatın belirlenmesinde uygulanacak ilkeler Yargıtay tarafından belirlenmiştir.

Yargıtay’ın haksız fiilden kaynaklanan tazminatların belirlenmesinde bu güne kadar istikrarlı uygulamalarına göre zarar görenlerin olay tarihinden sonra bakiye ömür süreleri PMF 1931 yaşam tablosuna göre belirlenmekteydi. Genel şartlar Ek.3.3. ile Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından da kullanılmakta olan TRH 2010 yaşam tablosunun esas alınarak hesaplama yapılacağı düzenlenmiştir.

Tazminatın hesaplanmasında Yargıtay tarafından uygulanan “progressif rant” yöntemi zarar görenin hesaplama tarihindeki bilinen en son geliri esas alınarak bakiye ömür süresince her yıl için %10 oranında arttırım, %10 oranında indirim yapılan yöntem yerine sigorta şirketleri tarafından uygulanan %1.8 oranındaki teknik faiz ve Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant” yöntemine göre hesaplama yapılması düzenlenmiştir. Bu güne kadar sigorta şirketlerine başvuru üzerine teknik faize göre yapılan hesaplamalar ile dava açıldıktan sonra bilirkişiler tarafından yapılan hesaplamalar arasında zarar gören lehine bariz farklılıklar olması ve Hazine Müsteşarlığına faiz oranını güncelleme yetkisi verilmesi tartışma konusu olabilecek hususlardır.

Yaralanan kişinin tazminatının hesaplanmasında esas alınacak gelirin vergilendirilmiş gelir olması gerektiği, belge sunulamıyorsa asgari ücrete göre hesaplama yapılacağı belirtilmiştir. Yargıtay bu güne kadar olan uygulamalarında tazminat hesabına esas alınacak gelirin net olarak belirlenmesi için bozma kararları vermiş ise de zarar görenin mesleği ispat edilebiliyorsa geliri belge ile ispat edilmese dahi ilgili meslek odaları ve kuruluşlardan alınan

emsal ücret bilgilerine göre yapılan hesaplamaları kabul ediyordu, Bu madde de zarar görenin olay tarihinde çalışmaması halinde mesleği ne olursa olsun gelirinin ispat edilememesi durumunda asgari ücret üzerinden hesaplanması bakiye ömür süresince hiç çalışamayacağını kabulü anlamına geldiğinden gerçek zararın karşılanması amacını sağlamayacağı açıktır.

Yine destek süresi ile aktif ve pasif çalışma süresi, Hazine Müsteşarlığının belirleyeceği esaslara göre hesaplanır. Yargıtay uygulamasına göre asker polis vs. gibi özel kanunlarında emeklilik yaşı belirlenmemişse aktif yaşam süresinin 60 yaş olduğu kabul edilmiştir. Bu sürelerin belirlenmesinin Hazine Müsteşarlığına verilmesi ve müsteşarlığın neye göre aktif ve pasif yaşam süresini belirleyeceği düzenlenmemiştir.

Ek.3-10.maddesi ise Yukarıdakiler dışında hesaplamaya ilişkin diğer hususlar ile hesaplamaya ilişkin standartlar Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenir denilmek suretiyle Hazine Müsteşarlığına geniş yetki verilmiştir.

01.06.2015 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN GENEL ŞARTLARIN UYGULANMASI

“Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları 14 Mayıs 2015 gün 29355 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Sorumluluk sigortaları TTK.nın 1473. Ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.”(1) Sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.” şeklinde belirtilmiştir.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda 91 ila 101. Maddeler arasında düzenlenmiştir. Motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde o aracın işletenin zarara uğrayan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu belirli limitlere kadar karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan sorumluluk sigortası türüdür.

Sorumluluk sigortalarında sigorta şirketi tarafından zararı karşılanan kişi sigorta sözleşmesinin tarafı değildir. Sigorta ettiren kendisi ya da sorumluluğu altında bulunan kişiler tarafından üçüncü kişilere verilecek zararları sigorta şirketine ödediği prim karşılığında sigorta ettirmektedir. Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere vereceği zararları teminat altına alırken hem üçüncü kişiyi hem de sigortalıyı koruma altına alan bir sigorta türüdür.

6102 sayılı TTK.nun 1473 ve 1486 maddelerinde yapılan düzenlemeye göre sorumluluk sigortalarını isteğe bağlı sigortalar ile zorunlu sigortalar olarak ikiye ayırmak gerekir.TTK.nun 1473 ve devamı maddelerinde sorumluluk sigortalarını düzenlenmiş iken 1483 ve 1484. Maddesinde zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulanmasına ilişkin ayrıca hükümler getirilmiştir.

Tehlike sorumluluklarında üçüncü kişilerin zararının karşılanması amacıyla bazı alanlarda kamu yararı ve zarar görenlerin korunması gerekçesi ile sorumluluk sigortası yaptırmak yasal zorunluluk haline getirilmiştir. TTK.nun da 1483 ve 1484. maddelerinde de zorunlu sorumluluk sigortalarında uygulanacak hükümler ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre zorunlu sigortalarda sigorta şirketinin zarar gören üçüncü kişiye karşı olan sorumluluğu kanundan doğan bir sorumluluktur. Sigortacılık Kanununun 13.maddesi ile bazı hallerde Bakanlar Kuruluna'da zorunlu sigortalar ihdas etme yetkisi verilmiştir. Zorunlu sorumluluk sigortalarının kamu yararı taşıması ve yapılmasının yasa ile zorunlu kılınması nedeniyle zorunlu sigortalarda zarar görenlerin korunması amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır.

TTK.nun.zorunlu sigortalar başlığı altında Zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğünü düzenleyen 1484. Maddesinde;“(1) Sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. (2) Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur. (3) Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer.”denilmektedir. .

Bu madde hükmü ile zorunlu sorumluluk sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigortacının edim yükümlülüğünden kurtulduğu savunmasını zarar görene karşı ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. TTK.nın 1478.maddesi ile sigortacıya doğrudan başvurma hakkının kullandığı hallerde ve sigorta şirketinin sigortalı ile arasındaki iç ilişkiden doğan savunmalarını zarar görene yöneltemeyeceği hükme bağlanmıştır.

KTk.nın Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller: başlıklı 95.maddesinde “Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir.” hükmüne göre Karayolları Trafik Kanununda düzenlenmeyen sigortacının zarar görenlere karşı ileri süremediği tazminatın kaldırılması veya miktarının azaltılması hallerini ancak sigortalısına rücu edebileceği düzenlenmiştir.

Yani sigorta şirketi KTK.nunda düzenlenmeyen teminat kapsamında olmayan halleri ve rücu koşullarının varlığını zarara uğrayan kişilere karşı ileri süremez, koşullarının varlığı halinde sigorta sözleşmesinin eki olan genel şartlarda düzenlenmiş teminat dışı haller ve rücu halleri mevcut ise sadece sigorta sözleşmesinin tarafı olan akidi sigortalıya rücu edebilir.

Trafik kazaları dayanağını 2918 sayılı KTK.dan alan haksız fiillerdir. Haksız fiiller meydana geldikleri anda hukuki sonuç doğurur ve zarara neden olanların zararı tazmin borcu haksız fiil tarihinde ortaya çıkar. Haksız fiilin unsuru olan zarar, zarar görenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma ile zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum arasındaki farktır ve zarar haksız fiilin meydana gelmesi ile gerçekleşmiş sayılır. Zarar verenin ve diğer sorumluların zararı tazmin yükümlülüğü herhangi bir ihbara ve ihtara gerek kalmaksızın olay tarihinde doğar. Haksız fiile bağlanan hukuki sonuçlar haksız fiil tarihi esas alınarak belirlenir ve bu nedenle haksız fiillerde olay tarihinde yürürlükte bulunan hukuk kuralları uygulanır. Başka bir deyişle zararın be-

lirlenmesinde etken olan hususlar olay tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerinin dikkate alınması gerekir.

26.04.2016 tarihinden önce meydana gelen olaylar yönünden olay tarihinde yürürlükte bulunan 2918 Sayılı KTK'nın 90. Maddesinde "Maddi ve manevi tazminat; **"Maddi tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevi tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır."** düzenlemesi mevcuttur.

KTK'nın 90. Maddesinin atıf yaptığı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri bölümünün zararın belirlenmesine ilişkin **TBK'nın 55. Maddesinde ise " 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 artırılamaz 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." **denilmiş olmakla** a tazminatın somut olarak hesaplanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmadığından tazminatın belirlenmesinde uygulanacak ilkeler Yargıtay'ın trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davalarına bakan Hukuk Dairelerinin içtihatları ile belirlenmiştir.

Zarar görenin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı olmaması ve üçüncü kişilerin haklarının korunması için **2918 sayılı KTK'nin 95.maddesi düzenlemesi karşısında Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının, sigorta sözleşmesinin tarafı olmayanlar yönünden uygulanması mümkün olmadığı gibi olay tarihinde geçerli 2918 sayılı KTK'nın 90.maddesindeki düzenlemeye göre genel şartlara yapılmış bir atıf da mevcut değildir.**

Sonuç olarak haksız fiilin türü olan trafik kazalarına olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanması, haksız fiil tarihi ile işlemeye başlayan zamanaşımı,

temerrüt tarihi ve diğer maddi hukuk kurallarının olay tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası işletenin üçüncü kişilere vereceği zararları teminat altına almıştır. 26.04.2016 tarihinde 6704 sayılı Kanun ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun'da yapılan değişikliklerin dava konusu haksız fiil tarihinde yürürlükte olmadığı, 6704 sayılı Kanunda, yapılan düzenlemelerin geriye yürüyeceğine dair açık bir hükmün de bulunmadığından 2918 sayılı KTK'nin 90 ve 95.maddeleri ve 6102 sayılı TTK.nin 1484.maddesine göre mümkün olmadığını düşünüyoruz.

Ankara Bam 22 ve 26 HD kararlarında “ Yukarıda açıklandığı üzere 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile yapılan düzenlemenin zarar gören üçüncü kişi sıfatı ile talepte bulunan davacılar yönünden uygulanmasının, 2918 sayılı KTK'nin 90 ve 95.maddeleri ve 6102 sayılı TTK.nin 1484.maddesine göre mümkün görülmediği, olay tarihinden sonra 2918 sayılı KTK.nin 90 ve 92. maddelerinde yapılan değişikliklerin olay tarihinde bütün hüküm ve sonuçlarını doğuran haksız fiiller yönünden uygulanamayacağı, ayrıca KTK.nin 95. maddesi ve ZMSS Genel Şartlarının B.4.maddesi gereğince zarar görenlere karşı tazminatın azaltılması ve kaldırılmasına ilişkin hükümlerin zarar görenlere karşı ileri sürülememesi nedeniyle, haksız fiilin türü olan trafik kazalarına olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerinin uygulanması, haksız fiil tarihi ile işlemeye başlayan zamanaşımı, temerrüt tarihi ve diğer maddi hukuk kurallarının olay tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre belirlenmesi, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası genel şartları ile düzenlenen teminat dışı hallerin zarar görenlere karşı ileri sürülemeyeceği, davacı yanın sigorta sözleşmesinin tarafı olmaması zarar gören üçüncü kişi olması nedeniyle zarar bedelinin olay tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükümleri ve Yargıtay uygulamalarına göre belirlenmesi gerekir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan Karayolları Trafik Kanununun 90. Maddesi atfı ile TBK.nin 55.maddesi gereğince genel hükümlerin esas alınması, sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişiler yönünden genel şartlarda belirtilen tazminat hesaplama yönteminin uygulanacağına dair herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığından, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporu ile Yargıtay uygulamalarına uygun olarak belirlenen tazminatın esas alınarak hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmadığından dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahke-

me kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1.b.1. maddesi gereğince reddine karar vermek gerekmiştir." şeklinde uygulama yapmaktadır.

Ancak YARGITAY 17. Hukuk Dairesi 2016/12177 E- 2018/6439 K.sayılı ve 2017/4323 E-2018/4743 K. sayılı kararında "Somut olayda, sürücü/desteğin sevk ve idaresindeki araç ile 17/08/2015 tarihinde kendi kusuru ile sebebiyet verdiği kazada öldüğü, poliçenin düzenleme tarihinin de 07.06.2015 tarihi olduğu anlaşılmaktadır. Davalının sorumluluğunun kapsamı 01.06.2015 yani davaya konu trafik kazasından önce yürürlüğe giren Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları'na göre belirlenecektir.

Genel Şartların "Teminat Dışında Kalan Haller" başlıklı A.6. maddesi (d) bendinde; "destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri" teminat kapsamı dışında bırakılmış olup bu nedenle kendi ölümüne neden olan sürücünün(desteğin) tam kusuruna isabet eden destek tazminatı talebi ZMSS poliçe teminatı kapsamında değildir." Şeklinde uygulama yapmıştır.

DAVA YOLUNA GİDİLMEYEN ÖNCE İLGİLİ SİGORTA KURULUŞUNA YAZILI BAŞVURU SORUNU;

Zarar gören 6102 sayılı TTK'nın Doğrudan Dava Hakkı Başlıklı 1478. Maddesi (1) Zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanasını süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir. TTK. zarar gören üçüncü kişilerin doğrudan dava hakkını her türlü sorumluluk sigortası için açık bir şekilde kabul etmiştir.

Aynı şekilde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 97.maddesinde *Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı başlığı altında (Değişik: 14/4/2016-6704/5 md.)* "Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde,

zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.” Şeklinde düzenlenmiştir.

Bu maddede yapılan değişiklikle zarar gören hak sahipleri zorunlu mali sorumluluk sigortacısına karşı doğrudan dava açamayacakları öncelikle sigorta şirketine başvuru yapılması gerektiği belirtilerek başvuru zorunlu hale getirilmiştir.

Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak uygulamada çıkan sorunlardan biri dava açılmadan önce sigorta şirketine başvurunun dava şartı olup olmadığı hususudur. Madde metninden de anlaşıldığı üzere dava açılmadan önce sigorta şirketine yazılı olarak başvurulması GEREKİR denilmekte ve sigorta şirketine başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir.

Bununla beraber başka bir tartışma konusu da sigorta şirketine başvuru zorunlu olmakla birlikte bu dava şartının tamamlanabilir dava şartlarından olup olmadığıdır.

6100 sayılı HMK'nın Dava şartlarının incelenmesi başlıklı 115. maddesinde ise;

(1)Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler.

(2)Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. **Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder.**

(3) Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.

Ankara BAM 22 HD ;2017/2331E-2019/221 K. sayılı kararında; “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 97. maddesinde yapılan değişiklik ile dava açılmadan önce sigorta şirketine başvurunun zorunlu olduğunun belirtilmesi, zarar görene seçimlik bir hak tanınmamış olması nedeniyle bu hususun HMK'nin 114/2.maddesinde belirtilen diğer kanunlarda düzenlenen dava şartları kapsamında değerlendirilmesi ve dava şartı niteliğinde olduğunun

kabulü gerekir.Somut olayda, davadan önce sigorta şirketine başvurulmamışsa da yargılama sırasında başvuru yapılmış ve sigorta şirketi tarafından bir miktar ödeme de yapılmıştır.Artık dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın reddedilmesi usul ekonomisine aykırı bir durum oluşturacaktır.Bu nedenle, HMK'nun 115/3. maddesi gereğince dava şartı noksanlığı karardan önce giderilmiş olduğundan başlangıçtaki dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır."

BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİ GÖRÜŞLERİ

Antalya Bam 4.HD, Erzurum BAM 3 HD,İstanbul Bam 8 HD, Samsun BAM 5 HD "sigortaya başvuru şartının **tamamlanabilir** dava şartı olduğu kabul edilmiştir.

2918 sayılı KTK.nın 97. Maddesinde sadece yazılı başvurudan bahsedilmiş Sigorta şirketine başvuru sırasında sunulacak belgeler belirtilmemiş ise de aynı kanunun Tazminat ve giderlerin ödenmesi başlıklı 99. Maddesinde; "Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar." Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Kanun maddesinde yapılan değişiklik ile maddenin metnine "zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri" cümlesi eklenmiştir. Bu ekleme ile birlikte hak sahiplerinin sigortacıya genel şartların "Tazminat Ve Giderlerin Ödenmesi" başlıklı B.2. maddesinin 2.1. bendinde :

"Sigortacı hak sahibinin, kaza veya zararın tespit edilebilmesi için gerekli tüm belgeleri sigortacının merkez veya şubelerinden birine ilettiği tarihten itibaren sekiz işgünü içinde tazminatı hak sahibine öder. Sigortacının kendisine iletilen belgelere haklı olarak itiraz etmesi veya kendisinin hak sahibinden ya da başka bir kurumdan haklı olarak yeni bir belge talep etmesi halinde söz konusu süre yeni talep edilen belgenin sigortacının merkez veya şubelerinden birine iletilmesinden sonra başlar. Sigortacı haksahibinden münhasıran hak sahibinin tazminat hakkını etkileyen bilgi ve belgeleri talep edebilir." denilmiştir.

ZMSS genel şartlarının Ek-6 bölümünde ise tazminat ödemelerinde istenecek belgeler belirtilmiştir.

Bedeni Zararlar

Sürekli Sakatlık

- 30/3/2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik çerçevesinde düzenlenmiş sağlık kurulu raporu.
- Hak sahibi gerçek kişiler için: T.C Kimlik No.
- Kaza raporu.
- Mağdura ait son 3 aylık döneme ilişkin ücret belgesi.
- Hak sahibine ait banka hesap bilgileri. olarak belirtilmiştir.

Bu belgeler ile birlikte sigorta şirketine başvuru yapılması halinde sigorta şirketinin başvurudan itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemesi gerekir.

d-ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASININ KAPSAMI DIŞINDA KALAN ZARARLAR,

Karayolları Trafik kanunda sayılan teminat kapsamına olmayan zararlar ;

1-KTK.nın 92/a maddesi, işletenin eylemlerinden sorumlu bulunduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

2-KTK.nın 92/b maddesi işletenin yakınlarının mallarına gelen zararlar

3-KTK.87/2maddesi, araçta taşınan eşyaya gelen zararlar

4-KTK.nın 107/1 maddesi, çalınan veya gaspedilen aracın neden olduğu zararlar

5-KTK.nın 104. Maddesi motorlu araçla ilgili mesleki faaliyetten kaynaklanan Zararlar

6- KTK.nın 105/3.maddesi Motorlu araç yarışları zmss yapılmış olması halinde işletenin zmss zararlardan sorumlu değildir.

7-işletilme halinde olmayan araçların neden olduğu zararlar

8- Motorlu olmayan araçların neden olduğu zararlar

9- Çekilen araca gelen zararlar

10-Karayolu veya karayolu sayılmayan yerde meydana gelen kazalar

Zorunlu mali sorumluluk sigortası İşletenin üçüncü kişilere vereceği zararları teminat altına almıştır. KTK nun da ayrı ayrı maddelerde işletenin bu kanun hükümlerine göre sorumlu olmadığı haller belirtilmiş ayrıca 92.Maddesinde zmsş teminatı kapsamında olmayan bazı haller düzenlenmiştir.

26.04.2015 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİREN 14.04.2015 TARİHLİ 6704 SAYILI KANUN İLE 92. MADDEDE YAPILAN DÜZENLEMELER İLE;

Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a-İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

ZMSS nin amacı işletenin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumluluğunu teminat altına aldığından işletenin eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin neden olduğu işletenin kendisinde meydana gelen zararları sigorta şirketinden isteyemez.

Başka bir deyişle; bu sigorta türü üçüncü kişilerin zararlarını teminat altına aldığından işletenin emir ve talimatı ile hareket eden kişilerin eylemleri sonucu işletenin bedensel zararlarından zmsş sorumlu değildir. Araçta yolcu olarak bulunan işletenin sürücünün kusuru nedeniyle meydana gelen kazada yaralanması halinde aracın ZMSS den tazminat isteyemez, işletenin araçta yolcu olan eş, anne baba ve çocuklarının ölümü halinde işleten kendi aracının zmsş'den destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez, işletenin aracında meydana gelen zarardan zmsş sorumlu değildir.

b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

Üçüncü şahısların zararlarının güvenceye alınması ilkesinin sonucu olarak sadece mallarına gelen zararlar sigorta kapsamı dışındadır. Mal zararı dışına işletenin yakınlarının bedensel zararları nedeniyle sigorta şirketi sorumludur. Araçta yolcu olarak bulunan eş, çocuk anne ve babanın yaralanması nedeniyle zmsş sorumlu olduğu gibi, bunların ölümü halinde işleten dışındaki hak sahiplerinin destekten yoksun kalma tazminatından sorumludur.

c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,

Zmsş sorumluluğu KTK.da sayılan haller ile sınırlı olması nedeniyle işletenin KTK.hükümleri gereği sorumlu tutulmadığı hallerde zarar görenlere karşı genel hükümlere göre sorumludur. Araç sahibi ile işletenin ayrı kişiler olduğu hallerde işletenin araçtaki hasardan malike karşı sorumluluğu, KTK.102. maddesinde işletenin çekilen araç ile ilgili sorumluluğu genel hükümlere tabidir.

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,

Sigortalı aracın neden olduğu zararlar nedeniyle yarış düzenleyicisi tarafından yaptırılması gereken zmsş sorumludur. Ancak yarış düzenleyicileri tarafından zmsş yaptırılmamış ise zarar gören üçüncü kişiler KTK.105. Maddesine göre böyle bir durumda, sigortacı, yarış için özel bir sigortanın yapılmamış olduğunu bilen veya gerekli özenin gösterilmesi halinde bilebilecek olan işleten veya işletenlere rücu edebilir.

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

2918 sayılı KTK Madde 87/2 - “Zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da genel hükümlere tabidir.” Bu düzenleme ile araçta yolcu olarak bulunan kişinin beraberindeki bagaj ve diğer eşyaları zmsş kapsamında iken bunlar dışındaki eşyalar gelen zarar teminat kapsamı dışındadır.

Motorlu araçta eşya yada yük taşınması halinde eşyayı taşıyan işleten ile eşyayı taşıtan arasındaki ilişki taşıma sözleşmesinden kaynaklanan kusur sorumluluğuna dayalı olup tehlike sorumluluğu hükümleri değil sözleşme hükümleri uygulanacağından zmss sorumlu değildir. Taşıtan ayrıca taşıma rizikolarına karşı sigorta yaptırabilir. Zmss aracın neden olduğu kazada kazaya karışan diğer araçta taşınan yükün uğradığı zarardan zmss sorumlu olmadığına dair düzenleme olmadığından sorumlu tutulması gerekir.

f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

KTk 85. Maddesinde manevi tazminat sayılmamıştır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar başlığı altında sayılmıştı.

g) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

KTk.85/son. maddesiile işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibinin aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu tutulmuştur. Araç sürücüsü TBK.nın 49.maddesine göre haksız fiil faizi olarak , Sigorta şirketi ise KTK.nın 91. Maddesi gereğince sorumludur. “KTk.nın 86/2.maddesine göre 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.”

Kazanın oluşumunda hak sahibinin kusurunun bulunması halinde hak sahibinin kusur oranına isabet eden miktardan sigorta şirketi sorumlu değildir. iki aracın karıştığı kazalar sonucu diğer aracın sürücünün tazminat talep etmesi halinde zmss sigortalısına ait aracın kusuru oranında sorumlu olup, zarar görenin kusurundan sorumlu değildir. Hiç kimse kendi kusurundan yaralanmaz ilkesine uygun olarak hak sahibinin kusuru oranında tazminattan indirim yapılması gerekir. *Zararın meydana gelmesinde kusuru olan kişi zararının tümünün giderilmesini başkasından isteyemez.*Bu yeni düzenleme ile daha çok TBK. 52. maddesinde düzenlenen müteferik kusurun 2918 sayılı Yasaya taşıma amacı olduğu anlaşılıyor.

h) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

ZMSS genel şartlar A-2/g) (Ek:RG-2/8/2016-29789) Sorumluluk Riski: Sigortalının motorlu araç işletilmesinden doğan; kazaya sebep olan mücbir sebepler dahil olaylar ile kazazede, hak sahibi ve diğer ilgili üçüncü kişilerin kusurları çerçevesinde belirlenen tazminat yükümlülüğünü”, ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

İşletenin sorumluluğu tehlike sorumluluğu olup sorumluluktan kurtulması 86. Maddede düzenlenmiştir.

İşletenin Veya Araç İşleticisinin Bağlı Olduğu Teşebbüs Sahibinin, Sorumluluktan Kurtulması Veya Sorumluluğun Azaltılması başlıklı KTK madde 86- (Değişik madde: 17/10/1996 - 4199/29 md.) 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. 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.

Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararları ile ZMMS ile sigortalı araç sürücüsünün veya işletenin mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, KTK'nin kapsam dışılığı düzenleyen 92. maddesinde, araç sürücüsünün desteğinden yoksun kalanların, bedensel zararlara dair isteyebilecekleri tazminatların kapsam dışı olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği ve sürücünün desteğinden yoksun kalanların, üçüncü kişi konumunda olduğuna dayanmak suretiyle işletenin ve sürücünün ölümlerinde, yüzde yüz yani tam kusurlu olsalar bile müteveffanın zorunlu mali mesuliyet sigortacısından tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir.

i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

Maddenin son fıkrasının atıf yaptığı 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve

eklerinin A-6. Maddesinde de teminat kapsamında bulunmayan zararlar belirlenmiştir.

Sigorta uygulamalarında zmss kapsamı dışında kalan hususlar daha önce sınırlı olarak KTK 92. Maddesinde belirtilmişti. Bu düzenleme ile kanunda belirtilmeyen teminat dışı haller Hazine Müsteşarlığı tarafından genel şartlarda yapılacak değişiklik ile teminat dışına çıkarılabileceği belirtilmiştir. Sigortacılık Kanunu 11/4. Maddesine aykırı

ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI MADDE A.6. TEMİNAT DIŞINDA KALAN HALLER

Aşağıdaki haller sigorta teminatı dışındadır:

- a-) İşletilme halinde olmayan araçların sebep olacağı zararlar,
- b-) **Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,**
- c-) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,
- ç-) Sigortalının, eşinin, sigortalının usul ve fûrunun, sigortalıya evlat edinme ilişkisiyle bağlı olanların, sigortalının birlikte yaşadığı kardeşlerinin, mallarına gelen zararlar sebebiyle ileri sürülecekleri talepler,
- d-) **Destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan destek tazminatı talepleri ile destekten yoksun kalan hak sahibinin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmakla beraber destek şahsının kusuruna denk gelen destek tazminatı talepleri,**
- e-) Zarar görenlerin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında sigortalı araçta veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorkta/yarı römorkta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlardan dolayı sigortalıya karşı ileri sürülecek talepler,
- f-) Manevi tazminat talepleri,
- g-) Sigortalının, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,
- ğ-) Sigortalının aracına veya bu araç vasıtasıyla çekilen römorklara ve yarı römorklara veya çekilen araçlara gelecek zararlar nedeniyle ileri sürülecek talepler,

- h-) Çalınan veya gasp edilen araçların sebep oldukları ve Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalının sorumlu olmadığı zararlar, aracın çalındığını veya gasp edildiğini bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürülecek talepler ile çalan ve gasp eden kişilerin talepleri, KTK'nın 107.maddesi
- ı-) Motorlu bisikletlerin kullanılmasından ileri gelen zararlar,
- i-) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda belirtilen terör eylemlerinde ve bu eylemlerden doğan sabotajda kullanılan araçların neden olduğu ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalının sorumlu olmadığı zararlar ile aracın terör eylemlerinde kullanıldığını veya kullanılacağını bilerek binen kişilerin zarara uğramaları nedeniyle ileri sürecekleri talepler, aracı terör ve buna bağlı sabotaj eylemlerinde kullanan kişilerin talepleri.
- j-) Motorlu araç kazalarından dolayı toprak, yeraltı suları, iç sular, deniz ve havanın kirlenmesi ya da kirlenme tehlikesi nedeniyle temizleme, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı masrafları ile biyolojik çeşitlilik, canlı kaynaklar ve doğal yaşama verilen zararlar nedeniyle bozulan çevrenin yeniden oluşturulması ile ilgili çevresel zararlardan ileri gelen talepler, Motorlu araçlar tarafından çevreye verilen zararlarda teminat kapsamı dışındadır.
- k-) Gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi zarar verici olguya bağlı olarak oluşan yansıma veya dolaylı zararlar nedeniyle yöneltilecek tazminat talepleri,
- l-) İlgili mevzuatla genel hükümlere tâbi kılınan talepler,
Hatır taşınması ve Çekilen araçla ilgili olarak sorumluluk- Motorsuz taşıtlar ile motorlu bisiklet sürücülerinin hukuki sorumluluğu.-Yarışçıların veya onlarla birlikte araçta bulunanların uğrayacakları zararlarla, gösteride kullanılan araçların uğradıkları zararlardan dolayı sorumluluk.-Aracın çalındığını veya gasbedildiğini bilerek binen yolculara karşı sorumluluk, Araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu da genel hükümlere tabidir.

Hatır taşıması dışında diğer haller teminat kapsamında olmadığı KTK.da belirtilmiştir. Hatır taşıması KTK 87/1. Maddesi” Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu ve motorlu aracın maliki ile işleteni arasındaki ilişkide araca gelen zararlardan dolayı sorumluluk, genel hükümlere tabidir.” Düzenlemesi Yargıtay uygulamalarında hatır için olsa dahi araçta bulunan kişi ile yolcu taşıma ilişkisi kurulduğundan taşıyanın sorumlu olacağı kabul edilmiş, ayrıca KTK.da açıkça zms teminatı kapsamında olmadığı belirtilmediğinden zmsninde sorumlu olduğu ancak genel hükümlere tabi olması nedeniyle hatır taşımasının bulunması halinde TBK.51.maddesi gereğince indirim yapılması gerektiği belirtilmektedir.

- m-) 2918 sayılı Kanununun 104 üncü ve 105 inci maddelerinde düzenlenen sorumluluklar (Bu maddeler kapsamına dahil durumlar bu amaçla yaptırılan zorunlu mali sorumluluk sigortasına tâbidir.)
- n-) Cezai kovuşturmadan doğan tüm giderler ile idari ve adli para cezaları,
- o-) Bu Genel Şart ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

Sigortacının bu maddenin birinci paragrafının (d) bendi kapsamında olmasına rağmen ilgililere yaptığı tazminat ödemeleri için sigortalının terekesine ve tereke borçlusu olan mirasçılara sigortalının kusuru oranında ve ilgili mevzuat dahilinde müracaat hakkı saklıdır.”

2-İHTİYARİ MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

Motorlu aracın, işletilmesi sırasında üçüncü şahısların bedeni veya maddi zarara uğramasına sebebiyet vermesi halinde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre aracın işletenine düşen sorumluluğun Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası teminat limitlerinin üstünde kalan kısmını poliçe teminat kapsamında olmak koşuluyla poliçede yazılı teminat limitlerine kadar teminat altına alır.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası teminat limitlerini yeterli görmeyen işletenler İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası yaptırarak limitleri yükseltebilirler.

Bu sigorta teminatı genellikle kasko sigortasıyla birlikte ek teminat olarak verilmektedir.

Bu sigorta da manevi tazminat talepleri ek sözleşme ile teminat altına alınabilir.

İhtiyari mali sorumluluk sigortasına uygulanacak hükümler:

KTK.NIN 100. MADDESİ - Bu Kanunun sorumluluğun kaldırılması veya tazminatın azaltılmasına ilişkin 95 inci maddesi, doğrudan doğruya talep ve dava hakkına ilişkin 97 nci maddesi ve zamanaşımına ilişkin 109 uncu maddesi ihtiyari mali sorumluluk sigortasında da uygulanır.

3- GÜVENCE HESABI;

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 14. maddesi ile “1)Bu Kanunun 13 üncü maddesi, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu ile ihdas edilen zorunlu sorumluluk sigortaları ile bu Kanunla mülga 21/12/1959 tarihli ve 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu çerçevesinde ihdas edilmiş olan zorunlu sigortalara ilişkin olarak aşağıdaki koşulların oluşması halinde ortaya çıkan zararların bu sigortalarla saptanan geçerli teminat miktarlarına kadar karşılanması amacıyla Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde Güvence Hesabı oluşturulur.

Güvence Kapsamı :Güvence Hesabına başvurulabilecek haller, kanun koyucu tarafından 5684 sayılı SK m.14/2 ve G.H.Yön. m.9/1’de belirtilmiştir.

Hesaba;

- a) **Sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için,**
- b) **Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için,**

- c) Sigorta şirketinin malî bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar için,
- ç) Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar için,
- d) Yeşil Kart Sigortası uygulamaları için faaliyet gösteren Türkiye Motorlu Taşıt Bürosunca yapılacak ödemeler için ,başvurulabilir.

Bakanlar Kurulu, gerekli görülen hallerde, eşyaya gelecek zararların kısmen veya tamamen Hesaptan karşılanmasına karar vermeye yetkilidir.”

Güvence Hesabı, kapsamında bulunan zorunlu sigortaların sağladığı teminatlara ilişkin bedeni olarak (sakatlık ve ölüm) zarar görenlere kaza sonrasında sakat kalma halinde sakatlık tazminatı, ölüm halinde ise ölenin desteğinden yoksun kalanlara destekten yoksun kalma tazminatı ödemektedir. Güvence Hesabının kuruluşuna, işleyişine, tanıtımına, idari masraflarına, fon varlıklarının nemalandırılmasına, Hesaptan yapılacak ödemelere, gerek ilgililere gerekse Türkiye Motorlu Taşıt Bürosuna yapılacak rüçûlara, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi, Sigortacılık Eğitim Merkezi ve Komisyona yapılacak katkı payları ile, Hesap kapsamındaki zorunlu sigortaların denetimi ve takibinden kaynaklanan giderler ile diğer harcamalara ilişkin esasları düzenlemek üzere Güvence hesabı yönetmeliği çıkarılmıştır.

- 1- Sigortalının tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar,
- 2- Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar,
- 3- Zorunlu sigorta teminat limitleri ile sigorta poliçesinde belirtilen teminat arasındaki fark kadar ödenecek bedensel tazminat tutarları,
- 4- Sigorta şirketinin malî bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halin-

de (Güvence Hesabı kapsamında kalan Zorunlu Sigortalar ile sınırlı olarak) ödemekle yükümlü olduğu maddi ve bedensel zararlar,)

- 5- Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada,13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar.
- 6- Ayrıca Hesaba, Yeşil Kart Sigortası kapsamında Türkiye sınırları içinde meydana gelen zararlardan dolayı Büroca tekemmül ettirilen hasar dosyalarının tazminat ödemesi için Büro tarafından da başvurulabilir.

Güvence Hesabı'ndan karşılanmayacak zararlar

- 1- Manevi zararlar.
- 2- Bedensel zararlar dışında kalan her türlü maddi zararlar. (Hesabın yükümlü olduğu İflas etmiş veya Ruhsatları iptal edilmiş Sigorta Şirketleri hariç)
- 3- Kazaya neden olan aracın işletenin veya sürücüsünün zararları.
- 4- Motorlu aracı çalan veya gasbedenlerle, bunlara yardımcı olanların ve bu durumu bilerek araca binen sürücü veya yolcu zararları.
- 5- Motorlu araçların yarış için bulunması gereken sigortayı yaptırmaksızın yarışa katılması durumunda kişilere verdiği bedeni zararlar.
- 6- İşletenin eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği zararlar.
- 7- İşleten tarafından ileri sürülebilecek tazminat talepleri.
- 8- Motorlu bisikletin sebep olduğu kazalardan doğan zararlar.
- 9- Motorlu araçlarla ilgili mesleki faaliyette bulunan kimselere motorlu aracın bırakılması sırasında kişilere gelen zararlar.
- 10-Hastalık ve ferdi kaza sigortası yapan sigorta şirketlerinin rücu talepleri.

Güvence Hesabında yer alan Trafik kazalarına ilişkin zorunlu sigortalar

- 1- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası)
- 2- Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası (6704 Sayılı Kanun gereği 26.04.2016 itibari ile yürürlükten kaldırılmıştır.)
- 3- Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası

Güvence Hesabı tarafından gerekli inceleme yapıldıktan sonra, tazminat miktarında ve hak Sahiplerinde tereddüt bulunmadığı takdirde belirlenen miktar, hak sahiplerine ödenir.(Yön mad 14) Hesap tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda tamamen veya kısmen reddedilen başvurular, ilgililere yazı ile bildirilir.

Hesaptan Yapılan Ödemeler Nedeniyle Rücu Hakkı;

Güvence Hesabı YÖNETMELİĞİNİN Yönetmeliğin16 Maddesi Gereğince

- a) Zorunlu sigorta yaptırmayan veya geçerli teminat tutarları üzerinden zorunlu sigortaları yaptırmayan kişilere,
- b) Sorumlunun sonradan belli olması halinde bu kişilere veya yükümlü sigorta şirketine,
- c) Zarardan sorumlu kişilere veya yükümlü sigorta şirketine,
- ç) 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (ç) bendine göre yapılan ödemeler çerçevesinde yükümlü sigorta şirketine,
- d) 9 uncu maddenin ikinci fıkrasına göre yapılan ödemeler nedeniyle Büroya,ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde rücu edilir.”

Hak sahibinin, gerekli belgelerle usulüne uygun şekilde Hesaba başvuruda bulunmasına karşın tazminat ödemesi yapılmazsa, Güvence Hesabının yönetmeliğinde ödeme yapılması hususunda bir süre belirlenmediğinden başvuru gününde temerrüde düşüğü kabul edilir ve Hesap aleyhine yöneltilecek tazminat davalarında bu tarihten itibaren temerrüt faizi yürütülür.Güvence Hesabının Yönetmeliğin 16. maddesi gereğince sorumlulara rücu davalarında temerrüt tarihi ödeme tarihidir.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- 01.01.2019'dan sonra ticari davalarda zorunlu arabuluculuk getirildi biliyorsunuz. Sigortayla ilgili olan hususlarda da öncelikle arabulucuya başvurmak zorunluluğu var. Bu konuda önünüze belki daha henüz gelmemiş olabilir, çok yeni yürürlüğe girmiş olduğu için. Sizin görüşünüz ne? Öncelikle sigortaya başvuru şartıyla birlikte arabulucuya başvurulabilir mi? İkisi ayrı ayrı mı işlemek durumunda? Yani önce sigortaya başvurulacak, sonra arabulucuya tekrar başvurulacak, sonra dava açılacak...

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Tabii alternatif çözüm yollarını hepimiz destekliyoruz, ama bu alternatifin alternatifi oluyor. Artık hem sigortaya başvur, sigortaya başvurdu bir sonuç alamadı arabulucuya gitti, bir daha aynı şekilde karşı karşıya geldi hâla bir çözüm olmadıysa. Ben bunun birbiriyle yarışır diye düşünüyorum, ya ona ya...

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Sigortayla birlikte acaba, sigortaya başvuruyula birlikte arabulucuya da başvurulmuş olması bir sakınca doğurur mu?

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Doğurmaz bence.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- En azından süreden kazanmak yönünden, çünkü bu lokomotifin arkasındaki şeyler gibi oldu bir yerde, vagonlar gibi oldu. Oradan sonra ötesine, sonra ötekine gibi olmasındansa...

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Arabuluculukta anlaşmazlık tutanağı düzenlendikten sonra mahkeme acaba sen tekrar gidip bir daha başvurmalıydın dememeli diye düşünüyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz, konuklarımızın bütün sunumları için.

Soru konusunda bir-iki tane soru alabiliriz, onun dışında maa-
lesef çok zamanımız kalmadı, diğer oturum başlayacak. Buyurun.

SALONDAN- Şimdi sormak istiyorum hem BAM'a, hem Yarı-
gıtay dairelerine. Kısmi ödeme varsa mahsubu nasıl yapıyorlar? Kısmi ifa var, hem şirket var hem de aracı şoför var vesaire. Onla-
rın biri kısmi ödeme yaptı, bunu nasıl mahsup ediyorsunuz?

Kadri ÖZERDOĞAN (Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Üyesi)- Dava tarihinden önceyse güncelleyerek inceliyoruz.

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Yasal faizle güncelliyoruz. Biz şu şekilde uyguluyoruz. Eğer dava tarihinden önce bir ödeme yapılmışsa, bunu rapor tarihine kadar olan süre için yasal faizle güncelliyoruz. Rapor tarihindeki verilerden indiriyoruz. Hatta şöyle de bir uygulama var. Eğer dava tarihinden hemen önce değil, bu bizim 2918'in 111.maddesi var, oradaki iki yıllık süre içerisinde açılmışsa, ilk önce bilirkişiye diyoruz ki, ödeme tarihi verilerine göre bir hesaplama yap. Ödeme karşılanmış mı karşılanmamış mı onu belirle. Eğer ödeme karşılamamışsa zararı, rapor tarihine bilinen dönemi rapor tarihini al, ödenen miktarı da yasal faizle güncelle, rapor tarihi itibariyle yaptığın hesaplamadan mahsup et diyoruz. Biz BAM olarak böyle uyguluyoruz.

Av. Adnan SAĞSEN- Av. Adnan Sağsen, aynı zamanda Sigorta Tahkim Komisyonu hakemlerindim. Bu harici başvurunun tamamlanabilir dava şartı olduğunu söylediniz. Onun sonuçları açısından bir şey soracağım.

Süre verdiniz herhalde, tamamla bu şartı diye. Gitti başvurdu sigorta şirketine, zararın tamamını ödedi mutabıklar. Burada yargılama giderleri ve vekâlet ücreti açısından ne gibi bir karar verilecek? Genel olarak soruyorum, hem 26 hem 17.

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Biz uygulamasını yapmadık demiştim, 17 de henüz yapmadığı için, biz kendi aramızdaki konuşmalarda şöyle düşündük. Eğer mahkeme süre verdi ve sigortaya başvuru yapıldı, sigorta şirketi tamamını ödedyse, artık yargılama gideri ve vekâlet ücretinden sorumlu olmaz sigorta şirketi diye düşündük.

Av. Taner GÜNER- Ben de sigorta tahkim hakemiyim aynı zamanda. Bu uygulamaları biz sizden daha yoğun yaşıyoruz, çünkü biz çok hızlı karar verme süreci işletiyoruz, dört ay gibi bir sürede bir şeyleri bitirmek zorunluluğundayız.

Az önce söylediğiniz konu, hani şartların yarışması. Arabulucuya da gidebilir, sanki sadece başvuru yaptı cevap verilmedi

veya ret geldi direkt dava açabilir gibi. Hani arabulucuyu anlarım, arabuluculuğa gitti sonuç alamadı davayı anlarım, ama öbüründe bize tekrar zorunlu arabuluculuk vardı bir de buraya gitmeliydin der misiniz, denilir mi?

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Zaten arabuluculuk sizin için geçerli değil bildiğim kadarıyla.

Av. Taner GÜNER- Ben avukatlar için sordum genel uygulamayı...

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Tahkim de bir alternatif, sizde zorunlu değil. Yani onu aslında şimdi Sema Hanım sorduğu için düşündüm. Bizim önümüze henüz arabuluculukla ilgili bir dosya gelmedi, ayrıntılarına da hâkim değilim açıkçası. Şu anda net kişisel fikrimi söyleyeyim. Tekrar tekrar bunu zorlamanın... Ama şöyle; ticaret mahkemeleri arabuluculuk olarak eğer bir anlaşmazlık tutanağını, çünkü onlar için dava şartı oldu ve anlaşmazlık tutanağı olması gerekiyor deniyorsa, o zaman mecburen başvuracak. Uygulamayı bilmediğim için çok yanıltmış olmayayım sizi.

Av. Taner GÜNER- Zorunlu olduğu için arabuluculuğa gitmek elzem, onda bir şüphe yok. Diğer başvuru şartı eksikliği artık göz önüne alınmayacaktır zorunlu olduğuna göre.

Nuray YILMAZ AKDOĞAN (Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi Üyesi)- Ya da hiç başvuru... Yani arabuluculuğa gitmiş olmakla 97'deki başvuruyu da yapmış kabul edilecek.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Son soru olsun bitirelim artık. Son soru olsun, çünkü diğer oturumun saati geldi, zamanı kaçırmak istemiyorum.

SALONDAN- Sayın 17.Hukuk Dairesi üyemize sormak istiyorum, ben de tahkim komisyonu hakemiyim, bugün tahkim komisyonu hakemlerimizin hepsi burada.

Şöyle; tahkim komisyonu geçen yıl 106 bin dosyayı kararı çıkarttı, bu dosyanın adli yargıya gelmesini engelledik biz. Orada da bir görev yapıyoruz hep beraber, verdiğimiz kararlar bakımın-

dan da iyi kararlar çıkmasını istiyoruz. En büyük sıkıntıyı yaşadığımız konulardan bir tanesi de şu: Değer kayıpları dosyayla ilgili, belki 50 bin 60 bin 70 bin dosya geliyor bu şekilde. 17.Hukuk Dairesinin görüşü eskiden şu şekildeydi, iki değer arasındaki fark, kökleşmiş içtihatları, reel değerle kazadan sonraki değer arasındaki fark diye. Bu içtihadımızı devam ettiriyor muyuz, yoksa formülasyon ve bir katsayı hesabı getirildi. Şimdi tahkim komisyonu kararlarımız 40 binin altında kesin karar olduğu için size de gelmiyor, hiç elimizde emsal de yok. Burada biz bir tıkanдық. Bize bu konuda yardımcı olabilir misiniz acaba? İzleyeceğimiz yol bakımından eski içtihatlarımız güncel mi?

Kadri ÖZERDOĞAN (Yargıtay 17.Hukuk Dairesi Üyesi)- Şu anda uygulamamız, sizin dediğiniz gibi aynen devam ediyor. Fakat yeni tarihli olarak gelmedi. Sanırım bir tane geldi, o da çok usulüne göre yapılmış tamamen böyle. Onu istisnai olarak tam böyle bir karar değiştirme durumu olmadı, vermiştik onama gibi. O yeni uygulamaya göre yapılmıştı. Fakat bizim görüşümüz, yine aracın sağlam haliyle tamir edilmiş hali arasındaki fark. Bu Sigortacılar Birliğinden de biz bunu değiştirelim diye heyet filan da geldi. Biz onlara bu konuyu arz ettik bildirdik, fakat henüz bir değişiklik filan olmadı.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyorum tüm katılımcılara ve konuklarımıza. Oturumu kapatıyorum. Sağ olun.

**BEDENSEL ZARARLAR KONUSUNDA
YÜKSEK MAHKEME GÖRÜŞLERİ
SEMPOZYUM**

2. GÜN

7. Oturum

*Gelişim Kusuru, Yapı Malikinin Sorumluluğu
ve Çevre Zararlarından Doğan Sorumluluk*

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA

*AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
(Oturum Başkanı)*

Değerli katılımcılar, sempozyumumuzun son oturumuna hoş geldiniz. Çok verimli bir sempozyum, uygulamada çok sorunlu alanlar. Bu nedenle öncelikle Türkiye Barolar Birliği Başkanı nezdinde tüm Barolar Birliği çalışanlarına ve sempozyumun oluşmasında katkıda bulunan Sayın Av. Sema Uçakhan'a teşekkür ediyorum. Biliyorum çok zor sempozyum kongre düzenlemek. O nedenle böyle zor bir işi üstlendiği için kendisine teşekkür ediyorum.

Oturum başkanımız Sayın Sabiha Tekin olacaktı, ama acil bir işi olduğu için onun yerine oturum başkanlığını ben yürüteceğim. Aynı zamanda sunum da yapacağım. Aslında oturum başkanı olarak ilk sunumu almamam gerekiyor, ama programda ilk sunum bana ait. O nedenle hemen başlayacağım. Tabii oturum başkanı olunca, kimse uyaramayacak beni. Lütfen diğer konuşmacılar uyarılırsa memnun olurum.

Dünden beri çok önemli konular konuşuluyor bedensel zararlarla ilgili, ancak benim anlatacağım biraz geleneksel hukuka ve kabul edilmiş yerleşmiş içtihatlarla uymayan farklı bir konu. Bir defa çevreyle ilgili konularda henüz oturmuş yerleşmiş bir içtihat yok. Ancak ben iddia ediyorum ki, bundan sonra önümüzdeki yıllarda çevre kirliliğinden doğan bedensel zararlara ilişkin çok fazla dava açılacaktır.

Çevre kirliliği dediğimiz alan, çevre dediğimiz alan daha doğrusu o kadar kapsamlı bir alan ki, işte nükleer santralden tutun su kirliliği, hava kirliliği, diğer atıklar, toprak kirliliği, yediğimiz içtiğimiz her şey, GDO'lu ürünler, baz istasyonları, bütün bunlar bizim yaşamımızı aslında doğrudan ilgilendiren alanlar ve bundan sonra daha fazla açılacak bu davalar. Çünkü daha fazla bi-

linçlenme var ve üstelik mevzuat çok kapsamlı, çok geniş bir çevre mevzuatı var. Avrupa Birliği uyum sürecinde açılan fasıllardan biridir. Türkiye aday ülke olarak çevre mevzuatını uyumlaştırmaya başladı 2009'dan beri. Pek çok görev verildi, hem idareye hem kişilere şirketlere firmalara.

Bu nedenle insanlar da daha bilinçli artık. Yani yediğimiz içtiğimiz soluduğumuz her şey bizi çok yakından ilgilendiriyor ve bütün bunlar başta kanser olmak üzere pek çok ölümcül hastalığa neden olabiliyor. Ben zaten sözlerime daha fazla kanser oluyoruz, daha fazla diğer hastalıklara yakalanıyoruz. Özellikle yeni doğanlarda çok fazla farklı hastalıklar oluşuyor ve bunun nedeni de çevre kirliliğidir ve bu bilimsel raporlarla kanıtlanmıştır diye başladığımda daha etkili olabiliyor. Maalesef böyle.

Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri Hastalık Kontrol ve Korunma Merkezinin iki yılda bir yayımladığı rapora göre, 2014 yılında 59 çocuktan birinde otizm teşhisi konulmuşken, bu oran 2012 yılında 68 çocuk ve gelecekte de her doğan iki çocuktan birinin otistik olacağı söyleniyor. Ve otizm bozukluğunun bu kadar her geçen gün artmasının nedeni de, iki nedeni olduğu söyleniyor. Biri genetik, diğeri çevresel faktörler ve özellikle çevre kirliliği. Aslında genetik bozulmalar da çevre kirliliğinden kaynaklanmakta. Yani gelecek nesiller için denir ya hep çevreyle ilgili konular, gelecek nesillerimiz için de önemli, çok önemli bedensel zararlara neden olacak bir konudur çevre kirliliği ve bundan sonra hukukçular tarafından da çok fazla dava açılacağını düşünüyorum.

Benim bugünkü sunumum, aslında bir dava üzerinden, ama çevre kirliliğiyle ilgili olabilecek süreci, yani pek çok dava açılabilir bu konuda, bu sürece ilişkin neler yapılmış ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği bir karar incelemesine dayanıyor. Ama dediğim gibi bu konu, benzer nitelikteki tüm çevre kirliliğiyle ilgili sorunlara da uygulanabilecek bir konudur.

Beden bütünlüğü, kişilik hakkı, bedensel zarar nedir bunları geçiyorum, tedavi giderlerinin kapsamı. Çevre kirliliğine geliyorum. Çevre kirliliğinin ne demek olduğunu hepimiz biliyoruz, ama çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel de-

ğerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki deniyor. Daha önce söylediğim gibi, bizim ülkemizde maalesef gündemimizde çok fazla tartışılmıyor, ama yakından ilgilendiriyor. Şu anda içtiğiniz plastik bardaklardaki pet şişelerdeki su bile hayatımızı etkiliyor. Gerçi yaşam ömür uzadı, ama maalesef kanser gibi hastalıklar da gittikçe artıyor. Dediğim gibi otizm artıyor, otizmin en büyük nedeni de çevre kirliliği.

Su kirliliği sonucu oluşan bir bedensel zarar sonucu Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurudan bahsedeceğim. Bu su kirliliği de olabilir, hava kirliliği de olabilir, toprak kirliliği de olabilir. Baz istasyonlarından kaynaklanan kirlilik de olabilir ki, çok fazla başvuru var dava var, uyuşmazlık var radyasyon nedeniyle. Türkiye biliyorsunuz 80'li yılların sonlarında, 86 yılındaki Çernobil vakasından dolayı da en çok etkilenen ve bedensel zararı çok net biçimde yaşayan bir ülke. Karadeniz'deki kanser vakalarının artması, pek çok çocukta, benim öğrencilerim de vardı, kan kanseri başta olmak üzere ölümle sonuçlanan vakalar çok fazladır çevreden kaynaklanan bu zararlar nedeniyle.

Kısaca hemen nasıl bir dava süreci yaşandı ona bakmak istiyorum. Başvuru kanalizasyon sularının arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi nedeniyle, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin. Başvurucular Kars'tan. Bakın, Kars çok sanayisi gelişmiş, kirliliği çok fazla olan bir yer değil. Bunu düşünün, Kocaeli'nde, İzmit'te, İstanbul'da, İzmir'de, yani sanayinin kirliliğin çok fazla olduğu yerlerde pek çok başvuru olabilir. Örnek bir karar olduğu için bunu aldım bireysel başvuruya ilişkin, ama Kars'tan gelmiş bu talep ve pek çok yerde çok daha fazla kirliliğin...

Şimdi çevre kirliliği inanılmaz boyutta da, benim söylemek istediğim bedensel zarara neden olabilecek çevre kirliliği. Yoksa çevre kirliliği bugün dünyanın en fazla üzerinde tartıştığı konu, bizim gündemimizde yok. Bugün dünyanın, bakın yurtdışı haberlerine, en fazla konuşulan konu iklim değişikliğidir. Bizde yok, böyle bir gündem yok, bizim gündemimiz bambaşka. İklim değişikliğinin tarıma, hayvancılığa, ulaştırmaya, enerjiye, sanayiye, her türlü sektöre etkisi tartışılıyor. Tabii ki insan hayatı için çok

önemli. Eğer sonucunu düşünürsek, dünyada yaşam kalmayacak, bundan daha büyük bedensel zarar olur mu? Ve çok kısa bir süre sonra, yani 2070'li yıllarda çok önemli değişiklikler olacak, ama 2025 yılı milat olarak kabul ediliyor, geri dönüşü olmayan bir milat; eğer önlem tedbir alınmazsa geri dönüşü olmayacak deniyor.

Benim amacım zaten bunlara dikkat çekmek. Yani pek çok bedensel zarardan bahsediyoruz, ama yaşamı yok etmekteyiz, en büyük bedensel zarar bu. Hepimizin yaşamı ve gelecek kuşakların yaşamı yok ediliyor ve bunlara karşı da önlem almak zorundayız.

Evet, başvurucular Kars'ın Susuz ilçesi, Porsuklu Köyünde ikamet ediyorlar ve bu köyün yakınında da bir Susuz Çayı bulunmakta. Su kirliliğinin insan hayatına etkilerini kısaca bahsedeyim, ama pek çok hastalığa neden olmakta; hepatit, isal, kolera da bunların başında gelmekte, ama çevre kirliliği çok daha farklı alanlarda hayatımızı etkilemekte.

Su kirleticileri, aynı zamanda kanserojen de olmakta. Su kirliliğinin meydana gelmesinde en önemli faktörlerden birisi de, tarım alanlarında kullanılan zirai ilaçlar; önce toprağa, oradan da yer altı sularına ve ondan sonra da insanlara, yediğimiz içtiğimiz her şeyle bizim vücudumuza girmekte. Bugün yapılan araştırmalar göstermektedir ki, anne karnındaki ceninin veya yeni doğanın vücudunda 150 çeşit kimyasal bulunmakta. Çünkü anne bebek kordonuyla annenden çocuğa geçmekte bu kimyasallar.

Kars Valiliği Susuz Belediyesinin kanalizasyon sisteminde bir denetleme yapmış ve bunun sonucunda da düzenlenen raporda, ilçenin kanalizasyonunun herhangi bir arıtım yapılmaksızın akarsuya bağlandığı tespit edilmiştir. Maalesef büyük şehirlerimizin pek çoğunda böyledir, Ankara başta olmak üzere çeşme suyundan akan suyun içinde, özellikle yaz aylarında pek çok hastalığı neden olabilecek bakteri bulunmakta. Raporda diyor ki, kanalizasyon sisteminize ait iş termin planının ivedi olarak hazırlattırılarak, o zamanki Çevre Orman Bakanlığına sunulmak üzere valiliğimize ulaştırılması ve susuz çayında meydana gelen kirliliğin ortadan kaldırılması yönünde gerekli çalışmaların, zaman kaybına meydan vermeden başlatılması gerektiği.

Hemen belirteyim, 2006 yılında Çevre Kanununda çok kapsamlı bir değişiklik yapıldı ve tüm belediyelerin arıtma tesislerini kurması yönünde bir zorunluluk getirildi. Ama belediyelerin büyüklüğüne göre belli süreler öngörüldü. Bir genelge hazırladı Bakanlık ayrıca, su arıtma tesisine ilişkin iş termin planının hazırlanmasına ilişkin. Bunları hızlıca geçiyorum.

Başvurucuların da aralarında bulunduğu Porsuklu Köyü muhtarları azaları ve diğer bazı köylülerin imzasını taşıyan tutanakta, Porsuklu Köyü halkı olarak köyümüzün hayvan ve insanların istifa ettiği, sürekli tek su kaynağı olan Susuz Çayı, Susuz Belediyesi'nin kanalizasyonunun bağlanması ve kullanılmayacak derecede kirletilmiştir. Özellikle hayvanlarımız kirletilen bu suyu içmek zorundalar, çünkü başka su kaynağı mevcut değildir diyerek, sarılık ve ishal şikâyetlerine değinmişlerdir.

2002-2003-2004 yıllarında insan ve hayvan sağlığı açısından ishal ve sarılık hastalığı odağı olduğu ve bölgede bu iki hastalığı karşı aşılama çalışmasının yapıldığı belirtiliyor. Ve 2004 ilâ 2010 yıllara arasında toplamda 1240 erkekte ve 1111 kadında ishal vakasının ve diğer hastalıkların ortaya çıktığı belirtiliyor.

Dediğim gibi bu Kars en az kirliliğin olduğu illerimizden biridir burası. Çevre durum raporunda da Susuz ilçesinde atık su arıtma tesisinin yapılmadığı belirtiliyor. Başvurucu, köylerine düzenli içme suyu şebekesiyle temiz su verilmesi ve su kirliliğinin önlenmesi için valilikten talepte bulunuyor. Valilik başvuruca herhangi bir cevap vermiyor. Zımni ret sonucu belediye aleyhine bu işlemin iptali istemiyle Erzurum 2.İdare Mahkemesinde dava açıyor başvuruca. Mahkeme davanın kısmen kabulü ve su kirliliğinin derhal önlenerek gereken tedbirlerin alınması yönündeki talebin zımnen reddine ilişkin işlemin iptaline karar veriyor.

Kararın gerekçesinde, belediyenin kanalizasyon sistemini herhangi bir arıtmaya tabi tutmadan Susuz Çayına bağladığı tespitine yer veriliyor ve gerek insan sağlığı açısından, gerekse ilgili mevzuat hükümlerine göre su kirliliğinin önlenmesi hususunda belediyenin sorumlu olduğu vurgulanıyor. Mahkemeye göre belediyenin gereken önlemleri almaması ve oluşan kirliliğin kamu yararı lehine giderilmesi yönünden hareketsiz kalması ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır diyor ve karar temyiz edilmeksizin 2009 tarihinde kesinleşiyor.

Şimdi çevre kirliliğiyle ilgili tazminat davaları, özellikle bedensel zarara ilişkin davaların bazı sorunları var. Nedir bu sorunlar? Birincisi, bu çevre kirliliğiyle zarar arasındaki illiyet bağıını kurmak zor oluyor. Yani gerçekten o sudan dolayı mı, o topraktan dolayı mı, yenilen o besinlerden dolayı mı ya da o hava kirliliğinden dolayı mı ya da o baz istasyonundan dolayı mı böyle bir kanser ya da diğer hastalığın oluştuğunun tespiti çok zor ve de çok uzun, yani hemen ortaya çıkan bir zarar değil. Benim daha önceki sempozyumda, bedensel zararlarla ilgili sempozyumda sunduğum konu, radyoaktif atıklarla ilgiliydi, ama orada çok net bir şekilde radyoaktif atıkla uğraşan hurdacının uğradığı kanser vakası nedeniyledi. Ama dediğim gibi çok geniş alanları kapsayan bu tür uygulamalarda illiyet bağıını kurmak oldukça zor.

Bildiğim kadarıyla Yargıtay'ın baz istasyonlarıyla ilgili ilk kabul ettiği dava, bir Yargıtay çalışanının kanser olması sonucu Yargıtay'ın karşısındaki baz istasyonuna ilişkin karardır. Yanılıyor muyum bilmiyorum, doğrudan kanser oldum, baz istasyonunu kaldırım diye dava açılıyor ve ondan sonra baz istasyonlarına ilişkin uyumsuzluklar ardı ardına geliyor ve çok önemli kararlara imza atıyor Yargıtay. Bu nedenle önemlidir baz istasyonlarıyla ilgili kararları.

Bir diğer sorun, bu zararın ve tazminatın miktarının hemen belirlenememesinden kaynaklanıyor. Sonradan ortaya çıkan ve süregelen zararların nasıl tespit edileceği de belli değil. Yani kanser vakasının ne zaman ortaya çıkacağı belli değil, bu nedenle sorun yaşanıyor. Çok uzun vadeli olabiliyor. Bu konudaki Danıştay'ın, radyoaktif atıklarla ilgili önemli bir kararı ve benim diğer sempozyumdaki sunumumda orada çok geniş açıklamalara yer vermiştim.

Bu kararlar henüz yargı içtihatlarında yerleşmiş değil. Yavaş yavaş yerleşecek, ama şöyle bir durum var. Hem Avrupa Birliğinde, hem uluslararası sözleşmelerde çevreye ilişkin zararlar dolaşısıyla çok önemli gelişmeler var. Biz biraz gerisindeyiz bunların, ama yavaş yavaş geliyor. Hatta öyle şeyler belirlenecek ki, sadece bedensel zarar değil, bizim geleneksel hukukumuzda zaten maddi manevi zarar, maddi manevi tazminata ilişkin yerleşmiş kararlar var, ama çevre zararı dediğimizde, gerçek çevre zararı

nedir? O çevrede alıcı ortamda yaşayan diğer canlıların fiyatlandırılması, yani bedelinin tespiti artık söz konusu. Hava bedava su bedava değil, hava su içinde yaşayan canlılar, endemik bitkiler, hayvanlar, bunların neslinin sona erdirilmesi ihtimali, yani tehlike riski bile zarar olarak görüyor yeni çevre yaklaşımı. Çevre hukuku geleneksel hukuktan ayrılan çok dinamik yapıda bir hukuk dalı. Fiyatlandıracağını diyor, bu balığın fiyatı sadece balıkçı için değil, gelecek nesiller için nedir? Bunun değerini ederini belirleyeceksin diyor ve buna ilişkin biri kanun tasarımız hazır, Çevresel Sorumluluk Kanunu tasarısı. Taslağı daha doğrusu tasarısı değil. Bakanlık tarafından hazırlandı.

Evet, bu tür sorunlar nedeniyle karşılaşılabilecek bazı hususlara değineceğim. Hızlı gideceğim, kaç dakika var bilmiyorum. Ben de tutmadım, o zaman yeni başlatalım.

Ayrıca tam yargı davası açılıyor, bunu da söyleyeyim. Başvurucu oluşan su kirliliği nedeniyle uğradığı zararların tazmini ve idari yargı kararlarının uygulanması talebiyle belediyeye başvuruyor. Talebi zımnen reddedilince de, tam yargı davası açıyor. Başvurucu 50 bin TL maddi ve 50 bin TL manevi tazminat talebinde bulunuyor. Bir diğer başvurucu da, hepatit B hastalığına yakalandığından dolayı 50 bin TL manevi tazminat davasını açıyor. Davalar reddediliyor. Kararların gerekçesinde de, maddi tazminat istemi yönünden yapılan değerlendirmede, arıtma tesisine ilişkin iş termin planının belediyenin kanuni süresi içinde sunulduğunu ve arıtma tesisine ilişkin çalışmaların devam ettiği söyleniyor. Ayrıca başvurucunun olay nedeniyle somut bir zararının bulunduğunu ispatlayamadığı, biraz önce söylediğim illiyet bağı sorunu, ispatlayamadın diyor sen bu su kirliliğinden dolayı mı Hepatit B oldun. İşte sorun bu, nasıl ispatlanacak illiyet bağı sorunu. Bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez diyor mahkeme ve bu karar Danıştay 14.Dairesinin 2012 tarihli ilamıyla onaylanıyor. Bunun üzerine de başvurucular Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunuyorlar. Belediye tarafından köylerinin yakınında bulunan akarsuya bir arıtım yapılmaksızın kanalizasyon bağlandığını ve su kirliliği yüzünden köyde yaşayanların ishal, sarılık ve benzeri hastalıklara yakalandığını belirtiyorlar. Başvuruculara göre yaşadıkları yerde insan hayvan ve çevre sağlığı bu kirlilik nedeniyle tehlikeye girmiştir.

Başvurucular gereken tedbirlerin alınması için idareye yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine açtıkları iptal davasında, idare mahkemesince bu hususların tespit edilmesine rağmen, uğradıkları zararların tazmini açtıkları davanın haksız yere reddedildiğinden yakınıyorlar. Hatta başvurucular, insan onuruyla bağdaşmayan bu kirliliği işkence olarak gördüklerini, ayrıca yaşanan su kirliliğinin etki ve sonuçları nedeniyle sağlıklı yaşam haklarının ihlal edildiğini ileri sürüyorlar. Anayasa Mahkemesi tabii işkence den vermiyor ihlal gerekçesini, farklı bir maddeden veriyor.

Kısaca bahsedeceğim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde çevre hakkına ilişkin bir madde yok. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde birinci kuşak insan hakları yer almakta. 1950'lerde tabii ki çevre hakkı henüz çok belirgin kabul edilmiş bir hak değil. Daha sonra protokol hazırlığı vardı İnsan Hakları Sözleşmesine bir çevre hakkı eklenmesi yönünde, ama vazgeçildi bundan. Çünkü mahkeme, çevreye ilişkin bir hak olmamasına rağmen yaşam hakkından gidiyor, yaşam hakkı var tabii ki. Özel ve aile hayatına saygı hakkından gidiyor karar veriyor, ayrıca bazı kararlarında da mülkiyet hakkından bahsediyor.

Şöyle sözleşmede, herkes özel ve aile hayatına konutuna yazışmasına haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması gibi gerekli bir tedbiri olması durumunda söz konusu olabilir diyor.

Bir kararında mesela, başvuru evinin yakındaki bir mezarlığın yapılmasında, özel ve aile hayatına yeterince özen gösterilmediğinden bu madde dolayısıyla, 8.maddenin uygulanacağını kabul ediyor. Yine Türkiye'yle ilgili bir karar, hepinizin hatırlayacağı üzere Bergama'daki altın madeniyle ilgili çok sayıda başvuru gitti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine. Bergama altın madeni Euro gold diye bilirsiniz. Burada kanser vakaları artmıştı. Burada da, bu davalarda da yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aile ve özel hayatın korunmasına ilişkin 8.maddesi anlamında usule ilişkin elde ettikleri güvenceleri ortadan kaldırdığı sonucuna vararak karar vermiş idi.

Bizim anayasamızda özel hayatın gizliliğine ilişkin bir madde var. Bakın, bizim anayasamızda çevre hakkı var. Ama biliyorsunuz Anayasanın 148/3.maddesi bildiğim kadarıyla, herkes anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Yani bizim anayasamızda çevre hakkının olması yeterli değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kabul edilmiş olan bir hak olması lazım başvurabilmek için. Onun için çevre hakkından dolayı karar vermiyor. Çevre hakkından bahsediyor Anayasa Mahkemesinin pek çok kararı var ve Anayasa Mahkemesi bu konuda söylemek gerekir ki çok çevreci, başvuruların hemen hepsi kabul ediliyor. Çevre hakkı, özel hayatın korunması ve yaşam hakkından dolayı hak ihlali vardır diyor Anayasa Mahkemesi.

Ayrıca Anayasanın “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5.maddesine göre de, devletin temel amaç ve görevleri cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Devlete diyor, sen diyor maddi ve manevi varlığını gelişmesi için kişilerin gerekli şartları hazırlayacaksın.

Birinci kuşak insan hakları demiştik. Birinci kuşak insan hakları negatif statü haklarıdır. Yani devletin karışamayacağı alandır, ama devlet bu hak ve özgürlüklerin yaşayabilmesi, kullanılabilmesi için gerekli ortamı sağlamak zorundadır. Çevre hakkı üçüncü kuşak insan hakkıdır, ama dediğim gibi çevre hakkını bütün yaşam hakkıyla, aile hayatı özel hayatla birlikte ele almak gerektiğini söylüyor. Anayasanın 20.maddesinde düzenlendiğini ve Anayasanın 22.maddelerinde yer aldığını söylüyor.

Pek çok karar var bu konuda, bunları da bildirimde sunacağım. Ayrıca 17.maddeye değiniyor. Ortak koruma alanında yer alması gerekiyor. Yani hem anayasada, hem dediğim gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde. Maddi ve manevi varlığın koruma ve geliştirilmesi hakkı bağlamında bireysel başvuru yapılabilir diyor Anayasa Mahkemesi.

Özel hayatın korunması kapsamında kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar, bu hakkın kapsamına dahildir diyor Anayasa Mahkemesi ve fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlardan biri de, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır diyor. İşte burada bizim kendi anayasamızda yer alan 56.maddeye, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına atıfta bulunuyor Anayasa Mahkemesi. Ancak diyor, anayasanın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer aldığından dolayı, doğrudan bu haktan dolayı bireysel başvuruyu değil, anayasanın diğer biraz önce söylediğim 20.maddesi dolayısıyla kabul ediyorum diyor, hem de yaşam hakkına atıfta bulunarak.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, çevresel meselelerin usul boyutu bağlamında çevresel bilgi edinme hakkı, çevresel karar alma süreçlerine katılım hakkı ve çevresel konularda yargısal yollara başvurma hakkı şeklindeki usuli haklara atıfta bulunuyor. Arus sözleşmesi denilen bir uluslararası sözleşme var, bunu doğrudan uyguluyor. Doğrudan derken, atıfta bulunarak uyguluyor Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Biz henüz taraf değiliz, ama önemli bir uluslararası sözleşme çevreyle ilgili.

Çevresel meseleler bağlamında değerlendirilmesi gereken temel husus, bu yukarıda bahsedilen temel prensipler ışığında kamusal makamların başvuruçunun kamu yararı için söz konusu yüke katlanmasının haklılığını ortaya koyabilecek argümanlara, yani raporlara belgelere sahip olmasıdır. Anayasa Mahkemesi diyor ki, devletin bu alandaki yükümlülüğü pozitif bir yükümlülük, takdir yetkisi var. Ben zaten buna bakmıyorum, hangi yükümlülüğü var buna bakıyor, ama takdir yetkisi vardır diyor, ama ben sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı açısından güvenilir bir zemin oluşturuldu mu buna bakılmasını istiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında da, inceleme konusu çevresel etkinin 8.maddede yer alan güvenceleri etkin hale getirebilmesi için aranan ağırlık eşliğinin tespitinde genel olarak başvuruçudan söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut veriler sunması bekleniyor. Somut verilerden kasıt da, illiyet bağının sunulmasıdır daha önce söylediğim gibi.

Biraz vakit geçti, hemen sonuca geldim. Dolayısıyla tam yargı davası süreci devam ederken diyor Anayasa Mahkemesi, iş termin planında öngörülen sürenin dolduğu ve şikâyet edilen çevresel rahatsızlığın giderilmemiş olduğu dikkate alındığında, salt arıtma tesisinin ileride yapılacak olması anayasal hakları ihlal edildiği tespit edilen başvuruçuların meydana gelmiş ve devam eden manevi zararlarının giderilmesi bakımından yeterli görülmez dedi ve ihlal kararı verdi Anayasa Mahkemesi.

Hepinize çok teşekkür ediyorum. Çok geniş kapsamlı bir konu, dinlediğiniz için teşekkürler.

İkinci konuşmacımız, Sayın Mustafa Çakmak, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Üyesi. Buyurun Hâkim Bey.

Teşekkür ediyorum Sayın Hocama, Başkanımıza. Sempozyumun bu ikinci gününde, son gününde son oturumda konuşmanın sıkıntısını çok iyi biliyorum arkadaşlar, mümkün olduğu kadar kısaca konuya ana başlıklarıyla, bize biraz daha faydalı olabileceğini düşündüğüm birkaç başlık altında özetlemeye çalışacağım.

Bana verilen sunum konum, gelişim kusuru sebebiyle sorumluluk. Bu kavram doğrusu bize biraz yabancı bir kavram. Yasamızda böyle bir nitelendirme ya da tanım yok. Yani gelişim kusuru nedir veya gelişim kusuru ne anlama gelir şeklinde. Doktrinde buna gelişim riski, gelişim ayıbı veya bilinmeyen ayıp şeklinde tanımlar da yapılıyor. Ne anlama geldiğini, doktrindeki kabul gören tanımı yapmak istiyorum. Gelişim kusurundan kastedilen şu: Malın üretildiği veya piyasaya sürüldüğü anda mevcut bilimsel veya teknolojik bilgilere göre bilinmesine imkân olmayan, ama varlığı sonradan kullanım veya işte bilimsel gelişmelerle anlaşılan ayıplar kastediliyor.

Şimdi hukukumuzda veya yargı kararlarımızda doğrusu böyle bir karara rastlayamadım. Ben birazdan yargısal uygulamalara da geçeceğim. Şimdi bu ne anlama geliyor, neden bilinmemekte? Birkaç örnek vermek istiyorum başta. Şimdi mal üretildiği anda aslında gerçekte ayıplı, ancak bunu bilimsel verilerle tespit edemiyoruz. Yabancı mahkeme kararlarına yansıyan, zannedersem Almanya mahkemesinin kararlarını derledim. İlk sırada bir kolesterol ilacı uzun süre kullanıldıktan sonra katarakt yapıyor. Aradan yıllar geçmiş, 10 sene 20 sene neyse işte. Veya bir başka yine isimlendirmek istemiyorum, Y adlı bir ilaç hamile kadınların bebekleri üzerinde olumsuz etkiler yapmış ve sonuçta bayağı ağır sonuçlar ortaya çıkmış ve sair. GDO'lu bir ürün uzun süre kullanıldı ve bir müddet sonra kanser yaptık. Tabii biz bu GDKO'lu

ürünün kanser yapıp yapmayacağını o aşamada bilme imkânımız yok, bilimsel verilere göre tespit edemiyoruz, herhangi bir ürün.

Şimdi bunun adı yabancı literatürde tabii ki var, bizde şu anda henüz yerleşmiş bir kavram değil, ama benzeşen olaylarla ilgili olarak Yargıtay'ın uygulamalarından birkaç tane örnek belirledim, onları sunacağım.

Bir de bu gelişim kusurunun ne olmadığını arz etmek istiyorum. Gelişen teknolojiye uymayan bir aracı düşünün, 1950-60'lı yıllarda yapılmış. Bu aracın fren sistemi bugünkü gibi değil veya hava yastıkları bugünkü gibi... Hava yastığı yok daha doğrusu. Şimdi yeni bir araç icat edildi 2019 model araçta bunların tamamı var ve iki araç arasında kazanın yapılması veya kazanın oluşması veya kazada yaralananın ölüm derecesi, tabii ki takdir ederseniz çok farklı. İşte bu ikinci durum, yani gelişen teknolojinin ürünü olan aracın kusuru bir gelişim kusuru değil, bu başka bir şey, malın güvenilirliğiyle ilgili bir husus.

Bunu kısaca arz ettikten sonra, gelişim kusuru nedeniyle imalatçı ya da üreticinin sorumluluğunun yasal boyutuna gelmeye çalışacağım. Öncelikle yabancı hukukta, kendi hukukumuzda geçmeden önce çok kısa geçeceğim. Çünkü asıl düzenleme yabancı hukukta yapılmış. Yabancı hukukta esasen 85 yılına kadar Avrupa'da, her ülke kendi iç hukukuna göre sorumluluk hukukuna göre bir düzenleme yapmış. 85 yılında 85/374 sayılı bir Avrupa Birliği Konsey direktifi yayınlanmış. demiş ki, üye ülkelerin hepsinde bundan sonra üreticinin sorumluluğu objektif esaslara göre düzenlenecek, kendi iç hukukunuzu da buna göre yapacaksınız demiş.

Bildiğim kadarıyla şu ana kadar bunu tam olarak gerçekleştiren Finlandiya var, Norveç var, Almanya'da da eskiden beri kendi özel ilaç yasalarının olduğu bilinmekte. O konu çok eskiden beri, bu objektif sorumluluk esasına göre çözümlenmiş.

Şimdi gelelim bizim hukukumuzda. Şimdi doğrusu gelişim kusuru ayıbı, işte riski, biraz önce arz ettim ifadeleri. Böyle bir ayır açık bir düzenlememiz yok. Yani literatürümüzde gelişim kusuru, gelişim riski, gelişim ayıbı, bilinmeyen ayıp kavram olarak yerleşmiş değil. Doktrinde tartışılıyor. Yargı kararlarımızda da rastlayamadım.

Şimdi konuya en yakın düzenlemeleri ben arz etmeye çalışacağım kısaca. Mülga 4077 sayılı biliyorsunuz Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun var. Daha sonra 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girdi. 11.maddesinde şöyle bir hüküm var. Diyor ki, malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda, tüketicinin seçimlik haklarıyla birlikte ayrıca satıcı veya üreticinin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca tazminat talep edebilir. Şimdi bu tazminatın bu sorumluluğun esasının ne olduğu anlaşılıyor. Yani bu bir kusursuz sorumluluk mu, sebep sorumluluğu mudur, kusursuz sorumluluk mudur ve sair neyse. Anlaşılmamaktadır ve bu ayıbın da bir gelişim ayıbı olduğu anlaşılmamakta. Gizli ayıplı biliyoruz, açık ayıplı biliyoruz, ama bu başka bir ayıp, bildiğimiz açık veya gizli ayıptan farklı bir kavram.

Şimdi esas düzenleme ne? Bir yönetmeliğimiz var 2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, 13.06.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, ayıplı malın neden olduğu zararlarda sorumluluk yönetmeliği. Bu yönetmeliğimizin 6.maddesini okumayacağım, sadece o ilgili şeyi okumak istiyorum, çünkü esas düzenleme bu maddede. Diyor ki madde, ayıplı bir malın bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, üretici doğan zararı kusur aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür. Yani bu yönetmelik hükmüne bakarsak, gerçekte bir olan sebep sorumluluğu var. Yani sebep sorumluluğu, daha doğrusu kusursuz sorumluluk var. Ama devam ediyor, şartlarını kurtuluş beyyinesi şeklinde bir de düzenleme getirmiş son maddesinde.

Ben maddeyi okumak istemiyorum, mealen söylüyorum. Diyor ki, 10 yıl içerisinde ayıp ortaya çıkarsa ve üretici de bu süre içerisinde gerekli çabaya harcamazsa, ben bunu kusursuz sorumluluk olarak kabul ederim. Kusursuz sorumluluğuna giderim diyor.

Şimdi konu güzel, yönetmelik gayet açık objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu, yalnız yasada böyle bir şey yok, yönetmelik düzenlemiş bunu. Şimdi yönetmeliğin kanununun düzenlediği bir hususta, hele hele objektif sorumluluk gibi kanunda açık düzenlenmesi gereken bir hususta yönetmelikle düzenleme yapılabilir mi veya bununla yargıçlarımız mahkemelerimiz karar verebilir mi?

Şimdi birincisi, Anayasamızın 124.maddesi bilindiği üzere kanuna aykırı bir defa yönetmelik olamaz diyor açık. Kanuni bir düzenleme yok, kusursuz sorumluluğa ilişkin bir düzenleme yok. Kendiliğinden yönetmelikle, yani Bakanlığın idari işleriyle ilgili düzenlemeleriyle biz kalkıp hüküm verebilir miyiz mahkemeler olarak? Veremeyeceğimizi düşünüyorum.

Şimdi bir de esasen bu yönetmelik 4077, yani mülga kanunda, 4.maddesine istinaden çıkmış. Kanun şu anda yürürlükte değil. Bunun yürürlükte olup olmadığı tartışılmış doktrinde, 6052 sayılı Yasada son geçici bir maddesi var, orada önceki 4077'e göre çıkarılan yönetmeliklerin bu kanuna aykırı olmayanların da halen yürürlükte olduğu kabul edilmiş, böyle bir hüküm de var.

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme, 4703 sayılı bir Yasa var, yani konuya benzeşen veya konuyla ilgili olan; kanunun adı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanması. Şimdi bu kanun doktrinde bazen şöyle diyor. Esasen bu da üreticinin sorumluluğunun objektif olduğuna ilişkin bir kanundur şeklinde yorumlar var. Şimdi kanunun 5.maddesi aslında açık. Yasanın 5.maddesinin 4.fıkrasında, tamamen ürünün güvenilirliğiyle ilgili, zaten yasanın amacı da bu, güvenilirliğini sağlamak, yoksa objektif sorumlulukla ilgili herhangi bir hüküm yok.

Şimdi bir diğer konu -kısaca geçiyorum arkadaşlar- tehlike sorumluları biliyorsunuz hukukumuzda, sorumluluk hukukumuzun en esaslı sorumluluk türlerinden bir tanesi de tehlike sorumluluğu.

Şimdi tehlike sorumluluğu 6098 sayılı Yasadan evvel genel bir düzenleme yoktu yasalarımızda biliyorsunuz, özel kanunlarımız vardı. İşte biraz evvelki oturumda da 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası gereğince işletenin sorumluluğu gibi özel kanunlarla ve çok sınırlı, diğer ülkelerde olduğu gibi değil bizde çok sınırlı.

Şimdi 6098 sayılı Kanunla bu bir genel düzenleme biliyorsunuz getirildi. Yalnız bu genel düzenlemede de şöyle bir ifade var 71.maddesinde; önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsil sorumlu. İşletme olması gerekiyor, bunun dışında bizim tehlike sorumluluğu olarak Borçlar Yasamızda da,

6098 sayılı Kanunumuzda başkaca bir hüküm yok. Özel hükümleri var, ama tabii ki bu konuyu kapsayacak herhangi bir düzenlememiz yok.

Şimdi doktrin bunu tartışmış, böyle bir sorumluluğa gidilebilir mi, tehlike sorumluluğu olabilir mi diye tartışmışlar şöyle bir sonuca varılmış. Şöyle düşünüyor, doktrin diyor ki, sorumluluğun sınırları belli ise, risk belliyse, işletme bunu kabul etmişse ve saire bunların hepsi bir araya gelmişse neden olmasın demıştır. Ama ben tehlike sorumluluğu içerisinde bunun düşünülmesinin mümkün olmadığını düşünüyorum. Çünkü tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluk kanunda açık ve seçik olarak düzenlenmek zorundadır. Bizde esas olan kusur sorumluluğudur. Kusurun olmadığı yerde biz sorumluluğu yasa düzenlenmemişse, asla ve asla kabul etmiyoruz.

Şimdi bu genel, biraz da teorik açıklamalardan sonra, Yargıtay konuya nasıl bakıyor? Arkadaşlar, biraz evvel de arz ettim, şimdi Yargıtay'ın kararlarında gelişim kusuru, gelişim ayıbı, gelişim riski, böyle bir tanım yok, böyle bir karar da yok. Uyuşmazlıklar önümüze geldiğinde, daha doğrusu bugüne kadarki uygulamalarda, ayıplı mal sebebiyle üreticinin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş, daha evvel 818 sayılı Yasamız yürürlükteyken 41 ve devamı maddelerinde, 6098 sayılı Kanun da yürürlüğe girince 49 yine aynı şekilde. Yani haksız fiil nedeniyle kusur sorumluluğu esaslarına göre sorun çözümlenmiş. Üreticinin objektif ya da kusursuz sorumluluğu yönünde verilmiş bir karara rastlayamadım.

Bir kısım eski kararlarda, bu doktrinde de olumlu bahsedilen bir karar olmuş. Diyor ki bir eski kararda, 95 tarihli 4.Hukuk Dairemizin, halen görev yaptığım dairemizin 95 tarihli bir kararında şöyle demiş. Demiştir ki, olayı önce arz edeyim. Bir tüp gaz patlaması sonucunda bir ölüm meydana gelmiş. İmalatçı aleyhinde dava açılmış, destek tazminatı talebiyle bir dava açılmış. İlk derece mahkemesi davalının kusuru bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiş. Dairemize gelmiş temyiz, dairemiz demiştir ki, imalatçının sorumluluğu Borçlar Kanununun genel ilkesi uyarınca kusur sorumluluğu. Zararın imal edilen şeyin kullanımından kaynaklanmadığının imalatçının kanıtlanması gerekirdi gerekçe-

siyle bozmuş. Yani ispat yükümlülüğünü ters çevirerek, biraz olsun olayı yumuşatmaya çalışmış. Kusursuz sorumluluk istiyoruz, ama yasa buna imkân vermiyor. Bu nedenle bunu yumuşatmışız, 95 tarihli bir karar.

Daha sonra da, biraz daha yakın tarihlere gelelim. 2003 tarihli kararlara baktık, yine aynı şekilde üreticinin imalatçının sorumluluğunu kusur sorumluluğu esasına göre çözümlenmiş. Yani kusursuz sorumluluğa ilişkin bir karara rastlayamıyoruz. Devam yine benzeşen... Bunlar tabii ki tam gelişim kusuru riski içinde kabul edilecek olaylar değil, ancak benzeşen olaylar olması itibarıyla örnek veriyorum.

Mesela 2009 tarihli kararlarda, bu en çok sık rastlanan buzdolabı televizyon gibi elektrikli aletlerin, bu elektrik aksamındaki arıza sebebiyle yangınların çıkması durumunda eşya zararı. Üretici firmalara karşı davalar açılıyor. Burada da aynı şekilde imalatçının sorumluluğu haksız fiil hükümlerine göre çözümlenmiş. Daha sonra 2012 yılında bu tür uyuşmazlıklar 13.Hukuk Dairesinin görev alanına girince, 13.Hukuk Dairesinin bu tür uyuşmazlıklara temyizen baktığı dosyalara genel anlamda baktığımızda, 2008-2009-2015-2016 vesaire tüm kararlarında benzer olaylarda Tüketici Yasası kapsamında kabul etmiş ve buna göre ayıplı mal nedeniyle davalı üreticinin sorumluluğuna gidilmiş. Yani objektif sorumluluk, sebep sorumluluğu vesaire bir şeye gidilmemiş.

Bir tek son bir karar, biraz kısmen daha yakın tarihli, 2014 tarihli bir karar 13.Hukuk Dairesinin. Bunda davalı ilaç üreticisi firma aleyhine ilacın yan etkisi sebebiyle bir sağlık problemi oluşmuş. Bu nedenle firmaya karşı açılan davada ilk derece mahkemesi kusur bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiş. Temyizen 13.Hukuk Dairesine gelince, 13.Hukuk Dairesi bir bozma kararı değil, ama mahkemenin bu kusur bulunmadığı şeklindeki gerekçesine katılarak kararı onamış.

Şimdi sonuç itibarıyla üreticinin sorumluluğu ya da hizmet kusuru, hizmet ayıbı, gelişim kusuru, gelişim ayıbı ya da gelişim riski şeklindeki bir tanımlama bizim hukuk sistemimizde yok. Üreticinin bu nedenle sorumlu olduğuna dair bir kararımız yok. Konu 818, 6098 sayılı Kanun kapsamında, yani haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmekte.

Şimdi bunun sıkıntısı da şu, kusur sorumluluğunun zorluğunu biliyoruz, kusuru ispat etmenin güçlüğü biliyoruz. Hele hele üretimin makineleştiği, seri üretimin yapıldığı bu sistemde GDO'lu bir ürünün veya bir ilacın yan etkileri olan bir ilacın 20 yıl sonra 10 yıl sonra zararlar sonuçlarının kusura dayalı olarak ispatı mümkün mü? Bunu nasıl sağlayabiliriz? Kanseri yaptı, 20 yıl evvel kullandığım şu ürün bende kanser yaptı ya da bende şöyle bir yan etki oluşturdu gibi. Bunun ispatı mümkün değil. Bu nedenle aslında yabancı hukuk bunu çok evvel çözmüş, kusursuz sorumluluğa, yani gelişim kusuru kavramını veya benzeren tadilleri kabul etmiş. Biraz evvel de arz ettiğim gibi, Avrupa Birliği direktifiyle bu husus kabul edilmiş. Bizim biraz evvel arz ettiğim okuduğum yönetmeliğin bu maddesi de, 6.maddesi de aynen alınmış aslında, tercümeden ibaret. Yani Avrupa Birliği direktifindeki aynısını aslında bir tercüme ederek yönetmelik olarak düzenlemişiz. Ama bir yasal, kanuni bir düzenlememiz yok.

O nedenle ben bunu bir yasal düzenlemeye bağlanması gerektiğini düşünüyorum. Üreticinin sorumluluğunun, yani gelişim kusurunun, gelişimin ayıbının ya da bilinmeyen kusurun kavramının yerleşmesini, yasal bir statüye kavuşturulmasının son derece yararlı olduğunu düşünüyorum.

Konuyu ben çok fazla uzatmak istemiyorum, zamanınızı da almak istemiyorum son oturumda. Hepinize teşekkür ediyorum sabrınız için. (Alkışlar)

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Çok teşekkürler, zamanı çok çok uygun kullandığınız için. Aslında sizin anlattığınız konular benimkiyle de örtüşüyor. Aynı şekilde ispat sorunu, nasıl ispat edilecek? Kanseri olduğunu nasıl ispat edecek? Gerçekten o üründen mi veya o çevre kirliliğinden mi kaynaklanıyor bu hastalık? Bunun tespiti çok zor, ama gelecekte bu tür davaların artacağı yönünde şimdiden sinyaller var.

Tekrar çok teşekkür ediyorum. Üçüncü konuşmacımız Sayın Filiz Pınarcı, Yargıtay 3.Hukuk Dairesi Üyesi. Buyurun.

Filiz PINARCI

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Cumartesi günü, günün bu saatinde bizi burada dinleyen tüm dinleyicilerimize teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Benim konum, yapı eseri malikinin sorumluluğu. Türk Borçlar Kanununun 69.maddesinde, yapı malikinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre yapı maliki veya diğer inşa eseri maliki, bu binanın veya yapı eserinin yapılması sırasındaki bozukluktan veya bunun daha sonraki muhafazası sırasındaki bakım noksanlığından dolayı üçüncü şahıslara verilen zarardan sorumludur. Bu sorumluluk ne kusur sorumluluğudur, ne de tehlike sorumluluğudur. Bu bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bunun için, yapı malikinin veya yardımcılarının kusurlu olmasına gerek yoktur. Hatta yapı malikinin fiil ehliyetine, daha doğrusu ayırt etme gücüne sahip olması bile önemli değildir bu sorumluluğa gidilebilmesi için.

Yapı maliki eserin yapım ve bakımından gösterdiği özensizliğe kusur derecesine ulaşmasa bile, yapı bozukluk ve noksanlıklarından meydana gelen zararlardan sorumludur. Bununla birlikte, yapı malikinin sorumluluğu kusura da dayanabilir. Fakat kusurunun olmuş olması, kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, ona ek bir sorumluluk getirir. Eğer zarara uğrayanın da bir kusuru varsa, bu onu nötralize eder şeklinde uygulamada düzenlenmektedir.

Dairemizden örnekler vererek gitmek istiyorum konuyu bu şekilde ana hatlarıyla açıkladıktan sonra. 2015 tarihli bir kararımızda, olay tarihinde 17 yaşında ve kısıtlı olan davacı Mehmet Nuri'nin tuvalet ihtiyacını gidermek için davalı Aydem Şirketine ait trafo binasına girmesi ve ağır şekilde yaralanması nedeniyle maddi manevi tazminat davası açılmıştır. Mahkemece olayın meydana gelmesinde davacıyla birlikte ferî müdahil limitet şirke-

tinin kusurlu olduğundan bahisle, davalı Aydem elektrik şirketi hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir.

İnsanların ve canlıların yaşaması için tehdit oluşturan bu tür tesislerin bakım ve korunmasında, tesisin yerleşim yeri üzerinde bulunduğu düşünüldüğünde, normalin üzerinde bir özen borcu bulunduğu sonucuna varılır. Davalı şirket tarafından bu tesisler cana mala herhangi bir zarar vermeyecek ve tehlike oluşturmayacak şekilde yapılmalı. Herhangi bir kimsenin dikkatsizlikle de olsa yaklaşabileceği uzaklıktaki tesisleri dokunulmasını olanaksız kılmalı, gerekli önlemleri almalı. Yerleşim yeri dışındakilere oranla çok daha kısa aralıklarla kontrollerini yapmalıdır. Davalının bu denetimleri yaparak tesise ve içindeki gerilim altındaki yerlere girilmesini önleyecek önlemleri almadığından, meydana gelen zarardan sorumlu olduğundan bahisle karar bozulmuştur.

Şimdi malikin kusurlu olması halinde zarar gören, onun aleyhine Borçlar Kanununun 49.maddesine göre değil 69.maddesine göre dava açmak zorundadır. Zira 69.madde 49'a göre çok daha özel bir madde durumundadır. Normların yarışması kuralı uygulanmaz. Yine buna ait bir örnek verdiğimde, davalıya ait işyerlerinin kozmetik alanında faaliyet gösteren dava dışı firmaya kiralanmış olup, kiracı emtia ve demirbaşları kapsar şekilde davacıya sigorta ettirmiştir. Yangın sonucu oluşan hasar nedeniyle, davacı kiracıya ödenen tazminatın rücuen malikten tahsiline ilişkin davada davacı, davalının hangi hukuki nedene dayalı olarak açıldığını açıklamamış ise de, olayları anlatmak taraflara, hukuki tavsiyini yapmak mahkemeye aittir. Buna göre Borçlar Kanununun 58.maddesine göre sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Anılan hükme göre bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazasındaki kusurundan sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk kusur esasına dayanmayan objektif sorumluluk niteliğinde olup, bina veya imal olunan şeydeki bozukluğun veya eksikliğin malikten kaynaklanmasına gerek yoktur şeklinde bozulmuştur.

Yine bir başka kararımızda, dava yangın nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. 17.02.2000 tarihli yangın zabıt varakasında, davalının evindeki mangaldan düşen ateş parçasının yangına neden olduğu tespit edilmiştir. Aynı tarihli diğer yangın tutanağın-

da ise, tahminen elektrik tesisatından kaynaklandığı tespiti yazılıdır. Davalı ceza hâkimi huzurunda yaptığı savunmasında, sobaya çalı çırpı atıp komşuya geçtiğini, yaşlılığı nedeniyle sobayı yakıp yakmadığını hatırlamadığını, yangının kendi evinden çıktığını söylemiştir. Yangının çıkış nedeni davalının evidir. Yangının çıkış nedeni belirlenemediğinden ret doğru değildir. Yangının çıkış nedeni, davalının ya kiracı olarak Borçlar Kanunu eski 41 şimdi 49.madde hükümlerine göre dayalı, binanın iç tesisatının kullanımına ilişkin kusur sorumluluğu ya da aynı kanununun 58.madde hükmüne göre bina maliki olarak kusursuz sorumlu olacağından, bu hususun tespitiyle sonuca gidilmesi gerekir şeklinde karar bozulmuştur.

Yine zarara sebep olan yapı bozukluğu ve ya bakım noksanlığı, insan davranışı dışında umulmayan bir hal veya üçüncü kişinin bir davranışıyla dayansa bile malik sorumlu olur. Yine buna örnek yakın zamanda çıkan bir karar, dairemizden çıkan bir bozma karara. Dava, davacıların oğlunun eve döndüğü sırada davalı şirkete ait olup, yere devrilen elektrik direğinin üstünden geçmek istediği sırada elektrik akımına kapılarak ağır yaralanması nedeniyle maddi manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davalı şirkete atfedilebilecek kusur olmadığı, enerji nakil hattı bakımının yapıldığı, üçüncü kişilerin fiilleriyle zararın doğduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bir gün önce köyde nevrüz kutlamaları nedeniyle ateş yakıldığı, ağaç direğin yana yattığı ve yere yakınlaşması nedeniyle elektrik tellerinin yere değdiği sabit ise de, 35 bin kilovatlık yük taşıyan orta gerilim hattının ağaç direk üzerinden taşınmasının tehlike yarattığı, bu durumun yaralanma olayının meydana gelmesinde katkıda bulunduğu kabul edilerek, davalının yükümlü olacağı tazminatı miktarında göz önünde tutulacağı, malikin bir şeyin tam yapılması veya muhafazasındaki kusurdan mesul olacağı, üçüncü kişinin eyleminin bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Yapım bozukluğu veya bakım noksanlığı bir anlamda özen veya gözetim ödevinin ihlaliyle ilgili bulunmakla birlikte, burada Türk Borçlar Kanunundaki 66, 67 ve Medeni Kanununun 369.maddesinin aksine, yapı malikine bir kurtulma kanıtı tanınmamıştır.

Bu nedenle zarar yapım bozukluğu veya bakım noksanlığından ileri gelmekteyse, zararın meydana gelmemesi için eserin yapım ve bakımı için durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu ispat etse bile, sorumluluktan kurtulamaz. Kanun koyucu burada yapı malikine kurtuluş kanıtı getirme imkânını tanımamakla, ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu öngörmüştür.

Bazı yazarlar yapı eseri malikinin sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmektedirler de, bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Bir atom reaktörü gibi tehlike arz eden bir sorumluluk durumu yoktur. Yapı eseri malikinin sorumluluğunun sebep sorumluluğu olarak ağırlaştırılmasının sebebi, menfaat nimet külfet ilişkisi, hakkaniyet fikrine dayanmaktadır. Yapı veya binadan yararlanan bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Ayrıca yapı maliki zarar görene göre daha güçlü bir durumdadır.

Yine bir örnek verirsek, davacı sigorta şirketi davalı İSKİ'nin çevrede yaptığı çalışmalar sırasında bina pis su giderinden geri tepen suların işyerine sirayet etmesi nedeniyle hasarın tazmin edildiğini ve rücuen tahsilini istemiştir. Mahkemece, davacının sigortalısı olan işyeri malikinin hasarın doğduğu binanın onaylı projesine aykırı olarak bodrum ve kömürlük olarak düzenlediği, kullanma alanına dahil ettiği, aşırı yağış nedeniyle olayın meydana gelmesinde davacı sigortalısının ağır kusuru olduğundan bahisle İSKİ aleyhine açılan davanın reddine karar vermiştir.

Emsal uyuşmazlıklarda projeye aykırı davranış, ancak müteferik kusur teşkil edeceği kabul edilmiştir. Borçlar Kanununun 58.maddesindeki sorumluluk, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk halidir. Bu sorumlulukta zarar gören malikin kusurunun kanıtlamak zorunda değildir. Yapı maliki uygun illiyet bağının kesildiğini kanıtlamak zorundadır. Davalıya ait atık su kanalizasyon borusu imal olunan şeyler kapsamındadır. Malik, kötü yapılan ve muhafazasından kaynaklanan zarardan sorumludur gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Bu sorumluluğun şartları, biliyorsunuz genel klasik haksız fiil sorumluluklarında olduğu gibi, genel şartlardan olarak zarar uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılıktır. Zarar, gerçekleşen zarar şeye veya şahsa ilişkin maddi zarar olabileceği gibi, vücut bütün-

lüğünün ihlali, adam ölümünden doğan zarar da olabilir. Maddi veya manevi zarardan sorumluluk, yapı malikinin veya yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmez.

Uygun illiyet bağı gerçekleşen zararlar, yapı eserindeki bozukluk veya beden eksikliği arasında illiyet bağı olmalıdır. Zarar üçüncü kişinin kusuru, illiyet bağını kesmeyecek yoğunluktaki bir umulmayan halden meydana gelmişse, malik sorumluluktan kurtulmaz. İlliyet bağını kesen yoğunlukta üçüncü şahsın kusuru mücbir sebeple malik sorumlu olmaz.

Şimdi buna ilişkin bir kararda, bizim dairemize çok sıklıkla gelen Modern Çarşı yangınıyla ilgili açılan davalar. Biliyorsunuz Ulus'taki modern çarşıda çıkan yangınla pek çok dükkan yanmış ve çok zarar görmüştür buradaki dükkan sahipleri ve hem il özel idaresi aleyhine, hem belediye aleyhine, hem de yangının çıktığı dükkan sahibi aleyhine davalar açılmıştır.

Burada Modern Çarşı yangınıyla ilgili açılan davada, il özel idaresine ait olan taşınmazda, dava dışı bir kiracının elektriklerin kesilmesi üzerine jeneratörün deposunda bulunan benzinin aniden alev alması sonucunda yangının başladığı ve Modern Çarşının yandığı. Davalı idarenin Borçlar Kanununun 58.maddesi uyarınca kusursuz sorumluluğunun bulunduğu, ancak dava dışı kiracının eylemiyle yangının çıkması karşısında zararlar inşa veya bakım noksanı arasında illiyet bağı kesildiği, ayrıca davaya konu taşınmazın bulunduğu yerde elektriklerin kesilmiş olmasıyla, yangın arasında da illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay'ca karar, yanıcı maddelerin satıldığı dükkânların da bulunduğu böylesine büyük bir iş merkezine günün teknolojisine uygun olarak merkezi jeneratör yedekleme sistemi ve yangın çıkması halinde devreye giren otomatik yangın kesici tertibatını kurmayan davalı malikin meydana gelen zararda, Borçlar Kanununun 58.maddesi uyarınca sorumluluğu bulunmakta olup, dava dışı kiracının eylemi bu sorumluluğu ortadan kaldıracak nitelikte değildir gerekçesiyle bozmuştur.

Direnme üzerine dosya Hukuk Genel Kuruluna gelmiştir. İlliyet bağı üçüncü kişinin eylemiyle kesilmesinde asıl kural illiyet bağı varlığıdır ve bu bağı kesildiğini davalı il özel idaresi ka-

nıtlamak zorundadır. Hâkim illiyet bağının kesilip kesilmediğini değerlendirirken, uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını değerlendirmeli ve üçüncü kişinin fiilinin illiyet bağını kestiğini çok dar yorumlamalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hayatın olağan akışına ve binanın tahsis amacına göre meydana gelen zararın, davalı bina maliki tarafından öngörülüp öngörülemeyeceği ve zararın önlenmesi için gerekli güvenlik ve emniyet tedbirlerini alıp almadığıdır.

Yangının meydana geldiği iş merkezi, 200 dükkân için projelendirilmişken, ortak kullanım alanlarının kapatılmak suretiyle 230 dükkân haline getirildiği, sadece bina içerisinde mobil jeneratör kullanılmaması ve koridorlara eşya bırakılmaması şeklinde tabelalar asıldığı, ancak vernik tiner ve yağlı boya gibi maddelerin depolandığı iş merkezinde, merkezi jeneratör sistemi bulunmadığı, her işyerinin ayrı ayrı benzinle çalışan jeneratör bulundurduğu ve kapı önlerine kağıt plastik ve benzeri maddeler yığıldığı görülmüştür. Bu durumda dava dışı kiracı çalışanın eylemi, bu sorumluluğu ortadan kaldıracak şekilde illiyet bağını kesmiş değildir. Bozma kararına uyulması gerekirken diye yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Özel şartlara geldiğimizde, sorumluluğun özel şartları yapı üzerinde mülkiyet ilişkisinin varlığıyla, zararın yapı eserindeki bozukluk veya bakımındaki noksanlıktan ileri gelmelidir. Sorumlu veya yapı eseri arasında mülkiyet ilişkisi olmalıdır. Sorumlu kişi, yapı bina eserinin malikidir. Malik gerçek veya tüzel kişidir. Malikin doğrudan doğruya zilyetlik kurallarına göre kullanması önemli değildir. Kiraya verebileceği gibi, intifa veya sükna hakkı olarak da kullanılabilir. Kiracı malik olmadığından, buna göre sorumlu olmaz. Ancak kiracı zarar görene karşı haksız fiil kurallarına göre 49.maddeye göre sorumlu olur.

Yine buna ilişkin dairemizden 2014 yılında verilen bir karar. Davacı vekili, müvekkilinin namaz kılmak için gittiği caminin minaresinin koparak üzerine düşmesi sonucu, hayati tehlike yaratacak şekilde ve ömür boyu maluliyetinin oluştuğundan bahisle maddi manevi tazminat istemiştir. Mahkemece olay nedeniyle davalı Diyanet İşleri Başkanlığının, Borçlar Kanununun 58.maddesi kapsamında sorumlu olduğundan bahisle tazminata karar

verilmiştir. Davalı Diyanet İşleri Başkanlığının tasarrufu mülkiyete ilişkin olmayıp idaridir. Borçlar Kanununun 58.maddesi gereği, camiye ilişkin bakım ve muhafaza görevi yoktur. Dosya içeriğine göre caminin maliki, davalı Yeşilyurt Cami Yaptırma ve Yaşatma Derneğidir. Hukuk Genel Kurulunun da bir kararında, Diyanet İşleri Başkanlığının camilerde malik olmadığı yolunda bir kararı var. Buna göre sorumluluğun bu şekilde tespitiyle, Diyanet İşleri Başkanlığı hakkında reddedilmesi gerektiğinden bahisle karar bozulmuştur.

Taşınır inşaat sahibi üst hakkı sahibi, geçit veya kaynak irtifakı ya da kamu hukuku kurallarına dayalı idari imtiyaz sahipleri de malik sayılırlar. Yapı eseri toprağın üstünde olabileceği gibi, altında da olabilir. Zarara neden olan yapı veya bina üzerinde elbirliği veya paylı mülkiyet varsa, maliklerin hepsi zarar görene karşı müteselsilen sorumludur. Yine buna örnek olarak dairemizden çıkan bir karar. Dava haksız eylem ve bina maliklerinin sorumluluğundan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dava kısmen kabul edilmiştir.

Olay, binaya ait asansörün boyanması sırasında aralık bırakılan kapıların boşluğa açıldığı ve ikaz edici önlem alınmadığı, davalıların 9 yaşındaki kızlarının asansör boşluğuna düşerek hayatını kaybettiğini beyan ederek, maddi manevi tazminat istemlidir. Haklarında tazminat istemi reddedilen davalılar, zararın meydana gelmesine neden olan taşınmazda, Kat Mülkiyeti Yasasına göre malik durumdadırlar. Anılan yasanın 16.maddesine göre her bir davalı, arsa payı oranında taşınmazın maliki durumundadır. Borçlar Kanununun 58.maddesine göre, davalıların asansörün boyanması sırasında meydana gelen olayda, kusursuz sorumlulukları bulunmaktadır. Bu nedenle kat malikleri hakkında davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Taşkın inşaatta veya başkasının arsasının üzerine yapılan haksız inşaatta eser maliki taşkın haksız inşaat malikidir. Yapı eseri niteliği itibarıyla taşınmaz maldır. Taşınmaz mal tapuya kayıtlı ise maliki tayin etmek kolaydır. Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlarda ise zilyet malik sıfatıyla sorumlu tutulur. Kamu kurum ve kuruluşlarının, özellikle kamu tüzel kişilerinin devlet, il özel idaresi, belediye, köy gibi özel veya kamu mülkiyetinde bulunan

yapı eserlerinin yapım ve bozukluk ve eksikliğinin sebep olduğu zararlardan sorumluluk, adı geçen tüzel kişilere aittir.

Yapı eseri kavramı nasıl olmalıdır? Yapı eseri, bina inşa veya eserinden bahsetmektedir. Bina veya inşa eserinden maksat, dolaylı veya dolaysız bir şekilde toprağa bağlı, sabit, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına, eşya gibi cansız şeylerin saklanması ya da konulmasına ayrılmış, etrafı veya üstü az çok kapalı, insan gücüyle emeğiyle yapılmış veya düzenlenmiş her türlü şeydir. Buna ilişkin bir örnek de yine dairemizde şu şekilde geçti. İki arkadaştan bir tanesi babasının silahıyla arkadaşını vurarak ölümüne neden olmuş. Mahkemece verilen kararda, ruhsatlı silahın maliki olup, arkadaşının ölümüne neden olduğundan, 58.madde kapsamında değerlendirerek cezalandırmış manevi tazminat istemlerinin kabulüne karar verilmiştir. Oysa dairemiz bu kararı, Borçlar Kanununun 58.maddesi, bina veya imal olunan herhangi bir şeyin malikinin sorumluluğunu düzenlemektedir, maddede geçen bina veya imal olunan herhangi bir şeyden maksat yapı eseridir. Yapı eseri ise, insan veya hayvan gibi canlıların barınmasına, eşya gibi cansız şeylerin saklanması ya da konulmasına ayrılmış, etrafı veya üstü kapalı insan gücüyle yapılmış veya düzenlenmiş olan her türlü şeydir. Bu tariften anlaşılacağı üzere, davaya konu haksız eylemde kullanılan silah gibi taşınır eserler yapı eseri değildir diyerek kararı bozmuştur.

O zaman yapı eserini belirleyen iki unsur, toprağa bağlılık ve sabitliktir. Tünel, kuyu, sığınaklar, binalar, köprüler, elektrik direkleri, trafolar, buhar kazanları, kanal, karayolları, demiryolları, meydanlar, su boruları yapı eseri kapsamındadır. Bunlar insan eliyle ve suni olarak yapılmışlardır. Tepeler, ırmaklar, nehirler, göller, ağaçlar, bitkiler bu kapsama girmez.

Yapı eseri malikinin sorumlu tutulabilmesi için, bina veya diğer inşa eserin tamamlanmış ve tahsis amacına uygun olarak kullanılmaya başlanmış olması gerekir. Eser, eğer yeni yapılıyorsa tamamlanmamışsa veya tamir veya tadilat kapsamındaysa, bu işlerin yapımı sırasında bir zarar meydana gelmişse, 58.madde değil Türk Borçlar Kanununun... Yani 69.maddeye göre değil, 49.maddeye göre sorumluluk doğar. Yine yapı eserinin yapı kurlarına, İmar Kanunu hükümlerine uygun olması, eksiklik veya

bozukluğun zarara sebep olması halinde maliki sorumluluktan kurtarmaz. Malikin mutat tedbirleri almış olması da, sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir. Kanun malike kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanımamıştır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. (Alkışlar)

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyoruz, önemli bir konuydu. Soruları en sonda alacağım, biraz hızlı gitmek zorundayız. Değerli konuşmacılar süreye uygun davranıyorlar.

Son konuşmacımız Sayın İsmet Can, Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5.İdari Dava Dairesi Üyesi. İsmet Beyin elinde çok fazla karar var biliyorum. Bize depremle ilgili, depremden doğan bedensel zararlara ilişkin bir sunum yapacak. İsmet Bey daha önce Danıştay'daydı, uzun yıllardır tanıyorum ben İsmet Beyi, komşuluk da yaptık uzun yıllar. Elinde konuya ilişkin çok önemli yargı kararları var.

Filiz PINARCI (Yargıtay 3.Hukuk Dairesi Üyesi)- Ben bir şey ekleyebilir miyim? Zaman kısalığından pek yapamadım, ama Modern Çarşıyla birlikte Van depremiyle ilgili maddi manevi tazminat davaları da dairemize geliyor. Aslında onlarla da ilgili örneklerimiz vardı, ama hâkim bey onu anlatacaksa...

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Belki daha sonra idari yargıda açılan davalardan sonra, belki adli yargıda da neler nasıl karar verildiğini göreceğiz.

Buyurun İsmet Bey.

İsmet CAN

Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5. İdari Dava Dairesi Üyesi

Efendim bu oturumun, daha doğrusu bu toplantının son konuşmacısıyım. Hem bir avantaj, hem de bir dezavantajı kullanacağım. Artık bunu sonunda siz takdir edin. Ama burada yansıda yer alıyor, ben size 17 Ağustos 1999 depremi örneğinden, idari yargıda başlayan yapılaşma kaynakla tam yargı davalarına ilişkin bir sunum yapmak istiyorum. Ankara Bölge İdare Mahkemesinde bir imar hukuku atölyesi oluşturduğumuz için, bu sunumun içerisinde o yer alıyor.

Şimdi ben şöyle bir sunumun ana planını söyleyeyim. Bu Marmara depremi, Yalova depremi, değişik şekillerde nitelendirilen depremlerde, burada ana tamamız, ama bununla beraber kısmen Van depremine, Dinar depremine, Erzincan depremine ilişkin birtakım kararlara da değineceğim. Bu vesileyle aslında Filiz Hanım bize bir geçiş imkânı sağlamış oldu.

Sunumda öncelikle yargılama usulleri ve burada zararın tespiti tazmini olarak iki ana bölümden oluşuyor. Burada size içten bir sunum yapacağım. Aslında bu içten sunum şu: Aşağı yukarı bu meslek hayatımın Danıştay'daki tüm bölümü bunları çözmekle geçti. Dolayısıyla içten bir sunum oluyor, ama diğer içten bölümü de, burada yaşanan bu yargısal uzayan süreçler. Bu sunumun en son kısmında da ona ilişkin unsurları sizinle paylaşacağım. Dolayısıyla buradaki, yani ben şöyle olaylara bakıyorum. Bir olay ne kadar travmatikse, aslında yargısal süreçleri de hiç o kadar kolay olmuyor. O da bir benzer ağırlığı içinde barındırıyor. Siz bunu bir şekilde onun için birtakım görsellere, depreme ilişkin paylaşmıyorum.

Burada birtakım kavramlara, dolayısıyla bu özel alan nedeniyle değinmem gerekiyor. Çünkü bunlar bu yargısal kararlara da altlık yapıyor. Yani 1956 yılında çıkan İmar Kanunu, daha sonra

1984 yılında çıkan İmar Kanunu, halen yürürlükte olan 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla, uzun adı görüyorsunuz bir kanunumuz var. Yine bu kanununun uygulanması amacıyla 61-68, işte en son 75 ve 98 tarihinde, yani depremde hemen önce güncellenen ve içinde bulunduğumuz yapıların da standardını belirleyen yönetmeliğe değinmem gerekir.

Aslında bu konuda Danıştay'da iki ana kanal çalıştı. Bir tanesi, bu 7269 sayılı Kanunun uygulamasına ilişkin, yani umumi afetler dolayısıyla. Bunların içinde yer sarsıntısı bir tanesi, ikincisi de bu imar planı yapılaşma kaynaklı, dolayısıyla aslında plan dediğimiz sonuçta içinde bulunduğumuz yapıyı üreten kök kavram. Bunların bir kısmı 6'ncı daire, bir kısmı o tarihle 11'nci daire görevindeydi. Bu daireler arasında uzun süre görev konusu tartışma konusu oldu. Bu beraberinde görevle birlikte adli yardıma kadar birçok kavramın uygulanmasındaki sistematigi etkiledi. Şöyle söyleyeyim, içten söylediğim, işte daha önce 7269'u uyguluyorsanız, afete ilişkin özel düzenleme nedeniyle doğrudan adli yardımdan yararlanırken, yani Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunundaki hükümlerden arı olarak yararlanırken, bu kez eğer genel tazminat gibi, imar ve yapılaşma hukuku çerçevesine bakınca, yararlanmaması gibi birçok tartışmayı, dosyaların gecikmesine yol açan bir durum meydana geldi. Ama sonucu itibariyle bunların hepsinde afet nedeniyle kaynaklanan zararlar kapsamındaki adli yardıma ilişkin bir özel hükmü yapıldı.

Tabii bununla beraber çokça dosya Danıştay içinde el değiştirdi. Önce 11'nci daire, oradan 6'ncı daire, 6'nci daireden Başkanlar Kuruluna, Başkanlar Kurulundan müşterek heyet yapılsın. Hayır bu iki daireyi değil, üç daireyi etkiliyor. Çünkü Marmara gibi Türkiye'nin can damarı bir alanda, anımsarsanız Tüpraş bu deprem sırasındaki yangın sonucunda donanma müsadere altında kalmıştı. Dolayısıyla bizim ekonomi kaynaklarımızı, birçok aslında planlar öncesindeki kavramları etkilediği için, bu tartışmalar gündeme geldi. Sonuçta 4539 sayılı özel kanun hükümlerinden yararlanılmasıyla geldi.

Daha sonra daire görevleri, bakın bu travmatik durum devam ediyor. 14'ncü daire kuruldu 2011'de, bugün itibariyle bu daire kapatıldı. O daireye iş bölümünde iş bölümü esası geldi. Daha

önce kanuna göre belirlenmişken, bu kez iş bölümüne dönüştü. Tümüyle dosyalar 14'ncü daireye devredilmişken, bunun bir sehvenden olduğu nedeniyle 6'ncı daire ki, anlatması bile, içinde yaşamasını bir tarafa bırakıyorum, bugün anlatmak bile bana cidden zor geliyor.

Sonra size artık biraz daha usule dönük belirtelim. İşte bir vekâletname sorunlarımız vardı. Aslında bu 4539 sayılı Yasayı daha erken uygulamış olsaydık, hatta bugünkü uygulamayla mahkemeye erişim hakkı kapsamında bunlarla bu ilişkiyi de ko-partabilirdik. O tarihte yine de böyle bir davanın ehliyetten reddedilemeyeceği, illaki hissedilmesi aranılması gerekir şeklinde bir pozitif yaklaşım geldi.

Burada en çok değinmek istediğim konulardan bir tanesi, bu dava açma süresine ilişkin konu. İdari yargılama usulünde temel olarak Anayasa 125'te, idare kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu ana ilke olduğu için, bir boşluk yok. Ancak temel sorun idari yargıda temelde iki tür tazminat davası açılır. Bir tanesi, idari işlemde kaynaklanan tazminatlar, bir de idari eylemlerden, eylemin idariliği sonucu, yani idarenin eylemiyle idari eylem birbirinden farklı iki kavram. İdari eylemlerden kaynaklanan... Tabii burada mahkemeler deprem sonucunda, işte birinci yıl 99-2000'de açılan davalarda, idari işleme bağlamak sonucuyla; çünkü burada yapı var, ruhsat düzenlenmiş, imar planı yapılmış, yapı ruhsatı düzenlenmiş, yapı kullanma izni belgesi verilmiş verilmemiş, yapı hakkında mimari projesine aykırı, yani ruhsatına aykırı imalatlar yapılmış. Bu ve benzer nedenlerle idari işlemle ancak içinde bulunduğumuz yapının da tesis edilmesi ve inşa edilmesi mümkün. Başka türlü sü İmar Kanununun amir hükümlerine aykırı. Dolayısıyla mahkemeler bu kanaldan hareketle, önemli bir kısım davayı süre yönünden reddetti.

O tarihte 6'ncı ve 11'nci daire müşterek heyeti, İdari Yargılama Usulü Kanununun 13.maddesinde, idarenin yapının oluşumu, planların yapılması, buradaki ruhsata aykırı yapı yapılması, bunların yapıdaki bir deprem dayanımını yitirmesi ya da bu dayanıma uygun yapı yapılmaması gibi hareketsizliği göz ardı etmesi ya da nitelendireceğimiz nedenlerle bunları daha çok bu

hareketsizliği bir olumsuz eylem olarak nitelendirmek suretiyle, yani İdari Yargılama Usulü Kanununun 13.maddesi, 1 ve 5 yıllık dava açma süreleri kapsamında değerlendirilerek, bunlara ilişkin kararlar bozuldu.

Ancak mahkemelerden bu yönde bir ısrar kararı geldi. İsrar kararındaki bu bölümü de belirtelim. Şimdi şöyle; önce dava daireleri idari işlemi tanımladı, yani idari makam ve mercilerin idari faaliyet alanında idare hukuku çerçevesinde tek taraflı idare açıklamasıyla ve aynı zamanda hukuk alanında sonuç doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem. Halbuki diğer konu, idarenin temelde bir karar ve işlemi olmayan veya bir idari sözleşmeye dayanmayan her türlü faaliyetin, bunlar fiziki alanda görülen iş hareket çalışma veya hareketsiz kalması. Bunlar da idari.

Dolayısıyla bu uyuşmazlıklarda, yani siz yapıyı gereken beton veya demir dayanımları açısından... Yani bu biraz önce söylediğim Deprem Yönetmeliğindeki standartlara uygun yapmadığınız durumda, standartların da eksik olması ayrıca bir tartışma konusu, onlara değineceğim. Eğer böyle bir durum varsa, burada eylemsizlikle hareketsizlikle işlem iç içe, ancak bu bir afet sırasında ya da bir yapıyı yaşam alanını zorlayan bir konuda kendisini gösteriyor. Dolayısıyla bir iç içelik dava daireleri sorunu var. Bu iç içelik nedeniyle de İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmiş özel bir hüküm yok. Dolayısıyla hak arama özgürlüğü çerçevesinde bunun aleyhe yorumlanmaması, dolayısıyla en uzun dava açma süresine olanak tanıyan 13.maddenin uygulanması gerektiği yolunda bir karar verdi. Bu doğrultuda da, hatta en son o dosyalardan yeni baktığımda da çıkmış kararları var.

Ancak böyle bir kararın bu boşluğu, hak arama özgürlüğü çerçevesinde bu şekilde yorumlarken, Van ilinde 2011'de meydana gelen depreme ilişkin bir süre ret ısrar kararını daire kararı olumsuz eylemden hareketle bozma kararı. Orada da daha çok zararın, yani eylemin idariliği kavramından hareketle, yani 13.maddeye atıfla daire yakın zamanlarda da bu yönde de, ama burada şöyle sonucu itibariyle biz bu iç içelik durumunda dava açma süresi yönünden, yani tazminat sorumluluğunu tartışırken bunları da yine benzer iç içelik içerisinde tartışıyoruz ve burada 13.maddeye göre 1 ve 5 yıllık dava açma süresi içerisinde açılması kabul görüyor.

Bu önemli bir yorum, bunu önemseydiğimi belirtmek isterim. Bu aynı zamanda uyumsuzlukların çözümü açısından da bir yaklaşım getiriyor. Dolayısıyla bu zarara yol açan eylemin idariliği kavramına ilişkin, idare hukukuna ilişkin özel bir konu. Tabii buradan hareketle birçok davaların esas yönünden görünümüne olanak sağlamak üzere, burada bir başka boyutu da, hatta bu kararda Van depremi nedeniyle kararda; öğrenmeyi herhangi bir surette, hatta komşunun açtığı bir davadaki bilirkişi raporunda, buradaki zararı doğuran olaydaki eylemin idariliğinin öğrenilmesi üzerine açmak suretiyle bunu dava daireleri daha da geniş bir yorumla taşımış oldu.

Şimdi bu noktadan sonra usule ilişkin çok fazla da girmeden, bir tersten giderek, yani temelde bu hizmet kusuru çerçevesinde kendisini gösteriyor. Bu örnekteki karar çok tartışıldı, müşterek heyet 6 ve 11'in lehe kararı, ısrar üzerine dava dairelerinin kararında. Burada da şöyle; arsa sahibi olan baba, yapıyı kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yaptırıyor. Ancak bu yapım sırasında birtakım sorunlar var. Yani deprem dayanımını ortadan kaldıracak şekilde sorunlar var. Daire burada yapı hakkında yapı tadil tutanağı, beraberinde İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca yıkım, ancak bu yıkım kararının uygulanmaması şeklinde, uygulanmış önceki işlemler var. Burada deprem de olunca, yapıyı yaptıran baba vefat ediyor. Bu kez çocukları tarafından açılan davada, buradaki idarenin bu yapıyı kullandırmakla, ruhsata aykırı imalata göz yummakla kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle tazmini gerekir, davanın reddi yolundaki mahkeme kararını bozdu.

Ancak burada biraz önce de değiniyoruz, yapıyı yaptıranın sorumluluğu ve buradan zarar görmesinden hareketle, dava daireleri buradaki sorumluluk da idareye yüklenebilecek. Tabii bu sorumluluk ağır bir hizmet kusurunu ifade ediyor. Bu şekilde davanın reddi yolundaki kararı bozdu.

Size bir başka örnek de, yine bu kusurun olmadığıda da, yani bu temel teori, tazmin borcun doğması için ortada bir zarar, zarara yol açan idari yüklenebilir bir eylemin olması ve bir nedensellik bağı. Dolayısıyla bunlar yapı hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk getirecek. Olayda da zarar gören kişinin proje müellifi olup, binada da oturan sıfatıyla açtığı davada, burada idareye yüklenebilecek bir sorumluluk olmadığı.

Tabii dikkat edilirse burada bir ayrıma dikkat etmek gerekiyor. Yapının maliki kavramına ufak bir şekilde değinmek gerekiyor. Şimdi yapı malikiyle, bizim imar hukukundaki uygulamamızda, bunun tapudaki kayıtlı malikini ifade etmiyoruz sadece. Yani buradaki imalatı yapanın... Çünkü bu beraberinde para cezası, müeyyide uygulanması, benzer konulardaki bir tür imar hukuku açısından da sorumluluk alanlarını kapatarak, burada imalata katılanların da... Yani siz maliksizin kiraya verdiniz uzun dönemli. Oradaki kiracının ya da kullanıcının yaptıkları müdahalenin ya da ilavenin yapı üzerindeki müdahalenin, malikle oradaki ilişkisine, en azından para cezası, benzer tazmin konusunda bunları ayrı ayrı düşünün.

Şimdi burada birkaç kavramı söyleyeyim, daha sonraki sunum metinlerinde var ama. Öncelikle bu zorlayıcı sebep, yani bu deprem, yer sarsıntısı, heyelan ve benzeri, işte 7269'da tanımlanan durumlarda, mücbir sebep... Özellikle dava daireleri bu konuda, biz de 6'ncı daire 11'nci daire, sonra herhalde 14 de benzer şekilde yapmıştır, yani kökeni doğan sosyal hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenemeyen olaylar. Dolayısıyla burada sorun, deprem bu anlamda bir mücbir sebep midir? Çünkü davaların bir kısmı bu mücbir sebep nedeniyle redde konu olduğu için.

Burada tabii hem yargı kararlarında öğretide zorlayıcı sebepteki temel unsur, bu dışsallık konusu, önlenemez ve öngörülemelik konusu. Söylemiştim, hem avantajı hem dezavantaja ilişkin.

Şöyle; burada eğer zarar münhasıran depremden kaynaklanmış ve idarenin sorumluluğuna söz etmeye hukuken olanak bulunmuyorsa, burada idarenin ağırlaştırıcı yargı yerince saptanmaması durumunda, burada artan kısım bakımından bir kusuru söz konusu değil. Dolayısıyla bizim tüm kararlarımız, örneklerini verdiğim mevzuat çerçevesinde idarenin kendisine kanunen, kanunun idare prensibi gereği yüklenen görevleri gereği gibi yerine getirip getirmediği, eylemsiz kalıp kalmadığı noktasından hareketle kendini gösterdi. Örneğin, fay hattı üzerindeki inşaat, zeminin alüvyon tabakaya oturtulması, bunlara ilişkin belirlenmemesini mücbir sebeple nitelendirilemeyecek idarenin ve dolayısıyla deprenselliğe ilişkin verilerin işlenmemesi, deprenselliğin alan-

da yansıtılıp planlama ve yapılaşmada veri olarak kullanılmamasını birer sorumluluk nedenleri olarak değerlendirdik.

Örneklerini söyledim, bir yıkım kararının olması, uygulanıp uygulanmamasına ilişkin veriyi dikkate almayan mahkeme kararı, bu nedenle bodrum kattaki mimari projeye aykırı imalat. Bu katlar önemlidir, yapı dayanımı açısından bu katlar ve zemin katlar önemlidir, önem taşır.

Bu mücbir sebep konusuna değindim. Bu illiyet açısından da, ruhsatsız yapı yapılmasında İmar Kanunundaki sorumluluk nedeniyle 32.maddedeki belirgin ve yapıların ruhsatsız yapılamaması, yapılmış olana müdahale edilememesi anlamında kusurlu olarak değerlendirilir. Dolayısıyla bu çerçevede, aslında idare hukukunda bir başka sınıflama içerisinde, yapı yapımı konusunda aslında bir denetim yaptırım görevi gibi bir tür yarı kolluk benzeri bir faaliyet bütünü vardır. Dolayısıyla çünkü burada doğrudan icrai, siz eğer denetim ve yaptırım görevinizi etkin olarak yapmadığınız mahkeme tarafından sunulan iddialar çerçevesinde raporla saptanıyorsa, burada sorumluluk söz konusu. Yani yapının inşaatın bitmesinde...

Bu noktada değinilmesi gereken söz ettik, yapı malikliğiyle oradaki yapanın sorumluluğuyla katkısıyla, burada yapılmış yapıda satın alan, kirada olan gibi yararlananların sonradan bunların mülkiyet olarak tedavülüne ya da bu haliyle kullanılmasına izin veren, bu haliyle de idarenin kusurunun...

Buradaki temelde en son aşamada gelinen 2007'deki daha sonraki aşamada, birtakım mahkemeler tüm sorumluluğu, özellikle Yalova depremindeki, Yalova sahil sitelerindeki tüm sorumluluğu belediyeye yükledi. Şimdi İmar Kanununda, yani yapı ruhsatı almanın koşulu, planda eğer yapı için gösterilen koşullar varsa, sizin başvurduğunuz zaman yapı ruhsatını eki belgelerle usulüne göre düzenlediğiniz zaman verilmesi bir yasal zorunluluk. Dolayısıyla belediye burada bir bağlı yetki içerisinde. O halde bir önceki aşamada, yani deprenselliğe ilişkin verilerin işlenmesi, bunların yapılaşmaya açılması ya da yapılaşmanın belli bir standartta önlemlilerle açılması konusunda görev üstlenen ve bunun da tarihsel olarak, yani yapının daha önceki İmar Kanunu olması, sonradan bu planı yapan idarenin değiştirmesine, bunlara baktı-

ğımız zaman burada Bakanlığın, özellikle deprem yönetmelikleri bu kapsamda bu verilerin işlenmesi, bunlara ilişkin sorumluluğunu. Bununla beraber belediyenin özellikle denetim sorumluluğunu, proje müellifinin ve yapı sahibi olarak temelde dört sorumluluk esası çerçevesinde...

Burada bir konuya değinmem gerekir, bu zannediyorum size de atf yapacağım. Bu değerlendirmeler sırasında, size anlattığım bu trajik tablo da şey yapıyor. Biz bu Öner Yıldız, Ümraniye çöplüğü davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde, devletin aynı zamanda bir pozitif ödevi vardır. Yani burada Çevre Kanunundaki çevreyle ifade edilen, sadece doğal çevre değil aynı zamanda yapılı çevreyi ifade ediyor. Dolayısıyla pozitif ödevi kapsamında, buradaki uygun yapılaşmaya ilişkin uygun hareket etmek zorunda olduğu, bu yapılardan yararlanan bu şekilde bir değerlendirmeyi ve mülklerinden etkin şekilde... Yani bu etkin şekilde yararlanılmasını...

Buradan hemen bir sona gönderme yapayım. Anayasa Mahkemesi bu konular gelince, bunun Anayasanın 17.maddesi kapsamında, devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri nedeniyle, yapılı yaşam çevresindeki ödevlerini hem yasal hem de idari olarak yerine getirilmemesini bir yaşam hakkının, 17.madde anlamında ihlalini... Dolayısıyla tartışa geldiğimiz o süreç içerisindeki sonuçlar, aslında Anayasa Mahkemesinde bunu bir yaşam hakkının ihlali diye... Nitekim buna ilişkin çokça örnekleri sizinle paylaşabilirim.

Bakım bu yerleşim açılması konusunda, bu Gürpınar formasyonunda alüvyon zeminde açılmada bir kusur olarak, üstelik de toplu konut olarak yapılıyor. Diğer nedenleriyle, artık daha da anlatabiliriz. Ama bunları metin olarak sizinle paylaşayım.

Bir de tabii şunu belirtmiştim. İşte içten bir anlatım, hem yasa değişiyor, hem görevler değişiyor ve beraberinde uzuyor, birtakım usuli beklentiler. Bu makul süre içerisinde yargılanma sorunu. Bugün aşağı yukarı 20'nci senesinde anlatıyoruz, işte Anayasa Mahkemesine 17'nci senesinde gittiğinde, bunun makul sürede yargılanma, tazminata ilişkin olarak olanlarda bir hak ihlali görmemekle birlikte, makul sürede... Bu da bu işin doğası olarak gösteriyor.

Bu Erzincan ve Dinar depremindeki konu da, Adalet Bakanlığı lojmanları, sayın hâkimlerimiz tarafından açılan ve yapının teknik kontrolü yapılmadan alınıp... Erzincan depremindeki, orada bir DGM hâkimimizin. Dinar depremindeki de, orada yapı işleri genel müdürlüğünün resmi lojman, oradaki yapının bu standardı taşımadığının saptanmasıyla tazmin olarak gösterdi.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. Bir teşekkür de tabii Süheyla Hanıma, sabrettiği için.

Saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- İsmet Bey'e de çok teşekkür ediyoruz. Hepinizin sabrını...

Tabii ki, buyurun.

Filiz PINARCI (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi)- Van depremindeki açılan davalarda, biz de depremin yıkıcı öngörülemeyen bir doğal afet olduğunu kabul edip, ancak bunun bir mücbir sebep olmadığını, sadece hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği yolunda kararlar verdik. Çünkü şöyleydi, hem fay hattında, Van zaten deprem bölgesi, hem de binalardan bazıları yıkılmış, bazıları yıkılmamış. Demek ki yıkılmayan olduğuna göre, bu tamamen binanın kötü yapılmasıyla ilgili olduğu zaten bilirkişi raporuyla da anlaşıldı. Dolayısıyla mücbir sebep kabul etmeyip...

İsmet CAN (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5.İdari Dava Dairesi Üyesi)- Benzer yaklaşım oluyor. Yapıdan beklenen öncelikle az hasar görmesi. Eğer bir hasar görürse, içinde yaşayanları koruması. Yani bir skalada, bir risk skalasına diziliyor. Dolayısıyla yapının da bizzat kendisi kadar zemini bakımından da bir kurallar dizisinin doğru işlenmesi. Siz Van depreminde...

Yalnız bir şeye dikkat çekmek isterim. Biz bunu Marmara depremi nedeniyle ifade ettik. Tabii bu deprem bu şey, sadece yargı kararları açısından değil, mevzuatta yenileme getirdi. Yani bu yapı denetim sistemi bunlara geldi, zorunlu deprem sigortası sistemi geldi Yoksa buna benzer bir sistematik kurulmamasında, tabii evet idarenin sorumluluğu var, ama bu bir önceki oturumda zorunlu araç trafik sigortası anlamında yeni bir sistem var. Tabii bunları da o anlamda dikkate almak gözetmek gerekiyor.

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Bütün konuşmacılarımıza çok teşekkür ediyorum, ama salonda bayağı bir soru var. Vaktimiz var mı biliyorum.

SALONDAN- Anayasanın 125.maddesinin 3.fıkrasına göre, idari işlemlere karşı dava açma süresi, idari işlemin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlar. Ama idari yargıda ittila tarihi diye bir kavram geliştirildi. Nasıl bağdaştırıyoruz?

İsmet CAN (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5.İdari Dava Dairesi Üyesi)- Ne kavramı efendim?

SALONDAN- İttıla, öğrenme tarihi.

İsmet CAN (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5.İdari Dava Dairesi Üyesi)- Şöyle, onu izah edeyim. Anayasa 125/3 bir tanımlama yapıyor, bunun somutlaştırıldığı metin, yani uygulandığı metin İdari Yargılama Usulü Kanunu. Şimdi 1961 Anayasasından önce, bakın burada bir parselasyon örneğinde vardır. Diyor ki, kanunda parselasyon 1961 Anayasasından önceki uygulamada... Çünkü özellikle o işlemde çok net görüyoruz. Diyor ki, işte asılmakla ilan edilmekle öğrenilir. Bizim buna benzer kazayı yargısal öğrenmelerimiz var, daha doğrusu yasal öğrenmelerimiz var. Yapı tadil tutanağının asılmasıyla öğrenilmiş sayılır.

Bunların dışında oradaki bir bildirim zorunluluğu getiriliyor. Bildirim zorunluluğuna ilişkin de Tebligat Kanununa gidiyoruz. Tebligat Kanununda kendisine zorunlu olarak bir bildirim yapılmamışsa, ilgilinin öğrendiği tarihli. O da 1961 Anayasasıyla gelip, 82'yle devam eden kuralın, daha önceki 24'te böyle bir düzenleme yoktu, oradan kaynaklanıyor. Aksine birtakım değerlendirmeler, bu kez hak ihlali olarak kendisini ciddi şekilde gösteriyor.

Şöyle düşünün, siz Almanya'dasınız, meşhur hepimiz Almanca oluyoruz. Burada geldi belediye yapınızla ilgili işlem yaptı, hatta arsanız kayboldu. Şimdi sizin oradaki bir dava açmada, siz efendim parselasyonu işte ilan edildi, belediyenin ilan panosunda demek, bugünkü hukuk sisteminde, bırakın onu 1961'de gelen bir hüküm, kabulü mümkün değil. İdare bunu hareket edebilir, ama iyi çalışan bir idare. Çünkü hele ki bugünkü sistemde adres kayıtlı tebligat, bunların tebliğ edilmesi gerekir.

Yani burada önceleyeceklerimiz, yani idari faaliyetle haklar arasında adil bir denge kurmak gerekiyor.

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Dilerseniz dışarıda devam edelim.

İsmet CAN (Ankara Bölge İdare Mahkemeleri 5. İdari Dava Dairesi Üyesi)- Bu konuda bir içtihadı birleştirme kurulu kararı var.

SALONDAN- Ne olursa olsun, Anayasanın 11.maddesinin karşısında...

Bir de diğer bir soru efendim, 13. madde bakımından.

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Gerçekten soru alamayacağım. Dışarıda, konuşmalara sorulara dışarıda devam edelim. Bizler buradayız, istediğiniz gibi sorabilirsiniz.

SUNUCU- Sayın Oturum Başkanım müsaadenizle, konuklarımızın affına sığınarak, sizlere teşekkür etmek istiyorum.

Doç. Dr. Süheyla Suzan GÖKALP ALICA (Oturum Başkanı)- Herkese çok teşekkür ediyorum sabrınız için.